

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 11, n. 11, 1º/2º sem. 2011



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR GERAL DO ESTADO
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Cláudio Penedo Madureira

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

EQUIPE TÉCNICA
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Larissa Linhalis

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Márcia Elena Dias Alves
Projeto gráfico: Contemporânea
Ilustração da capa: Luiz Henrique
Editoração: BIOS
Impressão: GSA

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2011. 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

José Renato Casagrande

GOVERNADOR DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Cláudio Penedo Madureira

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 Desafios na aplicação da lei de improbidade	15
<i>André Pimentel</i>	
1.2 Juizados especiais da Fazenda Pública.....	57
<i>Carlos Dorsch</i>	
1.3 Sobre a legitimidade das agências reguladoras: parâmetros de discussão.....	87
<i>Gabriel Boavista Laender</i>	
1.4 A constitucionalização do direito no Brasil, o excesso de emendas e as suas consequências.....	109
<i>Gustavo Calmon Holliday</i>	
1.5 Direito fundamental à privacidade <i>versus</i> direito fundamental à segurança nos serviços públicos: exame da juridicidade da instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.....	123
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.6 Breves notas sobre o princípio da impessoalidade	143
<i>Jasson Hibner Amaral</i>	
1.7 Hibridismo do ordenamento jurídico brasileiro e ascensão da jurisprudência como fonte normativa do direito	161
<i>José Arildo Valadão de Andrade</i>	
1.8 ICMS ecológico.....	193
<i>Júlio Cesar Covre</i>	
1.9 Constitucionalidade e bases para não aplicação das restrições às liminares em mandado de segurança, conforme o Supremo Tribunal Federal.....	219
<i>Luciana Merçon Vieira</i>	
1.10 Natureza jurídica da requisição de intervenção estadual por descumprimento de ordem ou decisão judicial: dos meios processuais adequados à impugnação da requisição do Tribunal de Justiça.....	243
<i>Luiz Colnago Neto</i>	

1.11 Da inconstitucional restrição do poder fiscalizatório do Ministério Público Eleitoral.....	273
<i>Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro</i>	
1.12 Entre a judicialização da política e a politização do Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas: ainda há algum espaço para uma separação dos poderes?	287
<i>Rodrigo Francisco de Paula</i>	

2 PARECERES

2.1 Serviço descoberto por prazo contratual e o pagamento por indenização.....	309
<i>Anderson Sant'ana Pedra</i>	
2.2 Inconstitucionalidade da distribuição de participações governamentais advindas da exploração de petróleo a estados e municípios não-produtores.....	321
<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
2.3 Licitação, moralidade e boa-fé administrativa.....	363
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	

ANEXO

Normas para publicação.....	383
-----------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Honra-me apresentar à comunidade jurídica capixaba o volume 11 da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. O apreço ao estudo e o aprimoramento profissional fazem parte do cotidiano dos ilustres Procuradores do Estado.

A Revista tem como norte a cientificidade por meio de estudos objetivos que auxiliem os gestores públicos no cumprimento das políticas sociais e econômicas. Na Procuradoria Geral do Estado o saber é transitivo, um gerúndio permanente, nunca se cristalizando.

Agradeço imensamente ao Procurador Cláudio Penedo Madureira, Chefe do Centro de Estudos e Informações Jurídicas – CEI, que organizou e editorou o presente volume bem como a todos os servidores que contribuíram para a concretização desta belíssima obra.

Chefiar uma equipe de profissionais altamente qualificados facilita sobremaneira o trabalho de orientar a Administração Pública nos seus mais altos postulados constitucionais.

Nessa esteira, regozijo-me por fazer parte de uma equipe orientada pelo Excelentíssimo Governador José Renato Casagrande, que ao longo da sua história política, tem se mostrado sensível aos reclamos da sociedade e ao aprimoramento das instituições.

A todos, convido para apreciar e decifrar as inovações jurídicas proposta pelos juristas que nos honraram com seus textos.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR GERAL DO ESTADO

EDITORIAL

A Revista da Procuraria Geral do Estado do Espírito Santo chega ao seu Volume 11, e traz à reflexão dos Senhores doze artigos e três pareceres.

Como já é tradição em nossa Revista, temos contribuições de destacados juristas e profissionais do direito. A academia é representada, nesta edição, pelos trabalhos de José Arildo Valadão, Mestre em Direito Processual Civil pela UFES, que disserta sobre a qualificação da jurisprudência com fonte de direito, e de Júlio César Covre, Mestrando em Direito Tributário pela PUC/SP, que apresenta interessante abordagem jurídica, intitulada “ICMS ecológico”. Também apresentamos trabalhos de dois membros do Ministério Público Federal: o Procurador da República André Pimentel Filho discorre sobre os desafios na aplicação da lei de improbidade e o Procurador da República Paulo Roberto Bérenger Alves Carneiro disserta sobre o poder fiscalizatório do Ministério Público.

Além disso, como ocorreu nas edições anteriores, tivemos a participação maciça de Procuradores do Estado neste Volume 11. Ao todo, seguem-se onze trabalhos de Procuradores do Estado, entre artigos e pareceres.

Muito nos honra informar aos Senhores que recebemos oito artigos escritos por Colegas da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo: o Procurador do Estado Carlos Dorsch, atualmente aposentado, escreveu sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública (complementando trabalho que publiquei conjuntamente com o Procurador do Estado Lívio Oliveira Ramalho no Volume 10 de nossa Revista); o Procurador do Estado Gabriel Boavista Laender discorreu sobre o papel das agências reguladoras; o Procurador do Estado Gustavo Calmon Holliday abordou os excessos na constitucionalização dos direitos; o Procurador do Estado Horácio Augusto Mendes de Souza ocupou-se da tensão entre o direito fundamental do cidadão à privacidade e o seu direito à segurança nos serviços públicos; o Procurador do Estado Jasson Hibner Amaral tratou do princípio administrativo da impessoalidade; a Procuradora do Estado Luciana Merçon

Vieira versou sobre as restrições ao deferimento de medidas liminares em mandados de segurança, analisando-as à luz da Constituição; o Procurador do Estado Luiz Colnago Neto discorreu sobre os meios processuais adequados à impugnação de requisição de intervenção no Estado por descumprimento de decisões judiciais; e o Procurador do Estado Rodrigo Francisco de Paula dissertou sobre o problema da judicialização da política e da politização do Poder Judiciário no controle das políticas públicas.

Esta Revista que os Senhores têm em mãos conta, ainda, com três pareceres lavrados por Procuradores do Estado em resposta a consultas formuladas à Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Dois desses pareceres, lavrados, respectivamente, pelos Procuradores do Estado Anderson Sant'Ana Pedra e Horácio Augusto Mendes de Souza, relacionam-se a questões relativas a licitações e contratos. O outro, é de minha autoria, e comporta a análise jurídica da proposta recentemente aprovada pelo Senado Federal para a distribuição de *royalties* e participações especiais decorrentes da exploração de petróleo a Estados e Municípios.

Essa adesão de juristas, de profissionais do direito e, sobretudo, dos Colegas da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo dão-me a certeza que a nossa Revista está no caminho certo.

Desejo a todos uma boa leitura.

Claudio Penedo Madureira

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - CEI

DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO - ESPGE



1

DOCTRINA

1.1

DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA LEI DE IMPROBIDADE

ANDRÉ PIMENTEL*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 1.2 Importância do combate à improbidade administrativa. 2 Premissas jurídico-filosóficas para o estudo da LIA. 2.1 Questões filosóficas prévias. 2.2 Relação entre princípio da moralidade e os atos de improbidade. 3 Atual panorama da aplicação da LIA. 3.1 Natureza jurídica dos atos de improbidade. 3.2. Pessoas sujeitas à LIA. 3.3 As sanções pela prática de atos de improbidade. 3.4 Da relação entre os diferentes mecanismos de punição. 4 LIA, direito sancionador e segurança jurídica. 5 Alguns caminhos possíveis. 5.1 Do elemento subjetivo. 5.2 Da possibilidade de aplicação das excludentes de ilicitude e de culpabilidade. 5.3 Construção de *standards* de conduta pela jurisprudência. 5.4 Priorização da fase extra-judicial para investigação de potenciais atos de improbidade. 5.5 Por fim, mas qual ética? 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa, lei 8.429/92 (LIA), representa notável avanço civilizatório para a sociedade brasileira. Tem a importantíssima finalidade de proteger a sociedade e o Estado de atos que não são legítimos em um sistema democrático e republicano, e que atentam contra os princípios e ideais que o regem.

Sem embargo, a feição única e nova desse instrumento de repressão levanta sérias dúvidas em sua aplicação: como dar integral efetividade a esse potente instrumento de efetivação do direito fundamental coletivo à probidade administrativa sem incorrer em arbitrariedades?

Mais, como compatibilizar distintas normas punitivas, penais e não penais, que terão aplicação na maior parte dos casos? De que modo aplicar os direitos e garantias individuais inerentes ao direito sancionador preservando a eficácia da LIA?

Essas são as questões que tentaremos enfrentar neste artigo.

* Procurador da República. Procurador Regional dos Direitos do Cidadão. Ministério Público Federal.

1.2 *Importância do combate à improbidade administrativa*

A improbidade é prima-irmã da corrupção. Embora uma e outra tenham conceitos em sentido estrito bem definidos, especialmente a corrupção em sentido penal, é intuitivo que são fenômenos comportamentais bem próximos. Diríamos até que se tomarmos corrupção em sentido lato, num significado mais político, é impossível que haja improbidade administrativa sem que haja, de alguma forma, corrupção.

A corrupção é dos maiores males das sociedades contemporâneas e se coloca como uma das patologias que mais ameaçam os Estados democráticos e o desenvolvimento dos povos. Não é por outra razão que no plano internacional tem crescido a preocupação com a prevenção e combate à corrupção de todos os níveis¹, e as legislações nacionais têm cada vez mais se ocupado de tentar reduzir seus níveis². Ela gera sensação de desconfiança entre cidadãos e agentes públicos capaz de enfraquecer os valores democráticos e abrir espaços para populismos e salvacionismos, e provoca o desvio de recursos que seriam úteis para melhorias sociais. Parece-nos mais ou menos evidente, diante dos óbvios efeitos nefastos que a corrupção assume atualmente e do perigo que representam para a democracia e para o desenvolvimento sócio-econômico dos povos que as normas anti-corrupção assumem *status* de normas essenciais em sociedades de-

1 Exemplo eloquente é a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2003 e internalizada pelo Brasil através do Decreto 5.687/2006. Vale a pena a menção à parte introdutória: "Os Estados Partes da presente convenção, preocupados com a gravidade dos problemas e com as ameaças decorrentes da corrupção, para a estabilidade e a segurança das sociedades, ao enfraquecer as instituições e os valores da democracia, da ética e da justiça e ao comprometer o desenvolvimento sustentável e o Estado de Direito;

Preocupados, também, pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, em particular o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro;

Preocupados, ainda, pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade, os quais podem comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados e que ameaçam a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos;

Convencidos de que a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias, faz-se necessária a cooperação internacional para preveni-la e lutar contra ela [...]"

2 Casos recentes de legislação nacional aumentando o combate à corrupção: Itália, Espanha, Alemanha, Argentina, Colômbia, Costa Rica, México, Uruguai, Venezuela (GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 31).

mocráticas³, inclusive como normas que são instrumentais à normalidade democrática e ao processo de concretização dos direitos sociais. Então não é exagero dizermos que há, tanto no plano internacional dos direitos humanos, quanto no desenho normativo constitucional brasileiro, verdadeiro direito fundamental difuso à probidade administrativa.

A confirmar essa hipótese estão os inúmeros dispositivos constitucionais que expressamente tutelam a moralidade e probidade nos atos e negócios do Estado: art. 5º, inciso LXXIII (previsão de ação popular em caso de lesão à moralidade administrativa); § 9º do artigo 15 (dispõe que lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade a fim de proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do cargo); artigo 37 caput (coloca entre os princípios fundamentais da Administração Pública o princípio da moralidade); artigo 85 (diz ser crime de responsabilidade do Presidente atentar contra a probidade na administração); § 4º do artigo 37 (norma matriz da LIA); inciso V do artigo 15 (estabelece a condenação por improbidade como uma das hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos).

Como se vê, no contexto normativo brasileiro, a LIA aparece fundamentalmente como norma anti-corrupção que tutela esse direito fundamental do povo de ter uma Administração republicana e honesta.

3 "A dignidade da pessoa humana, então, ocupa o topo da ordem jurídica brasileira e se concretiza na previsão da proteção de direitos humanos em diversos de seus dispositivos, sem excluir aqueles previstos em tratados internacionais. [...] Dessa maneira, a interpretação dos demais preceitos constitucionais e legais é feita sob o comando daquelas normas constitucionais que proclamam e consagram direitos fundamentais, as normas de direito fundamental. Nesse sentido Canotilho preleciona que 'a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais'. A tutela constitucional e internacional da probidade administrativa não escapa a tal diretriz. Assim, não há como entender as normas constitucionais e legais referente à defesa do patrimônio e moralidade pública sem a premissa de que tal proteção é essencial para assegurar a dignidade da pessoa humana. [...] Para que o homem possa viver uma vida digna, com satisfação de suas necessidades materiais e espirituais básicas, devem atuar os agentes públicos com probidade, devendo o ordenamento jurídico possuir instrumentos para zelar por tal conduta e reprimir, sancionando, os faltosos. Essa busca pela atuação proba do agente público não é somente para evitar desvios e enriquecimento ilícito, mas também para assegurar a utilização dos escassos recursos da sociedade de modo eficiente e equânime [...]" (RAMOS, André Carvalho. O combate internacional à corrupção e a lei da improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et. al. *Improbidade administrativa*: 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 6).

2 Premissas jurídico-filosóficas para o estudo da LIA

2.1 Questões filosóficas prévias

Uma teoria séria sobre moral⁴ na Administração Pública não pode deixar ao largo o exame sobre a espécie deontológica que deve presidir a atuação dos agentes públicos.

Alguém pode questionar que não haveria espaço para essa discussão, uma vez que ética só pode ser uma. Mas não é bem assim. A filosofia nos traz variações éticas que devem ser consideradas. É lógico que aqui tratamos não de uma ética geral, aplicável em toda a gama de situações vividas pelo ser humano, mas de uma ética pública, política, uma ética relacionada com o Estado, especialmente aplicável aos cidadãos que têm o ônus de representar o Estado⁵, ou que têm, em determinado momento da vida, uma relação especial com o aparato estatal⁶.

Ética é o conjunto de preceitos ideais que pretendem guiar a atuação humana para a realização do certo, do bem, do justo. Essa seria uma definição mais ou menos consensual. A ética tem sempre um conteúdo relacional. Tem atuação sempre quando um ato humano afeta os outros. Não se fala em ética quando se está analisando a relação do homem consigo mesmo. É por isso que Aristóteles faz referência a ela como “filosofia política” (ou filosofia prática), ou seja, uma filosofia na qual é inerente a relação com a pólis, com os demais. Para os pensadores antigos a ética tinha a função da compatibilização entre o agir pessoal e os valores da cidade⁷. Isso é natural se considerarmos que as cidades gregas eram democracias e que a vida política tinha importância capital.

4 Trataremos de ética e moral como sinônimos, apesar das infundáveis discussões filosóficas sobre os alcances terminológicos de uma e outra expressão. A própria origem das palavras já dá a entender que são muito próximas: ética vem do grego “ethos”, e significa hábito; moral vem do latim “mores”, traduzido como hábito, costumes.

Mesmo porque, para efeitos estritamente jurídicos, parece que a Constituição de 1988 passou longe dessa polêmica.

5 Aqui inserimos desde o mais alto agente político, até o mais simples servidor público. Onde se vê um servidor público, na verdade vemos o Estado.

6 No plano prático queremos nos referir aos particulares que podem ser sancionados por improbidade quando têm especial relação com verbas públicas ou com favores estatais (art. 3º da Lei 8.429/92).

7 CAMPOS, Michele; GREIK, Michl; VALE, Tacyanne do. *História da ética*. Disponível em: <http://www.cientefico.frb.br/Textos%20CienteFico%202002.2/PSociologia/%C3%89tica/Historia%20da%20Etica.pdf>

Com o Cristianismo, a ética passa, como não poderia deixar de ser, a ser inspirada na doutrina cristã. E assim a ética acompanhou, e ainda acompanha, o desenvolvimento humano e a cultura social dominante. Na Idade Moderna desenvolveu-se a ética humanística, no sentido da valorização do homem, que segundo a vertente, jamais pode ser tratado como meio, e sim como fim. No século XIX, Hegel pôs a nu a relação, até então pouco explorada, entre ética, cultura e história, concluindo que a ética é produto da tensão entre vontade individual e vontade objetiva cultural, mesmo porque o ser humano é um ser condicionado pelas contingências histórico-culturais⁸. Poderíamos fazer menção a várias outras correntes filosóficas que abordam o assunto, mas essa rasa digressão sobre as várias formas de apreender o tema tem tão só o objetivo de clarificar que a depender de determinado momento histórico, de determinada corrente filosófica, de determinada religião que se professa, teremos diferentes “éticas”. Podemos até mesmo dizer que a ética pode depender da condição em que se situa a pessoa na sociedade. A deontologia que se exige de um padre é diferente da que se exige um agente público.

Caminhando em direção à filosofia política (ou à teoria política), área que nos interessa mais de perto, temos a interessante discussão sobre a relação entre Política e Moral (*rectius*, ética). Diz-se que embora a Política e a Moral tenham objetos próximos, ambas ligadas à ação humana, costumam distinguir-se entre si por terem diferentes métodos de apreciação (julgamento) e justificação.⁹ Atribui-se à Maquiavel a identificação dessa distinção. O florentino foi o primeiro a defender que a Política deve ser autônoma à Moral, mirando-se nos resultados, nos fins, e não nos meios empregados, morais ou não¹⁰. Fica evidente aqui que por vezes Moral e Política são de difícil conciliação, posto que no julgamento moral a ação somente será considerada boa se hou-

8 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1998. p. 384.

9 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, [19--], v. 2, p. 961.

10 "... e nas ações de todos os homens, e máxime dos príncipes, quando não há indicação à qual apelar, se olha o fim. Faça, pois, o príncipe por vencer e defender o Estado: os meios serão sempre considerados honrosos e por todos louvados" (in O Príncipe) extraído de BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, [19--], v. 2, p. 961.

ve o cumprimento do dever moral. Weber transporta essa tensão para as expressões “ética da convicção” e “ética da responsabilidade”, quando assevera que *“há uma diferença insuperável entre o agir segundo a máxima da ética da convicção, que em termos religiosos soa assim: ‘o cristão age como justo e deixa o resultado nas mãos de Deus’ e o agir segundo a máxima da ética da responsabilidade, conforme a qual é preciso responder pelas conseqüências previsíveis das próprias ações”*¹¹. Como parece claro, a distinção entre Moral e Política não importa na inexistência pura e simples de um sistema ético subjacente à política, mas sim na existência de um sistema ético diferenciado, no qual contarão sim os propósitos do agente, mas também os resultados alcançados, mesmo porque estamos a tratar da vida social (do mundo prático).

Sendo assim, com base em Bobbio, *“A chamada amoralidade da política assenta, bem vistas as coisas, numa moral diferente da do dever pelo dever: é a moral pela qual devemos fazer tudo ao nosso alcance para realizar o fim a que nos propusemos, pois sabemos, desde o início, que seremos julgados com base no sucesso. Entram aqui dois conceitos de virtude, o clássico, para o qual a “virtude” significa disposição para o bem moral (contraposto ao útil), e o maquiavélico, para o qual a virtude é a capacidade do príncipe forte e sagaz que, usando conjuntamente das artes da raposa e do leão, triunfa no intento de manter e consolidar o próprio domínio”*.¹²

Feitas essas considerações, interessa saber: no julgamento do agente público qual ética que realmente importa? É o que tentaremos enfrentar no capítulo final deste artigo.

2.2 Relação entre princípio da moralidade e os atos de improbidade

Geralmente a doutrina define o princípio da moralidade como norma abstrata que sujeita a Administração Pública e

11 La politica come professione, in Il lavoro intellettuale come professione, Torino, 1948, p. 142, citado em BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, [19-], v. 2, p. 961.

12 *Ibid.*, p. 961.

seus agentes à observância não só da legalidade estrita mas também de princípios éticos, ligando o princípio às ideias de honestidade, retidão, justiça, lealdade, boa-fé, interesse público, imparcialidade e boa administração. A teoria do princípio da moralidade tem sua gênese na elaboração francesa da teoria de desvio de poder (*detournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade, que permitiu maior sindicabilidade dos atos discricionários^{13 14}. É conhecida a formulação de Maurice Hauriou segundo o qual a moralidade administrativa seria “o conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário”¹⁵.

Deixando de lado a definição e o alcance do princípio da moralidade, tema que só nos interessa indiretamente, vamos ao nó do tema proposto no subtítulo. Afinal, qual seria a relação entre o princípio da moralidade e a probidade administrativa? A resposta varia conforme o autor.

Odete Medauar qualifica a probidade como decorrência do princípio da moralidade administrativa. Para ela a probidade seria um dever correlacionado ao princípio da moralidade, para a concretização deste. Diz que “A Constituição Federal de 1988, além de mencionar a moralidade como um dos princípios da Administração, aponta instrumentos para sancionar sua inobservância. Um deles é a ação popular (...). Outro é a previsão de sanções a governantes e agentes públicos por atos ou condutas de improbidade administrativa. A probidade, que há de caracterizar a condu-

13 A propósito dos atos discricionários, cabe consignar que atualmente já se questiona a categorização estanque entre atos vinculados *versus* atos discricionários. Fala-se, ao nosso ver com inteira razão, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (vide neste sentido BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39).

14 Neste sentido: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, p. 24.

15 Extraído de BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 36.

ta e os atos das autoridades e dos agentes públicos, aparecendo como dever, decorre da moralidade administrativa."¹⁶

Lúcia Valle Figueiredo, embora não explicitamente, coloca a probidade administrativa como um método de controle do princípio da moralidade¹⁷.

Celso Ribeiro Bastos, citando Diógenes Gasparini, menciona que *"a primeira consequência a nosso ver da encampação desse princípio [da moralidade] é o aumento do âmbito do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa. Aliás, a concretização desse princípio dá-se em diversos pontos da Constituição. Lembra Diógenes Gasparini que o próprio parágrafo 4º do art. 37 da Constituição Federal postula que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei"*.¹⁸

Wallace Paiva Martins Júnior também filia-se à tese da derivação, quando diz que *"contido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade"*¹⁹ e ainda *"a norma constitucional criou aí um subprincípio ou uma regra derivada do princípio da moralidade administrativa: probidade administrativa, que assume paralelamente o contorno de um direito subjetivo público a uma Administração proba e honesta, influenciado pela conversão instrumentalizada de outros princípios da Administração Pública (notadamente, impessoalidade, lealdade, imparcialidade, publicidade, razoabilidade)"*²⁰.

Já Maria Sylvania Zanella Di Pietro assevera que a improbidade, como ato ilícito, tem maior espectro que o princípio da moralidade, por alcançar não só situações imorais, mas principalmente casos de ilegalidade: *"Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente (...). No entanto, quando se fala em improbidade*

16 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 140.

17 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 51-52.

18 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 36.

19 MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, p. 99.

20 *Ibid.*, p. 103.

*como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente os atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa (lei 8.429 de 2.6.92) a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de improbidade previstos em lei”.*²¹

Emerson Garcia menciona que “em que pese ser a observância da moralidade um elemento de vital importância para a aferição da probidade, não é ele o único. Todos os atos dos agentes públicos devem observar a normatização existente, o que inclui toda a ordem de princípios, e não apenas o princípio da moralidade. Assim, quando muito, será possível dizer que a probidade absorve a moralidade, mas jamais terá sua amplitude delimitada por esta”²².

Waldo Fazzio Júnior anota que “imoralidade e improbidade não são a mesma coisa, conquanto possam advir do mesmo tronco. A imoralidade é o oposto de um dos princípios constitucionais da Administração (o da moralidade), ao passo que a improbidade surge, na lei nº 8.429/92, como a antítese não de um princípio, mas do conjunto coordenado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência”²³.

Pois bem. É certo que a Lei 8.429/92 tipificou²⁴ a inobservância a princípios como a legalidade, quando, por exemplo, dispõe que constitui ato de improbidade praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência (art. 11, inciso I), ou a publicidade, quando insere como ato de improbidade a ausência de publicação de atos oficiais (inciso IV). É claro que nestas hipóteses a regra acaba por tutelar os mencionados princípios. Mas isso não significa que o eixo valorativo da análise da conduta deva

21 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, p. 659.

22 GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 47.

23 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 72.

24 A tipificação, em especial no art. 11, é bastante aberta, mas não deixa de ser uma técnica de tipificação.

ser dirigido ao descumprimento do princípio da legalidade ou do princípio da publicidade, mas sim em se saber se no caso concreto, diante das circunstâncias encontradas, o ato foi praticado de boa-fé ou de má-fé, se houve deliberada vontade de descumprimento da lei ou mero erro material, se o ato teve inspiração leal e honesta ou o contrário. Traduzindo, cremos ser impossível a correta exegese das regras da lei 8.429/92 sem se ter em mente que a normação, ainda que proteja aqui e acolá outros princípios da Administração Pública, tem em seu centro axiológico a projeção do princípio da moralidade, e foi fundamentalmente erguida como decorrência, concretização e fortalecimento deste princípio²⁵.

Essa discussão pode aparentar ser destituída de importância prática, mas é só aparência. A concepção da proibidade (lei 8.429/92) como derivação e instrumentalização do princípio da moralidade levará, necessariamente, à conclusão, irrefutável à luz da lógica jurídica, que só há ato de improbidade quando o ato analisado representar a quebra livre e consciente de valores éticos relevantes no nosso ordenamento, e assim o desrespeito ao princípio da moralidade. Isso traz repercussões práticas relevantes. Adotada essa tese, na *praxis* jurídica não bastará a demonstração de prática de ato visando fim proibido. Exigir-se-á a revelação, através do exame dos detalhes do caso, de que se trata de situação que agrediu gravemente os valores éticos exigidos perante a Administração Pública, extraídos do nosso ordenamento constitucional.

25 Fábio Medina Osório, em obra fundamental, recorre também ao conceito de deslealdade institucional. Parece que o autor gaúcho se aproxima da argumentação ora defendida, de que a lei de improbidade é a densificação da moralidade, embora também faça uso do conceito de lealdade institucional. Vejamos: "O que expressa a proibidade, como dever específico associado ao texto constitucional, é a especial importância de determinadas dimensões desses deveres públicos subjacentes ao dever de lealdade. Nem toda a falta de observância desse dever culminará em uma improbidade administrativa. Tampouco toda vulneração de normas de moral administrativa desembocará numa agressão à lealdade institucional, porque nem sempre haverá dolo ou culpa na vulneração da moralidade administrativa. Na deslealdade, sempre haverá dolo ou culpa, embora nem sempre, obrigatoriamente, improbidade, porque ainda será possível alguma causa excludente da tipicidade, formada por etapas progressivas de ilicitude. A relação gradual, portanto, é a seguinte: legalidade administrativa, moralidade administrativa, dever de lealdade institucional e improbidade administrativa. Para que haja esta última, é necessário que se passe pelas três primeiras: ilegalidade, imoralidade e deslealdade. Toda improbidade é, a um só tempo, expressão de ilegalidade, imoralidade e de deslealdade institucionais e administrativas". (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.142).

3 Atual panorama da aplicação da LIA

3.1 Natureza jurídica dos atos de improbidade

Nada obstante as dúvidas que em princípio a proximidade ontológica com a esfera penal possam suscitar, eis que aqui também estamos no campo do direito sancionador, atualmente é fora de questão sua natureza civil (*rectius*, não-penal). O próprio legislador constituinte deixou isto claro e quis assim ao registrar que as punições aplicáveis ao praticante do ato de improbidade são “*sem prejuízo da ação penal cabível*”.

A importância prática de se situar a improbidade como instituto civil está especialmente na constatação de que o ato de improbidade é submetido ao Judiciário através de processo civil²⁶, além da possibilidade da ativação simultânea de processos civil e penal pelos mesmos fatos, sem a caracterização de litispendência.

Todavia, temos que reconhecer que por se tratar de matéria sancionatória²⁷, isto é, de dispositivos que prevêm graves sanções aos praticantes de ato de improbidade, a hermenêutica dos dispositivos legais deve se espelhar no referencial teórico penal, conforme explicitaremos adiante. Há de se observar a presunção de inocência do processado²⁸. As provas para a condenação devem ser confiáveis, tendo o pólo ativo da relação jurídica processual o ônus, para ver imposta a condenação, de afastar qualquer dúvida razoável sobre os elementos constituintes da improbidade.

26 Apesar da MP 2.225-45/2001 ter incluído no art. 17 remissão ao Código de Processo Penal. Trata-se de gritante atecnia produzida pelo legislador ordinário.

27 Com a chamada “administrativização” do direito penal, isto é, com a adoção cada vez mais acentuada de políticas criminais que buscam evitar o encarceramento, e priorizar outras sanções alternativas, muito se tem discutido em doutrina o que de fato caracteriza o Direito Penal. Ainda é voz corrente a doutrina que utiliza a definição do art. 1º do DL 3.914/41, que considera crime a infração a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa e cumulativamente com a pena de multa. O tema é bastante problemático e de difícil resolução. Veja que por esse critério não é mais crime – logo refoge à seara penal – o uso de entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/06). Importante a lição de Francisco Otávio de Almeida Prado, que bem percebe que “a constante descriminalização de condutas delituosas e sua transformação em ilícitos administrativos têm evidenciado a inexistência de diferenças ontológicas no conteúdo das infrações penais e administrativas. Em verdade a configuração de uma ou de outra constitui opção discricionária do legislador, que para proteger um mesmo bem jurídico dispõe de diferentes técnicas, cada qual envolvente de um regime jurídico peculiar” (PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, p. 28).

28 Com isso não queremos dar a extensão dada pela jurisprudência que vem predominando no Brasil em matéria penal, no sentido de que a garantia preserva o *status* de inocência até que haja sentença condenatória transitada em julgado. A presunção de inocência faz com que o ônus de demonstração da prática do ato de improbidade seja do autor da demanda e que as sanções em regra só sejam efetivadas por meio de sentença sobre a qual não pende recurso com efeito suspensivo.

É imprescindível a perquirição acerca do elemento subjetivo que animou o agente na prática do ato²⁹.

Na doutrina é praticamente unânime o entendimento de que o instituto da improbidade se insere no âmbito civil-administrativo³⁰, muito embora as fronteiras entre “os direitos” esteja, como já dito, perdendo cada vez mais a nitidez. Válida a menção, por todos, de Waldo Fazzio Júnior, que afirma que “*desde logo, insta banir eventual paternidade penal. Se, de fato, a qualificação jurídica do ato de improbidade oferece grande similaridade com o procedimento de adequação típica, do direito penal; se, realmente, a definição do elemento volitivo propende mais para a consideração de dolo e da culpa, consoante os parâmetros penais; a Constituição Federal (art. 37, § 4º) afasta, expressa e completamente, qualquer possibilidade de conotação penal dos atos de improbidade administrativa.*”³¹

Na jurisprudência da Corte Suprema não é diferente. As manifestações do Supremo Tribunal Federal têm vazado esse entendimento³². As vozes dissonantes foram os Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau.

3.2 Pessoas sujeitas à LIA

A improbidade na dicção do art. 1º da lei 8.429/92 se aplica a “qualquer agente público”. Apesar da meridiana clareza da redação legal, e da inexistência de qualquer hipótese de imunidade na matriz constitucional da Lei, tem havido certa indefinição na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre sua aplicabilidade aos agentes políticos quando houver previsão normativa

29 É francamente minoritário o pensamento que dispensa a perquirição de elemento subjetivo. Há alguns julgados do STJ, a exemplo do REsp 880662/MG, que esposam tal tese. Controvérsia muito mais complexa é a que envolve a possibilidade de ato de improbidade unicamente culposos.

30 Neste sentido podemos mencionar Francisco Octavio de Almeida Prado, em *Improbidade administrativa*, ed. Malheiros; Sérgio Monteiro Medeiros, *Lei de improbidade administrativa, comentários e anotações jurisprudenciais*, Ed. Juarez de Oliveira; Wallace Paiva Martins Junior, *Probidade administrativa*, ed. Saraiva; Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. Saraiva.

31 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 83.

32 Neste sentido na ementa da ADI 2797, Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ 19-12-2006, deixou-se inequívoco que a jurisprudência do STF sempre reconheceu na ação de improbidade uma ação cível, e não penal. Vejamos: “De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies”.

de crime de responsabilidade correspondente. A tese que espousa a inaplicabilidade dos dispositivos da lei de improbidade aos agentes políticos advoga que em relação aos agentes políticos já haveria submissão a regime sancionatório especial, os crimes de responsabilidade, para as quais se prevê, em regra, a competência de tribunais por foro por prerrogativa de função.

O STF, por maioria, decidiu em reclamação que Ministro de Estado não se sujeita à ação de improbidade por haver em relação a este cargo regime jurídico próprio de responsabilização por atos infracionais políticos-administrativos, expressamente previsto no art. 102, I, c, da Constituição Federal³³.

Contudo, ao contrário do que pode parecer em leitura apresada, o STF não disse simplesmente inaplicável a lei de improbidade aos agentes políticos. Ao que parece a manifestação na Reclamação 2138 foi restrita aos Ministros de Estado e ao Presidente da República. Concluímos isso com o exame dos julgados posteriores à referida reclamação, em que a Corte Suprema vem assentando que a decisão na Reclamação 2138 não tem alcance sobre os membros do Congresso Nacional, em relação aos quais não há legislação infraconstitucional prevendo crimes de responsabilidade³⁴. Também parece, da análise de manifes-

33 Vejamos o resultado do julgamento noticiado no Informativo 471: "Quanto ao mérito, o Tribunal, por maioria, julgou procedente a reclamação para assentar a competência do STF para julgar o feito e declarar extinto o processo em curso no juízo reclamado. Após fazer distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na CF, quais sejam, o do art. 37, § 4º, regulado pela Lei 8.429/92, e o regime de crime de responsabilidade fixado no art. 102, I, c, da CF e disciplinado pela Lei 1.079/50, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade, não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o STF nos termos do art. 102, I, c, da CF. Vencidos, quanto ao mérito, por julgarem improcedente a reclamação, os Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello, estes acompanhando o primeiro, Sepúlveda Pertence, que se reportava ao voto que preferira na ADI 2797/DF (DJU de 19.12.2006), e Joaquim Barbosa. O Min. Carlos Velloso, tendo considerações sobre a necessidade de preservar-se a observância do princípio da moralidade, e afirmando que os agentes políticos respondem pelos crimes de responsabilidade tipificados nas respectivas leis especiais (CF, art. 85, parágrafo único), mas, em relação ao que não estivesse tipificado como crime de responsabilidade, e estivesse definido como ato de improbidade, deveriam responder na forma da lei própria, isto é, a Lei 8.429/92, aplicável a qualquer agente público, concluiu que, na hipótese dos autos, as tipificações da Lei 8.429/92, invocadas na ação civil pública, não se enquadravam como crime de responsabilidade definido na Lei 1.079/50 e que a competência para julgar a ação seria do juízo federal de 1º grau. Rcl 2138/DF, rel. orig. Min. Nelson Jobim, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 13.6.2007. (Rcl-2138).

34 Neste sentido: Ementa: Agravo regimental. Reclamação. Ação civil pública. Membro do Congresso Nacional. 1. Os julgados desta Corte apontados como ofendidos, Reclamação nº 4.895/DF e nº 2.138/DF, não tratam da mesma situação destes autos, porquanto cuidaram da competência para o processamento de ação de improbidade contra ato praticado por Ministro de Estado (art. 102, I, "c", da Constituição Federal), circunstância diversa da presente, que envolve membro do Congresso Nacional, relativamente ao qual a legislação infraconstitucional não prevê crime de responsabilidade. 2. Agravo regimental desprovido (Rcl-AgR 5126 / RO – RONDÔNIA, AG.REG.NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. MENEZES DIREITO Julgamento: 22/11/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

tações monocráticas, que em relação aos prefeitos prevalecerá a aplicação dos dispositivos da LIA³⁵ ³⁶. Como se vê, a situação da aplicabilidade da LIA aos agentes políticos ainda está longe de estar definida, e os Tribunais superiores têm abusado do casuísmo na definição sobre a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos³⁷.

A não aplicação do instituto da improbidade aos agentes políticos submetidos a previsões de crime de responsabilidade é absolutamente equivocada. O § 4º do art. 37 não exclui qualquer espécie de agente público do seu âmbito de incidência. Assim, inviável qualquer interpretação que exclua os agentes políticos do alcance do dispositivo, mesmo porque estar-se-ia criando regime de privilégio, e portanto atentatório ao princípio da igualdade, sem qualquer fundamento de validade constitucional. Ademais, quer nos parecer que o que restou decidido no Rcl

35 Eis o que consignou a Ministra Carmen Lúcia na Reclamação 8221: "Por fim, registre-se que o acórdão que melhor reflete o entendimento da atual composição desta Corte, quanto à possibilidade de o agente político responder por ato de improbidade administrativa, é o da Pet 3.923-QO, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Nesse aresto se consignou que 'as condutas descritas na lei de improbidade administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade.'" (Rcl n. 7.222, DJe 3.3.2009)"

36 No STJ iterativa jurisprudência vem possibilitando a aplicação da LIA aos prefeitos. Vejamos: ACP, PREFEITO. DL. N. 201/1967. LEI N. 8.429/1992. Cuida-se de ação civil pública (ACP) ajuizada contra ex-prefeito pela falta de prestação de contas no prazo legal referente a recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social. Nesse panorama, constata-se não haver qualquer antinomia entre o DL n. 201/1967 (crimes de responsabilidade), que conduz o prefeito ou vereador a um julgamento político, e a Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), que os submete a julgamento pela via judicial pela prática dos mesmos fatos. Note-se não se desconhecer que o STF, ao julgar reclamação, afastou a aplicação da LIA a ministro de Estado, julgamento de efeito inter pars. Mas lá também ficou claro que apenas as poucas autoridades com foro de prerrogativa de função para o processo e julgamento por crime de responsabilidade, elencadas na Carta Magna (arts. 52, I e II; 96, III; 102, I, c; 105, I, a, e 108, I, a, todos da CF/1988), não estão sujeitas a julgamento também na Justiça cível comum pela prática da improbidade administrativa. Assim, o julgamento, por esses atos de improbidade, das autoridades excluídas da hipótese acima descrita, tal qual o prefeito, continua sujeito ao juiz cível de primeira instância. Desinflante, dessarte, a condenação do ex-prefeito na esfera penal, pois, conforme precedente deste Superior Tribunal, isso não lhe assegura o direito de não responder pelos mesmos fatos nas esferas civil e administrativa. Por último, vê-se da leitura de precedentes que a falta da notificação constante do art. 17, § 7º, da LIA não invalida os atos processuais posteriores, a menos que ocorra efetivo prejuízo. No caso, houve a citação pessoal do réu, que não apresentou contestação, e entendeu o juiz ser prescindível a referida notificação. Portanto, sua falta não impediu o desenvolvimento regular do processo, pois houve oportunidade de o réu apresentar defesa, a qual não foi aproveitada. Precedentes citados do STF: Rcl 2.138-DF, DJe 18/4/2008; Rcl 4.767-CE, DJ 14/11/2006; HC 70.671-PI, DJ 19/5/1995; do STJ: EDcl no REsp 456.649-MG, DJ 20/11/2006; REsp 944.555-SC, DJe 20/4/2009; REsp 680.677-RS, DJ 2/2/2007; REsp 619.946-RS, DJ 2/8/2007, e REsp 799.339-RS, DJ 18/9/2006. REsp 1.034.511-CE, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 1º/9/2009.

37 Basta dizer que tanto o STF quanto o STJ, apesar do julgamento em ADI no sentido de que a LIA tem natureza civil e não penal, posteriormente já julgaram, respectivamente, que: "compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros" (QO na Pet 3.211-0) e que o "o Superior Tribunal de Justiça reviu sua jurisprudência e também firmou entendimento de que não há competência de primeiro grau para julgar ação semelhante contra membros de outros tribunais superiores ou de tribunais de segundo grau" (AgRg na Sd 208/AM). Dispensável dizer que tais decisões têm, à luz do que fora decidido com eficácia erga omnes e efeito vinculante na ADI 2797, inspiração muito mais pragmático-política do que jurídica.

2138 é logicamente incompatível com a manifestação lançada na ADIN 2797, na qual se declarou a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do CPP, acrescentados pela Lei 10.628/2002. Tanto é assim que o Ministro Sepúlveda Pertence, secundado pelos Ministros Carlos Velloso, Marco Aurélio, Celso de Mello se reportaram às razões já declinadas no julgamento da ADIN 2797 para rechaçar a tese de inaplicabilidade da improbidade aos agentes políticos para os quais há previsão de crimes de responsabilidade.

Esse choque entre o que restou decidido na Rcl 2138 e a ADIN 2797 é claro. Se a improbidade administrativa, como reconhecida na ADIN 2797 é ação de cunho civil, é logicamente impossível se reconhecer que há identidade entre as previsões relacionadas aos crimes de responsabilidade e à lei de improbidade. É óbvio que a aceitação da possibilidade de aplicação da LIA às mais altas autoridades da República implica reforçada responsabilidade dos membros do Ministério Público e juizes de primeiro grau e moderação na utilização dessa ação repressiva, além da interpretação sistemática de determinadas normas que salvaguardam essas autoridades. Com efeito, parece-nos evidente que juiz de primeiro grau não possa decretar a perda do cargo de Presidente da República, posto que o sistema constitucional expressamente resguarda o Chefe de Estado por meio de foro por prerrogativa de função perante o Senado Federal (no caso de crimes de responsabilidade) e perante o Supremo Tribunal Federal (no caso de infrações penais comuns), sendo que a condenação importa exatamente na perda do cargo e na inabilitação por oito anos para o exercício de função pública. Resta claro que essas sanções só poderão ser aplicadas, no caso do Presidente da República, pelos órgãos constitucionalmente legitimados à imposição de tão graves sanções. Nesse diapasão, a solução que parece ser mais racional e de acordo com o regime constitucional de proteção de determinadas funções, seria a limitação das sanções da improbidade em relação às autoridades que detêm regime constitucional especial de responsabilização, isto é, o juízo de primeiro grau não poderia, em nosso ver, aplicar as sanções da LIA que se confundam com os efeitos da condenação penal, quando esta couber a tribunal hierarquicamente superior.

Além dos agentes públicos, a LIA, na expressa dicção do artigo 3º da Lei 8.429/92 se aplica a qualquer pessoa, física ou jurídica, que participou do ato ou dele se beneficiou, direta ou indiretamente³⁸.

3.3 As sanções pela prática de atos de improbidade

O art. 12 da Lei 8.429/92 comina ao agente que comete improbidade administrativa perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa e proibição de contratar com a Administração Pública ou de receber incentivos fiscais ou créditos, direta ou indiretamente. Ao exame das sanções inseridas pelo legislador ordinário a primeira coisa que nos chama a atenção é que a Lei 8.429/92 foi mais longe que o legislador constituinte, ao prever sanções não contidas na redação ao § 4º do art. 37 (multa e proibição de contratação e de receber vantagens da Administração). Automaticamente vem a pergunta: seria a lei inconstitucional nesse ponto?

A resposta é negativa. É que essas sanções não carecem de específica licença constitucional para serem previstas pelo legislador ordinário. Tanto é assim que a legislação ordinária está repleta de regras prevendo multas e sanções como a de proibição de contratação com a Administração Pública³⁹, nunca questionadas quanto à constitucionalidade. Outro ponto é que a norma constitucional que prevê a sanção por ato de improbidade é norma de eficácia limitada, e sendo assim não haveria porque exigir que a Constituição já trouxesse em *numerus clausus* as sanções passíveis de serem criadas pelo legislador⁴⁰. Além do mais, as sanções são absolutamente razoáveis e compatíveis

38 Mais uma vez a amplitude do texto legal faz com que o interprete tenha que ter bastante cautela no caso concreto. Exige-se que haja *conhecimento* do ato ímprobo e *vontade* de participar de sua consecução ou de seus proveitos. Em outras palavras, exige-se também em relação ao particular participe a presença de elemento subjetivo. Fábio Medina Osório defende que não é possível a punição de terceiro se agiu com boa-fé e era impossível perceber a ilicitude do agente público com que lidou (OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 117).

39 Vide por exemplo o art. 87 da Lei 8.666/93 que autoriza à própria Administração (não é nem o Juiz, como na improbidade) a aplicar multa e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

40 Mais ou menos neste sentido, vide GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 409.

com o sistema constitucional e legal de tutela da moralidade administrativa.

Os provimentos jurisdicionais que reconhecem a prática da improbidade têm efeitos condenatórios de obrigação de pagar quantia certa, referente à multa, devolução dos valores angariados illicitamente e ressarcimento do prejuízo causado, e de obrigação negativas, como a de não contratar com a Administração ou auferir benefícios fiscais ou creditícios, bem como efeitos desconstitutivos, em relação à perda da função pública e dos direitos políticos⁴¹.

A gravidade das sanções e a forma como são aplicadas, através da submissão a processo judicial, foi pensada justamente para provocar no meio social efeito dissuasivo, de modo a criar reverência ao sistema ético adotado pela Constituição de 1988, e assim prevenir a prática de atos ímprobos⁴².

A perda da função pública e dos direitos políticos, por expressa disposição legal (art. 20), só se efetivam após o trânsito em julgado da sentença condenatória. A redação do dispositivo pode gerar dúvidas sobre o momento em que as demais sanções cominadas na sentença condenatória começam a produzir efeito. Sendo a ação que pede a aplicação da LIA uma espécie de ação civil pública que versa sobre o direito público difuso à probidade administrativa, a questão do momento da eficácia da sentença de procedência é regulada pelo art. 14 da Lei 7.347/85, que dispõe que o juiz poderá conferir efeito devolutivo aos recursos, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação às partes. Optou então o legislador por excepcionar o regime geral do CPC de conferir, com exceção dos recursos extraor-

41 Wallace Paiva Martins Júnior entende que os provimentos são condenatórios (ressarcimento do dano, pagamento de multa civil, perda dos bens ou valores illicitamente acrescidos), desconstitutivos (perda da função pública) e restritivos de direitos (proibição de contratar e de receber incentivos ou benefícios e suspensão dos direitos políticos) (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, p. 258).

42 O sistema legal brasileiro que tutela a moralidade (e todos os valores constitucionais relacionados à Administração Pública) utiliza-se de vários meios, os quais aqui chamaremos de métodos. O método penal, com o controle da probidade administrativa através de inúmeros tipos penais que constam do Código Penal (Título XI) e de legislação extraordinária, o método administrativo, instrumentalizado através do poder disciplinar, e o mais recente, o método civil-administrativo, através do manejo de ação civil tendente à punição da prática de improbidade. Há quem defenda que a tendência é buscar meios mais céleres e efetivos para a proteção da moralidade administrativa, com a preferência pelo contencioso administrativo (neste sentido o espanhol Alfonso Sabán Godoy, citado por MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, p. 177).

dinário e especial, e do agravo, o efeito suspensivo automático aos recursos. Tão só pelo art. 14 seria possível, com exceção das sanções de perda da função pública e dos direitos políticos, promover-se a execução provisória das demais penas.

A proibição de contratar com a Administração ou de receber benefícios fiscais ou creditícios na prática acaba por gerar situação de dano irreversível ou de difícil e custosa reversibilidade, o que acaba por recomendar cautela em sua execução provisória. Isso significa que diante do caso concreto o autor⁴³ e o juiz terão margem de discricionariedade para, ponderando os elementos do processo e as razões do recurso, trilharem o rumo da execução provisória da proibição de contratação e auferimento de benefícios públicos⁴⁴. Essa margem de opção discricionária, sempre testável através da fundamentação obrigatória, é extremamente salutar quando se trata de jurisdição civil coletiva, em que encontramos situações das mais variadas e difíceis. Lembremos, por exemplo, do notório escândalo dos Sanguessugas, no qual empresários se associaram com servidores públicos para burlar licitações, realizadas por prefeituras e Estados, em sua maioria para a aquisição de equipamentos de saúde. Como era de se esperar, os fatos resultaram em diversas ações de improbidade contra os envolvidos (sócios, empresas e funcionários públicos). Algumas ações já chegaram à fase de sentença. Na hipótese de procedência (o que obviamente se espera diante da gravidade dos fatos e da fartura dados que indicam verdadeira organização criminosa para lesar o erário e enriquecer ilícitamente), seria aceitável que os sócios das empresas envolvidas continuassem a poder contratar com a Administração? Cremos que não há dúvidas, diante da hipótese aventada, de que em determinados casos será sim possível e até louvável que a proibição de contratar e de receber benefícios públicos seja imediata.

43 Pensamos que a obrigatoriedade incidente sobre a execução de decisão em jurisdição civil coletiva não se aplica em se tratando de execução provisória. É que eventual reversão da decisão de primeiro grau poderá acarretar pesado ressarcimento do Poder Público ao particular atingido pela sanção provisória, também cabendo ao autor verificar, consideradas as peculiaridades do caso, o interesse ou não de se executar a obrigação de não contratar e de não receber benefícios provisoriamente.

44 Ao juízo e ao autor (MP ou ente público) cabem fazer a seguinte ponderação: a fundamentação do recurso é forte o suficiente para trazer relevante risco de modificação da sentença?; razões de ordem pública fazem com que seja imprescindível a proibição imediata de contratar com o Poder Público ou auferir vantagens públicas?

Já em relação às penas pecuniárias (pagamento de multa, a perda dos valores acrescidos ilegalmente e o ressarcimento integral do dano causado) a execução provisória é possível, aplicando-se o art. 588 do CPC, que dispõe que a execução provisória de sentença corre por conta e risco do exequente, que se obriga a reparar os prejuízos do executado em caso de reforma, e que o levantamento de dinheiro ou a prática de outros atos que importem em alienação do domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea.

Permite-se, sem maiores questionamentos, que a sentença contenha outros provimentos que não previstos explicitamente na Lei 8.429/92. Isso porque a ação de improbidade na verdade é verdadeira ação civil pública na qual se pede a aplicação das sanções previstas na lei de improbidade, nada impedindo que, de acordo com o caso concreto, haja a cumulação de pedidos (e, em caso de procedência, de provimentos), para, por exemplo, determinar que a autoridade pública preste contas da verba gasta, se abstenha de aplicar dinheiro público em determinada atividade, ou ainda provimento desconstituindo contrato assinado pelo agente público demandado.

Questão intrincada tem sido a possibilidade ou não da inicial pleitear somente algumas das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92.

Entendemos que o regime de legalidade a que estão sujeitos os legitimados ativos para a proposição da ação - Ministério Público e/ou Poder Público atingido pelo ato - não impede um juízo prévio de adequação das sanções ao ato praticado⁴⁵. Várias razões militam nesse sentido. Primeiramente, é de se lembrar que a improbidade é levada ao exame judicial através do processo civil, processo em que a demanda e seus contornos são, tradicionalmente, desenhados pelo autor, em face do cha-

45 Aqui tem lugar crítica ao legislador da Lei 8.429/92. O sistema de sanção da Lei poderia ter atendido melhor aos ideais de individualização da pena, de equidade da sanção, de proporcionalidade entre gravidade do ato e gravidade da sanção. Pela literalidade da lei, o ato mais grave de improbidade, causador de grande impacto social e praticado com inegável má-fé terá punição qualitativamente idêntica ao ato de improbidade menor lesividade (a diferença residirá na quantidade das sanções).

mado princípio dispositivo⁴⁶. É fato que tal princípio perante a processualística moderna tem perdido espaço, e ainda mais se considerarmos que tratamos de direitos coletivos, naturalmente portadores de elevado grau de “indisponibilidade”, mas é forçoso reconhecer que mesmo para temas em que vige uma certa obrigatoriedade de ação, em face por exemplo do princípio da legalidade, ainda é do autor da ação a iniciativa de provocar ou não a jurisdição, e o modo e tempo como provocará. Se o autor tem a escolha (mitigada, mas tem)⁴⁷ de ajuizar ou não a ação, pode, com muito mais razão, desde que o faça indicando os motivos pelos quais deixa de pleitear determinadas sanções, demandar somente alguma dessas. O importante é que haja clara e objetiva fundamentação dos motivos que levaram o autor a deixar de inserir no objeto da ação determinada punição em regra aplicável por força do art. 12. A fundamentação é fator de legitimação da discricionariedade do autor da ação.

Vê-se assim que há para o autor que deixa de deduzir “pedido cheio” o ônus argumentativo de demonstrar a inadequação de determinada sanção ao caso concreto. Parte da doutrina enxerga nessa possibilidade de dedução de pedido seletivo abertura para o ajuizamento de ação com pedido mais leve, o que impossibilitaria punição adequada em razão da adstrição da sentença ao pedido. Contudo, tal crítica não procede porque sempre haverá a possibilidade de outro co-legitimado ajuizar ação manejando os outros pedidos propositalmente e ilegitimamente não oferecidos⁴⁸. Além disso, sendo o Ministério Público o autor da ação ilegitimamente seletiva, pode o juiz provocar as instâncias superiores de controle da Instituição, na medida que o não ajuizamento de todos os pedidos em tese deduzi-

46 “Fala-se, por exemplo, que tal princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação, determinação do objeto, impulso do processo e produção das provas”(BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 88).

47 O princípio da obrigatoriedade nas ações coletivas ou princípio da indisponibilidade, incidente sobretudo na atuação do Ministério Público em matéria de tutela coletiva, é temperado por critérios de conveniência e oportunidade. Neste sentido Hermes Zanneti Jr. e Fredie Didier Jr.: “Diferentemente do processo individual, no qual está presente a facultas agendi característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela idéia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma ‘obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade’”, DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETTI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v. 4, p. 132.

48 No caso do ente público ser o autor da ação, o Ministério Público, percebendo a omissão injustificável, deverá ajuizar (através de aditamento ou em nova ação, conexa com a anterior) os demais pedidos cabíveis.

veis constitui-se num arquivamento parcial, submissível ao crivo do órgão superior de controle do princípio da obrigatoriedade⁴⁹. Fácil perceber que a discricionariedade dos legitimados para o ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade está sujeita a sistemas de controle que reduzem em muito a possibilidade de inação abusiva. Com efeito, em nome do princípio da correlação entre pedido e sentença, não é lícito ao juiz conceder tutela sancionatória não pleiteada na petição inicial.

A mesma dúvida gerava certa discussão na doutrina em relação à obrigatoriedade do juiz aplicar todas as sanções cumuladas⁵⁰. Até que veio a Lei 12.120 de 16 de dezembro de 2009 para consagrar o que a jurisprudência do STJ vinha há muito realizando⁵¹, com base no princípio da proporcionalidade.

Com a edição da nova lei o problema não está completamente sanado, posto que ainda se reservou para o intérprete largo campo para individualizar a pena, o que pode gerar situações

49 O Conselho Superior do Ministério Público (art. 9º, § 1º, Lei 7.347/85), no caso do Ministério Público Estadual, ou as Câmaras de Coordenação e Revisão (art. 62, IV, LC 75/93)

50 Somente como registro histórico, nas edições anteriores à referida lei, defendiam a aplicação em bloco obrigatória: MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, p. 263 e GARCIA, Emerson. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 485. Em sentido contrário, defendendo a aplicação seletiva dependendo da gravidade do ocorrido: SAMPAIO, José Adércio Leite. A probidade na era dos descontos. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et. al. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 171; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade, doutrina, legislação e jurisprudência*, 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 366; FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114; MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa, comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 185; PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, p. 153.

51 ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

O recurso foi interposto nos autos de ação de improbidade administrativa, movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, contra o prefeito do Município de São José do Norte e contra dois funcionários da prefeitura deslocados para exercerem mandato classista recebendo os adicionais de insalubridade e horas extras anteriormente percebidos. 2. O Tribunal a quo reformou a sentença que havia condenado os recorridos a ressarcir aos cofres públicos as importâncias recebidas devidamente corrigidas; aplicado multas; suspendido os direitos políticos dos demandados e os impedidos de contratar com a Administração Pública. Manteve, porém, “a condenação somente quanto ao ressarcimento integral do dano, de forma solidária, e o pagamento de multa civil, nos termos do art. 12 da Lei de Improbidade - nº 8.429/92”. 4. É inequívoco que a conduta dos recorridos encerra uma ilicitude. No entanto, não se pode olvidar que a suspensão dos direitos políticos é a mais drástica das sanções estipuladas pela Lei nº 8.429/92 e que sua aplicação importa impedir - ainda que de forma justificada e temporária - o exercício de um dos direitos fundamentais de maior magnitude em nossa ordem constitucional. 6. A suspensão dos direitos políticos do administrador público e dos funcionários, além do impedimento de contratar com a Administração Pública, por danos de pequena monta causados ao erário - foram pagas 24 parcelas de R\$78,00 a Kelly e outras 24 parcelas de R\$63,60 a Ademir (funcionários demandados) em valores históricos conforme o recorrente à fl. 546 -, importa em sanções severas que não se coadunam com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que demonstra ter o Tribunal de origem agido de forma correta ao afastá-las, embora mantendo a condenação ao ressarcimento integral, de forma solidária, bem como o pagamento da multa civil prevista na LIA. Precedentes. 7. Recurso especial não provido. (REsp 1097757/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 18/09/2009).

Em sentido contrário: Resp nº 439280/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 16.06.03

paradoxais, como a restrição de sanções quando há enriquecimento ilícito tão somente em razão do baixo valor desviado, quando na verdade é o que importa para aferir a culpabilidade é o ato de se apossar indevidamente de algo público, ou seja, a conduta desonesta.

3.4 Da relação entre os diferentes mecanismos de punição

Parece-nos que um ponto fundamental merece destaque: a necessidade da harmonização dos diversos sistemas e normas que têm aplicação, em regra, quando ocorre a prática de ato de improbidade.

Um mesmo ato de improbidade, um mesmo fato, pode gerar o acionamento de normas penais, administrativas-disciplinares e da lei 8.429/92. É certo que há a independência (relativa) das instâncias penal, administrativa e civil. Inclusive essa autonomia é prevista no art. 12 da Lei 8.429/92. Mas isso não significa que as esferas não sejam comunicáveis em determinados pontos. Aqui temos que lembrar que a divisão que costumamos fazer do Direito em várias vertentes e matérias é tão somente para fins metodológicos e didáticos. O direito de determinado Estado é uno e cabe ao intérprete harmonizar e sistematizar as diversas partes do mesmo todo. Com efeito, acreditamos que careceria da melhor lógica jurídica que ato sujeito no âmbito disciplinar à penalidade de suspensão, no plano da LIA seja punível com todas as graves sanções do art. 12 da Lei 8.429/92⁵². Tal necessidade de coerência entre os vários (sub)sistemas punitivos fica mais evidente quando olhamos com lupa para a hipótese de servidor público deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição de lei, em virtude de sentimento pessoal ou para satisfazer seu interesse. Confrontando a hipótese com a lei

52 O art. 132, inciso IV, da Lei 8112/90 beira a inconstitucionalidade ao colocar a improbidade, sem qualquer definição do que isso seja para fins disciplinares, como causa para a demissão. Tal falha pode ser parcialmente suprida pela circunstância dos atos que importam em enriquecimento ilícito e que causam prejuízo ao erário (arts. 9º e 10 da Lei 8.429/92) já naturalmente serem mais graves e importarem, salvo raríssimas exceções, em penalidade de demissão pelo enquadramento em outros incisos do art. 132 da Lei 8.112/90, mas ainda assim há o problema de conferir à autoridade competente para a punição excessiva margem de discricionariedade, quando, por exemplo, o ato se amoldar em tese aos largos limites do art. 11, caput, da Lei 8.429/92.

8.429/92, facilmente chegaremos à conclusão de que o ato tem potencial encaixe no artigo 11, inciso I ou inciso II, dependendo dos detalhes fáticos. Caso optemos pela aplicação cheia das sanções do art. 12 da LIA, haverá perda do cargo ou emprego ocupado. Contudo, na esfera penal, o ato subsumir-se-á ao tipo do art. 319 do Código Penal, que descreve a prevaricação, impondo-lhe pena de detenção de três meses a um ano, e multa. Com as atuais regras desencarceradoras do Direito Penal (p.e., artigo 44 do CP) e com o art. 94 do Código Penal determinando a perda do cargo ou emprego público como efeito da condenação tão somente para crimes com pena privativa de liberdade aplicada em tempo igual ou superior a um ano, temos que muitíssimo provavelmente o condenado na esfera penal sequer será privado de sua liberdade, além de não perder seu cargo em razão da condenação penal.

Teríamos então visível e inegável contra-senso no qual a esfera destinada a ser a *ultima ratio* de defesa social e proteção dos bens jurídicos, a esfera penal, é mais branda que o sistema sancionatório civil da LIA.

Exatamente neste sentido de proporcionalidade e sistematicidade entre os diferentes métodos de punição é a lição do Ministro do STJ Castro Meira ao enunciar que “*A Lei n. 8.429/92 visa a resguardar os princípios da administração pública sob o prisma do combate à corrupção, da imoralidade qualificada e da grave desonestidade funcional, não se coadunando com a punição de meras irregularidades administrativas ou transgressões disciplinares, as quais possuem foro disciplinar adequado para processo e julgamento.*”⁵³

Por todas as razões expostas, consideramos que é sim juridicamente correta a limitação justificada dos pedidos sancionatórios, e por conseguinte, a restrição jurisdicional dos pedidos considerados excessivos e/ou inadequados ao caso concreto.

53 (Nesse sentido: REsp 1.089.911/PE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 17.11.2009, DJe 25.11.2009.)

4 LIA, direito sancionador e segurança jurídica

Nem sempre é tarefa fácil para o aplicador da LIA a conexão entre seus dispositivos e a realidade. O legislador fez clara opção política de adotar tipologia aberta, no intuito de criar sistema sancionador permeável ao sistema axiológico abraçado pelo legislador constituinte⁵⁴, e assim atender ao legítimo anseio social de criar mecanismos eficazes de prevenção e repressão da corrupção (*rectius*, improbidade) na esfera pública. Realmente era necessária a criação de forte meio não-penal sancionador, capaz de enfrentar a conhecida e propagada falta de seriedade e honestidade na condução do Estado. E mais uma vez lembramos que esse meio de combate à imoralidade administrativa tem origem direta em nossa Constituição, daí porque não há como se questionar a validade desse sistema. O que a Constituição engendrou foi verdadeiro e necessário esquema de sobreposição de sistemas punitivos, cada um com seu próprio colorido mas todos pertencentes ao ramo do direito sancionador, com a perceptível meta de superproteger os caros valores democráticos que formam o plexo da moralidade administrativa, eis que necessária a proteção desses valores sob pena do Estado correr o risco de falhar em sua missão de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, CF/88). Como já visto, a democracia tem entre seus maiores adversários a corrupção estatal, e as normas que visam proteger os valores republicanos e democráticos da boa e honesta administração são absolutamente fundamentais para a sobrevivência de um sistema democrático sadio.

Consideradas essas premissas, realmente nos parece que ao legislador só havia a opção política de escolher modelo mais amplo de tipificação das improbidades em comparação com a esfera penal, sob pena de se frustrar a *ratio essendi* dos dispositivos

54 Pela vez primeira, no constitucionalismo pátrio, a probidade é tratada como fonte de responsabilidade autônoma na Carta Magna, fora dos marcos mais estreitos dos crimes de responsabilidade. E o Constituinte buscou, com tal iniciativa, fugir aos limites da dogmática penal, para adentrar a seara mais ampla do Direito Administrativo, especificamente o terreno do Direito Administrativo Sancionador, com isso reduzindo, certamente, o rol de garantias dos acusados em geral e ganhando celeridade e eficiência no combate a esse ilícito(OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/revista. Acesso em: 18 mar. 2009).

constitucionais protetivos da moralidade, notadamente o § 4º do art. 37, que ao nosso ver buscavam justamente uma ampliação dos atos sancionáveis, dada a ineficácia dos mecanismos até então vigentes (esfera penal e disciplinar-administrativa).

O problema é que a tipologia adotada, francamente aberta, sobretudo no art. 11, traz como efeito colateral certa insegurança interpretativa. Tal insegurança é aumentada pela novidade que é o sistema sancionador da improbidade, quando ainda há inúmeras divergências radicais quanto a aspectos básicos, como natureza das sanções e as pessoas sujeitas à incidência, e a jurisprudência ainda não exerceu o papel de provocar certo consenso interpretativo, ao menos no plano prático.

Não é difícil perceber que o legislador entregou ao interprete e aplicador da LIA texto normativo que suscita diversas dúvidas e questionamentos. A lei 8.429/92 veio com redação imprecisa, com sistema punitivo desbalanceado e com inúmeros pontos de silêncio que trazem muitas interrogações. Diante desse quadro normativo, surgem as seguintes questões: Como aplicar a lei de modo justo e equilibrado se condutas dos mais variados graus de lesividade são baralhadas como se tivessem a mesma gravidade? E a pergunta que a nós parece a mais relevante, como compatibilizar os valores de eticidade e responsabilidade, exigidos pelo sistema constitucional e protegidos pela LIA, com preceitos essenciais inerentes ao devido processo legal e à segurança jurídica?

A primeira pergunta já vem sendo enfrentada e, como já visto acima, boa parte da literatura específica entende possível a aplicação não necessariamente cumuladas das sanções, entendimento que culminou na alteração do caput do art. 12 pela Lei 12.120 de 2009. O problema é que diante da novidade que representa a LIA, do atual estado da jurisprudência e da doutrina, a incerteza ainda perdurará por bom tempo até que se atinja níveis satisfatórios de consenso sobre a dosagem qualitativa das penas.

Mas mais grave que a indefinição quanto à intensidade da sanção, são as dúvidas conceituais sobre os pressupostos teóricos da LIA e sobre a estrutura do processo de tipificação, ou seja, sobre os requisitos para o estabelecimento da ligação entre o tipo previsto na LIA – sim, a LIA também usa a técnica do fato típico, embora muito imperfeitamente – e o que ocorreu no mundo dos fatos.

Quando dizemos que ainda falta definição sobre os pressupostos teóricos, nos referimos à posição *sui generis* que a LIA ocupa em nosso sistema, em que traz importantes e graves sanções aos condenados, o que a aproxima das disposições penais, ao mesmo tempo em que é aplicada através do processo civil, com aplicação de institutos e raciocínios típicos do direito Administrativo. A melhor solução teórica para a essa aparente concorrência de categorias é a utilização de uma super-categoria que, apesar de intuitiva, tem sido pouco estudada: o direito sancionador, como grande ramo do direito público que reúne as características e limitações inerentes ao poder punitivo estatal em suas mais diferenciadas manifestações⁵⁵. Essa grande área do Direito polariza algumas características que são mais ou menos comuns nas sociedades democráticas: exige-se que a pena imposta pelo Estado tenha fundamento em lei formal e que tanto quanto possível a lei traga elementos que possibilitem sua aplicação objetiva; exige-se que a pena prevista e imposta pelo Estado seja razoavelmente correspondente à gravidade do ato; exige-se algum procedimento legal que permita defesa, ainda que *a posteriori*; exige-se por parte da autoridade aplicadora da sanção exposição dos motivos que a levaram a punir; repele-se o excesso de poder ou arbítrio⁵⁶. Tais restrições são abso-

55 "La idea del ius puniendi único del Estado, que en el capítulo anterior se ha examinado críticamente, nos descubre un recurso dogmático que en Derecho se utiliza con cierta frecuencia: cuando la doctrina o la jurisprudencia quieren asimilar dos figuras aparentemente distintas, forman con ellas un concepto superior y único – un supraconcepto – en el que ambas están integradas, garantizándose con la pretendida identidad ontológica la unidad de régimen. Esto es, como sabemos, lo que se ha hecho con la potestad sancionadora del Estado, en la que se engloban sus dos manifestaciones represoras básicas. Una técnica que se reproduce simétricamente con la supraconcepto del ilícito común, con el que se engloban las variedades de los ilícitos penal y administrativo y que se corona, en fin, con la creación de un derecho punitivo único, desdoblado en el derecho penal y en derecho administrativo sancionador" NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

56 Concordamos com Edilson Pereira Nobre Júnior quando diz, em relação ao direito administrativo sancionador, aplicáveis à LIA: "resta-nos mencionar, neste tópico, quais os balizamentos, emergentes do Direito Penal, capazes de nortear o desempenho das atribuições punitivas da Administração. Para análise mais didática, podem, grosso modo, ser agrupados sob os planos substancial e formal. Eis alguns deles: a) legalidade; b) tipicidade; c) culpabilidade; d) proporcionalidade; e) retroatividade da norma favorável; f) *non bis in idem*; g) *non reformatio in pejus*." (NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, v. 219, p.128). No mesmo sentido: "Assim, como já se disse neste estudo, os elementos do ilícito administrativo também são os do tipo penal. Além disso, uma enorme gama dos princípios basilares do direito penal tem grande aplicabilidade para o estudo das sanções administrativas, como os da legalidade, tipicidade, *non bis in idem*, irretroatividade das normas sancionadoras, presunção de inocência, devido processo legal, proporcionalidade, retroatividade de norma favorável, e o princípio *in dubio pro reo*, sendo empregável ainda, as causas supralegais de exclusão da ilicitude, como a inexigibilidade de conduta diversa" MAIDAME, Márcio Manoel. O Código de Trânsito brasileiro à luz dos princípios do direito sancionador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2175, 15 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12974>>. Acesso em: 01 out. 2009

lutamente fundamentais porque toda emanção do *ius puniendi* estatal acaba por limitar, em variados graus, que dependem do tipo de *ius puniendi* exercido e do bem jurídico protegido, direitos fundamentais, como à liberdade ou à propriedade. Chamamos a atenção assim para o que nos parece um fato: apesar de haver autonomia – relativa, como já vimos⁵⁷ – dogmática entre Direito Administrativo e Direito Penal, porque são técnicas jurídicas diferentes em sua forma e na maneira como são efetivadas suas normas, o conteúdo que esses diferentes ramos do Direito protegem, os valores jurídicos, podem ser idênticos, e muitas vezes são. Assim não vemos, em absoluto, diferenças ontológicas entre as sanções administrativas e as sanções penais⁵⁸, podendo o legislador, diante do desvalor de determinada conduta, tipificá-la como crime ou como infração administrativa, ou como ambas figuras⁵⁹. É importante lembrar que toda a construção histórica dos direitos fundamentais foram exatamente no sentido de limitar e legitimar o exercício de poder por parte do Estado, em especial o direito punitivo, já que é uma das facetas mais agudas e delicadas da relação Estado-indivíduo. Nesse diapasão, temos que fixar, dada a insuficiência legislativa, doutrinária e jurisprudencial, e ainda considerando que estamos a tratar de direito punitivo de inegável gravosidade, que é devida a utilização de institutos penais, dosados e bem temperados⁶⁰ com a necessidade de se conferir efetividade ao combate à improbidade e de se cumprir a missão constitucional de dar enfrentamento a esse mal (improbidade) que pode colocar em risco o próprio sistema democrático. É fundamental, portanto, e difícilíssimo, ao mesmo

57 Não custa lembrar que o Direito é uno.

58 “A constante descriminalização de condutas delituosas e sua transformação em ilícitos administrativos têm evidenciado a inexistência de diferenças ontológicas no conteúdo das infrações penais e administrativas. Em verdade a configuração de uma ou de outra constitui opção discricionária do legislador, que para proteger um mesmo bem jurídico dispõe de diferentes técnicas, cada qual envolvente de um regime jurídico peculiar” PRADO, Francisco de Octavio Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros, p. 28.

59 Falando dessa opção política entre Direito Penal e Direito Administrativo: “[...] o Estado-legislador pode, soberana e discricionariamente, ainda que lhe seja vedada a arbitrariedade, escolher um ou outro caminho, ou ambos, para a eficaz proteção de bens jurídicos” OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p. 122.

60 “Hemos de dedicar esfuerzos a delimitar el contenido de los principios a los que se somete la actividad sancionadora y su régimen de ejercicio, hasta alcanzar el perfecto equilibrio entre eficacia y garantismo.” (TESO, Ángeles de Palma del. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996. p. 26).

tempo, o equilíbrio entre a efetividade das normas punitivas e a aplicação das limitações ao poder punitivo do Estado.

Dentro desse contexto temos a questão da segurança jurídica, como direito fundamental (art. 5º, caput, CF/88), aqui entendida como os atributos de certeza e previsibilidade que o ordenamento jurídico democrático deve, tanto quanto possível, ostentar, de modo que o Direito cumpra uma de suas funções essenciais: possibilitar a tranquilidade social. Consiste no “conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”⁶¹.

Canotilho, reconhecendo que uma das razões do surgimento do liberalismo político e econômico, e logo do constitucionalismo moderno, era a necessidade de um sistema capaz de conferir às classes sociais emergentes a segurança jurídica⁶², ensina que “*o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos*

61 VANOSI, Jorge Reinaldo. *El estado de derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Universitária, 1982, apud SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, p. 433.

62 “A economia capitalista necessitava de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dada as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e do direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em sua vista a *certeza do direito*. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado” CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 109.

*poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo ou judicial*⁶³.

Especificando o significado do princípio, o mestre português chega a um ponto nodal para nossa exposição: “*A segurança jurídica postula o princípio da precisão ou determinabilidade dos actos normativos, ou seja, a conformação material ou formal dos actos normativos em termos linguisticamente claros, compreensíveis e não contraditórios. Nesta perspectiva se fala em princípios jurídicos da normação jurídica concretizadores das exigências de determinabilidade, clareza e fiabilidade da ordem jurídica, e conseqüentemente, da segurança jurídica e do Estado de direito. O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, a duas ideias fundamentais. A primeira é a da exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto. A segunda aponta para a exigência de densidade suficiente na regulamentação legal, pois um acto legislativo (ou um acto normativo em geral) que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de: (1) alicerçar posições juridicamente protegidas pelos cidadãos; (2) constituir uma norma de actuação para a Administração; (3) possibilitar, como norma de controlo, a fiscalização da legalidade e a defesa dos direitos e interesses dos cidadãos [...]*⁶⁴”.

A incerteza quanto à aplicação da LIA é especialmente sentida, além das questões do referencial teórico e da possibilidade ou não da aplicação das sanções em bloco, já abordadas, nos

63 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 247

64 *Ibid.*, p. 258.

seguintes aspectos: a) quanto à tipicidade, possibilidade de aplicação de excludentes de antijuridicidade e de culpabilidade; b) quanto ao elemento subjetivo necessário para a caracterização do ato como ímprobo e a estrutura da conduta; b) quanto à extensão do artigo 11 da lei⁶⁵.

Disposição normativa punitiva severa que não tem ao certo referencial teórico confiável acaba por vulnerar a segurança jurídica, levando ao meio social, em especial aos potenciais atingidos pelas normas inquietação, desconfiança e incerteza sobre a juridicidade dos comportamentos. Adiante tentaremos esboçar algumas soluções.

5 Alguns caminhos possíveis

Como já mencionamos anteriormente, é necessário que o direito sancionador seja reconhecido como categoria em que é necessário fornecer ao cidadão garantias legitimadoras jurídicas e sociológicas da sanção. Garantias processuais-procedimentais como devido processo legal, proibição da prova ilícita, presunção de inocência; e substanciais como culpabilidade (necessidade da aferição de elemento subjetivo), individualização da pena, proporcionalidade e legalidade.

O problema torna-se mais complexo quando reconhecemos que a mera utilização do referencial teórico penal⁶⁶ pode atentar, dependendo da forma com que se apliquem os institutos penais, contra a efetividade do combate à improbidade, também importantíssimo para o Estado Democrático de Direito⁶⁷. Mais uma vez afirmamos que o Direito Penal deve sim servir de paradigma na aplicação da LIA, porém *cum grano salis*, atentando que se trata de espécie normativa que tem sua base axiológica e hermenêutica fundada em institutos de

65 O artigo 11 da LIA tem interpretação tão problemática que chegou a merecer o epíteto de "a esfinge da Lei de Improbidade Administrativa". SANTOS, Carlos Frederico dos. *A esfinge da Lei de Improbidade Administrativa* (considerações sobre o caput do art. 11 da Lei 8.429/92). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 7, 30/11/2001 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1979. Acesso em: 25 set. 2009.

66 Como reconhecida espécie sancionatória tecnicamente mais desenvolvida

67 Tal qual as garantias fundamentais. Como já vimos, a improbidade (rectius, corrupção) pode contaminar o sistema democrático, colocando em risco a normalidade do Estado de Direito.

Direito Administrativo, e que essa utilização idealmente não pode reduzir o espectro de eficiência repressiva, que foi visivelmente buscado pelo constituinte ao criar especialíssimo mecanismo de tutela do direito metaindividual à probidade administrativa que não se utilizasse do processo penal⁶⁸. O que se defende aqui não é a pura e simples transfusão dos institutos do Direito Penal para a LIA, mas sim a sanção, através da utilização de modelo normativo tecnicamente mais desenvolvido e historicamente sedimentado, de falhas que podem comprometer as garantias fundamentais que o cidadão deve ter frente ao Estado e a segurança jurídica na aplicação das disposições da LIA.

5.1 Do elemento subjetivo

Muito se tem discutido sobre o elemento subjetivo do agente em se tratando de improbidade administrativa. A jurisprudência do STJ parece ter se sedimentado no sentido de exigir a demonstração de elemento subjetivo⁶⁹, muito embora tenhamos arestos mais antigos que dispensam sua análise

68 Não deixa de ser paradoxal que o Direito Penal empreste alguns de seus marcos teóricos à aplicação da LIA e que essa tenha sido criada justamente com o reconhecimento tácito do poder constituinte originário de que as disposições repressoras até então existentes (normas tradicionais de direito penal e de direito administrativo) não vinham se revelando suficientes para o combate à improbidade. Mas como já dissemos a utilização do Direito Penal como paradigma garantidor de determinadas salvaguardas ao cidadão é necessário, e útil diante da insuficiência normativa da LIA. Esse comparativo teórico com o Direito Penal não pode e não deve levar à improdutividade da LIA.

69 Neste sentido: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-CONFIGURAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ELEMENTO SUBJETIVO. NECESSIDADE. ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INADEQUAÇÃO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...] 3. A Corte a quo, ao analisar o caso concreto, apesar de indicar irregularidades no procedimento licitatório, concluiu que não houve lesão ao erário, tampouco a demonstração de dolo ou culpa na conduta praticada pelos agentes públicos. 4. A configuração do ato de improbidade administrativa não exige prejuízo ao erário, nos termos do art. 21 da Lei 8.429/92, salvo nas hipóteses do art. 10 da referida norma. Entretanto, é indispensável a presença de dolo ou culpa do agente público ao praticar o suposto ato de improbidade administrativa, sob pena de atribuição de responsabilidade objetiva, o que não é admitido por esta Corte Superior. 5. Nesse sentido, os seguintes precedentes: REsp 734.984/SP, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe de 16.6.2008; REsp 658.415/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 3.8.2006; REsp 604.151/RS, 1ª Turma, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 8.6.2006; REsp 626.034/RS, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 5.6.2006. 6. O Tribunal de origem analisou o conjunto probatório contido nos autos, e reconheceu expressamente a inexistência de provas da efetiva configuração do ato de improbidade administrativa cometido pelo ora recorrido. Assim, é manifesta a conclusão de que a reversão do entendimento exposto pela Corte a quo exigiria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 7. Recurso especial desprovido. (REsp 950.662/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 05/08/2009)

se⁷⁰. Neste sentido também é a melhor doutrina, a exemplo de Fábio Medina Osório: *“Das garantias resultantes do sistema constitucional do direito administrativo sancionador pátrio, que se assenta no devido processo legal, destacamos a perspectiva de responsabilidade subjetiva dos infratores do dever de probidade. Tratamos do dolo e da culpa como pressupostos de responsabilidade por improbidade administrativa”*⁷¹.

A demonstração do elemento subjetivo se faz mediante material probatório que indique que o agente, numa conduta livre, consciente, antijurídica e culpável, agiu no sentido de praticar um dos tipos previstos na LIA. Daí a importância da existência de elementos que demonstrem o nexo subjetivo entre resultado e a conduta do agente, ou seja, de que o agente queria de fato praticar conduta que se amolda a uma das molduras típicas encontradas na LIA. Como o elemento subjetivo é sempre intuível⁷² através dos elementos que indicam determinada vontade, é fundamental que haja produção probatória idônea anterior ao ajuizamento da ação civil pública por ato de improbidade, que ao menos indique, com razoável margem de confiabilidade, a presença de elemento subjetivo⁷³. Vale mencionar que o dolo exigido para a caracterização não é o chamado dolo específico

70 ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. A lesão a princípios administrativos contida no art. 11 da Lei nº 8.429/92, em princípio, não exige dolo ou culpa na conduta do agente nem prova da lesão ao erário público. Basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade. Caso reste demonstrada a lesão, o inciso III do art. 12 da Lei nº 8.429/92 autoriza seja o agente público condenado a ressarcir o erário. 2. A conduta do recorrente de contratar e manter servidores sem concurso público na Administração amolda-se ao caput do art. 11 da Lei nº 8.429/92, ainda que o serviço público tenha sido devidamente prestado. 3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos). 4. Acórdão reformado para excluir a condenação ao ressarcimento de danos e reduzir a multa civil de dez para três vezes o valor da última remuneração recebida no último ano de mandato em face da ausência de prejuízo ao erário. 5. Recurso especial provido em parte. (REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008).

71 OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 240

72 Em face da impossibilidade da comprovação de um determinado querer (ainda não inventaram máquina que devasse pensamentos)

73 Pensamos ser temerário o ajuizamento de ações por improbidade com base em relatórios preliminares de auditoria que somente dizem da prática de determinada irregularidade e aponta o ordenador de despesas e/ou a autoridade competente, isto é, sem que se precise exatamente como foi a conduta do suposto agente.

ou *dolus malus*, bastando a livre consciência de que se está praticando algo errado⁷⁴.

Quanto à possibilidade de conduta culposa, há julgados do STJ admitindo tão somente em relação ao art. 10 da LIA⁷⁵ ante a expressa previsão legal somente neste artigo. Há dissenso entre a Primeira e Segunda Turmas do Tribunal quanto a possibilidade de ato culposo no artigo 11 (REsp 765212/AC). A Segunda Turma admite a figura do artigo 11 na forma dolosa e culposa, ao contrário da Primeira. Afiliamo-nos à corrente mais restritiva que somente vê possibilidade de conduta culposa no artigo 10, único dos tipos que traz previsão de conduta culposa.

O importante, como já registrado inúmeras vezes, é que haja cuidadosa pesquisa sobre as circunstâncias que cercaram o fato, de modo que fique demonstrado a que título o sujeito praticou o ato.

5.2 Da possibilidade de aplicação das excludentes de ilicitude e de culpabilidade

Apesar do completo silêncio da LIA, parece-nos ser intuitivo que é possível a aplicação analógica das excludentes de ilicitude e culpabilidade do Direito Penal. A utilização desses insti-

74 Já que o referencial teórico é o Direito Penal, não se exige que o agente tenha ciência de que aquilo é ou pode ser ato de improbidade. Basta que saiba que se trata de algo potencialmente irregular. Deve-se lembrar aqui que um dos postulados básicos do Direito é de que a ninguém é dado alegar desconhecimento da lei, máximo agentes públicos. Exige-se para a punição, tão somente, que haja potencial consciência da ilicitude, eis que o conhecimento da lei é inescusável (art. 21, Código Penal).

75 ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ELEMENTO SUBJETIVO. PRECEDENTES DO STJ. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A configuração de qualquer ato de improbidade administrativa exige a presença do elemento subjetivo na conduta do agente público, pois não é admitida a responsabilidade objetiva em face do atual sistema jurídico brasileiro, principalmente considerando a gravidade das sanções contidas na Lei de Improbidade Administrativa. 2. Assim, é indispensável a presença de conduta dolosa ou culposa do agente público ao praticar o ato de improbidade administrativa, especialmente pelo tipo previsto no art. 11 da Lei 8.429/92, especificamente por lesão aos princípios da Administração Pública, que admite manifesta amplitude em sua aplicação. Por outro lado, é importante ressaltar que a forma culposa somente é admitida no ato de improbidade administrativa relacionado à lesão ao erário (art. 10 da LIA), não sendo aplicável aos demais tipos (arts. 9º e 11 da LIA). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem qualificou equivocadamente a conduta do agente público, pois a desídia e a negligência, expressamente reconhecidas no julgado impugnado, não configuram dolo, tampouco dolo eventual, mas indiscutivelmente modalidade de culpa. Tal consideração afasta a configuração de ato de improbidade administrativa por violação de princípios da administração pública, pois não foi demonstrada a indispensável prática dolosa da conduta de atentado aos princípios da Administração Pública, mas efetiva conduta culposa, o que não permite o reconhecimento de ato de improbidade administrativa previsto no art. 11 da Lei 8.429/92. 4. Provimento do recurso especial. (REsp 875.163/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2009, Dje 01/07/2009).

tutos, ante a carência de elementos da LIA, apresenta visíveis vantagens de segurança jurídica e garantia para o cidadão.

Em contrapartida, tal aplicação não revela obstacularização excessiva ao direito à probidade administrativa, posto que obviamente não se deseja que pessoas que praticaram determinado ato com justificativas ou sem reprovabilidade sejam punidas. Assim somos pela possibilidade de isenção de punição quando demonstrado que determinado sujeito atuou, por exemplo, em legítima defesa ou estado de necessidade.

Esta questão vem passando ao largo da jurisprudência dos Tribunais Superiores, embora já trabalhada pela doutrina⁷⁶. O STJ já decidiu, ao que parece fazendo paralelo à jurisprudência relacionado ao crime do 168-A do Código Penal, que não é improbidade a ausência de repasse dos valores descontados dos servidores a título de contribuição previdenciária quando houve aplicação da verba para saldar dívidas anteriores e evitar o bloqueio do repasse do Fundo de Participação dos Municípios (REsp 246746), em evidente aplicação da excludente estado de necessidade. Há ainda interessantíssimo julgado relatado pelo Ministro Mauro Campbell Marques em que se assevera que “(...) o estado de necessidade não é instituto inerente apenas ao Direito Penal; ao contrário, tem-se aí conceito ligado a todo o Direito Sancionador - inclusive nos ramos cível e administrativo. A figura do estado de necessidade liga-se à idéia de que não pode existir atentado ao Direito, ao justo, na conduta praticada a fim de salvaguardar bem jurídico de maior relevância que o bem jurídico maculado. A lógica é evidente: o ordenamento jurídico não pode deslegitimar conduta que é benéfica a bem jurídico a que ele próprio confere valor diferenciado (para mais). A legitimidade da conduta, neste caso, deve ser compreendida de forma abrangente, englobando tanto o aspecto penal, como os aspectos cível e administrativo. [...] Na esfera administrativa, em razão da inexistência de codifica-

76 “Essa responsabilidade subjetiva envolve também a possibilidade de que se conheçam causas que excluam a culpabilidade administrativa, além da exclusão de tipos por falta de dolo ou culpa ou da própria ilicitude. Tampouco podemos desconsiderar o estado jurídico de inocência dos acusados, em situação neutra que pode chegar a tornar-se relativa ante a contundência das provas e indícios iniciais. Tese envolvendo erro de tipo e de proibição, de fato ou de direito, podem ser arguidas e debatidas com legalidade plena, embora não exista nada na LGIA[LIA] ou na Constituição relativamente ao assunto” (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 240).

ção, não há dispositivo expresso sobre o instituto. Nada obstante, a construção de precedentes dos órgãos julgadores da Administração Pública e dos órgãos judiciais sempre foi no sentido do pleno reconhecimento e da real efetividade do estado de necessidade na seara administrativa”(REsp 1123876/DF).

Pelas mesmas razões devem ser aplicadas as demais excludentes de ilicitude, bem como de culpabilidade, visto ser absurdo que se puna pessoa por ato em que não seria, diante das circunstâncias, exigível que se comportasse de outra maneira. No exame mais acurado da jurisprudência é possível perceber que os tribunais já vem usando essa ideia básica de afastar a punição em relação aos atos justificáveis ou não culpáveis, mas ao invés de expressamente reconhecer tais circunstâncias dizem não haver dolo ou má-fé na conduta.

5.3 Construção de standards de conduta pela jurisprudência

Dada a abertura dos tipos da LIA, a jurisprudência assume papel decisivo no esclarecimento de zonas cinzentas, em especial em relação ao tão criticado artigo 11. Cabe então a jurisprudência criar *standards* de conduta para guiar aplicadores e gestores. Lamentavelmente os Tribunais durante muito tempo mais se ocuparam de questões periféricas, como a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, do que da construção de referenciais práticos sistematizados para casos duvidosos. Nada obstante, já podemos achar alguns exemplos de soluções para hard cases, que tendem a se sedimentar e servir de guia futuro para os aplicadores.

O STJ já decidiu que há improbidade quando se realiza concurso irregular, com empresa responsável contratada sem licitação, atraso na abertura dos portões e violação de lacre dos envelopes de prova (REsp 114815/MT); que caracteriza improbidade a contratação de serviços sem licitação e ausente justificativa de exigibilidade; que é punível a improbidade tentada⁷⁷

⁷⁷ Temos por criticável essa tese, quer por ausência de suporte legal, quer por ser na prática dispensável, na medida que o artigo 11 é tipo subsidiário que não exige qualquer resultado além da prática do ato. Assim, nossa opinião é de que quem “tenta” causar lesão ao Erário e acaba, por circunstâncias alheias à sua vontade, não conseguindo, não pratica o tipo do artigo 10 na modalidade tentada, mas sim o artigo 11 porque atentou contra os princípios da administração ao praticar ato visando fim proibido (causar dano ao Erário).

(REsp 1182966/MG); o pedido e aquisição de diárias indevidas é improbidade (REsp 980706/RS); falta de prestação de contas com má-fé é improbidade (REsp 852671/BA); contratação de servidor sem concurso é ato ímprobo (REsp 1005801/PR); promoção pessoal em propaganda governamental se enquadra no art. 11 (REsp 765212/AC).

Por outro lado, o STJ vem entendendo que a mera administração inepta não caracteriza improbidade (REsp 1149427/SC); que a acumulação de cargos com prestação de serviço e recebimento de reduzido valor não é ato ímprobo (REsp 1245622/RS); que nem toda ilegalidade é improbidade, sendo necessário demonstrar o elemento subjetivo da conduta (AgRg 1339336/MG).

No mais, é questão de tempo a melhor definição sobre o alcance das abertas disposições do art. 11, tal qual ocorrera em relação a inúmeros tipos penais que também nasceram alargados e depois tiveram sua extensão delimitada pela interpretação dos tribunais.

5.4 Priorização da fase extra-judicial para investigação de potenciais atos de improbidade

Grande parte dos problemas na aplicação da LIA se devem a uma instrução extra-processual mal-feita, na qual não se sindicou adequadamente o elemento subjetivo do agente e as circunstâncias que cercavam o fato. A prática nos ensina que o inquérito civil público é veículo mais adequado e efetivo de pesquisa dos fatos e de aproximação da verdade que o processo civil. É que a estrutura triangular e burocratizada do processo, se por um lado é rica em garantias, por outro gera notável dificuldade da célere reprodução dos fatos.

Se para a dedução em juízo dos graves pedidos sancionatórios é necessário lastro probatório confiável, nos termos do art. 17, §§ 8 e 9, LIA, é imperiosa que a atuação dos órgãos de controle produtores desse material seja desobstruída e célere. Deve-se permitir, sempre quando não se atente contra dispositivos legais e as garantias constitucionais, a ampla produção de provas, que depois serão submetidas ao crivo do contraditório.

Na fase pré-processual o Ministério Público, através do membro com atribuições para a matéria (princípio do promotor natural), não só poderá como deverá, por ser absolutamente

conveniente para o sucesso da repressão à improbidade, aprofundar-se ao máximo na apuração. Apesar da jurisprudência permitir que a atuação pré-processual seja pouco profunda, a experiência mostra que uma coleta de provas mais extensa nessa fase é fundamental para um resultado satisfatório. Assim, não concordamos com Rogério Pacheco Alves quando assevera que o inquérito civil *“não se destina a uma exaustiva pesquisa de tais aspectos [ilícito e sua autoria], mais adequada ao momento processual, cingindo-se, antes, à mera coleta de indícios”*⁷⁸. Se é certo que um inquérito exaustivo não é condição de procedibilidade também o é que, no mais das vezes, o sucesso da ação civil pública por ato de improbidade é diretamente proporcional ao nível de profundidade alcançado na fase pré-processual, ou seja, quanto mais fartas as provas colhidas no inquérito maior a chance de haver efetiva punição pelo ato de improbidade. Isso é reconhecido pelo próprio autor quando assevera que *“sem prejuízo, é interessante observar que na prática o inquérito bem instruído contribui para o êxito da demanda. Tal aspecto foi constatado pelo Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que, na sua pesquisa acima mencionada, indica que em 61,19% das ações precedidas de inquérito civil o parquet obteve êxito”*⁷⁹.

Assim, pode-se dizer que a fase pré-processual é tão importante quanto a fase jurisdicional, não só porque garante ao cidadão não ter contra si ação temerária, como porque também traz mais chances de efetivação do direito fundamental à probidade na Administração Pública.

5.5 Por fim, mas qual ética?

Não é difícil extrairmos da Carta Magna qual sistema de valores para a atividade pública, e assim podemos dizer, qual sistema ético e moral que a Constituição elegeu para nosso sistema.

Nossa Lei Maior vem carregada de valores democráticos e republicanos, compartilhados no mais das vezes pelas democracias ocidentais. São os valores da responsabilidade, transpa-

78 ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 526.

79 *Ibid.*, p. 526, nota de rodapé.

rência, isenção, respeito às normas, valorização do bem público, honestidade, separação entre público e privado, cumprimento do dever e lealdade.

Percebe-se a adoção de uma ética humanística, de valorização do ser humano, e conseqüentemente dos direitos individuais e sociais, de igualdade e fraternidade, e assim de vinculação da Administração Pública aos princípios da boa administração, à noção republicana de responsabilidade não só em relação ao cumprimento dos deveres formais, como de legalidade, como também à noção do dever de dar satisfação à sociedade (transparência) e de buscar o melhor resultado possível com os recursos disponíveis (eficiência)⁸⁰.

Esses valores refletem na conformação da ética pública que ao nosso ver a Constituição de 1988 incorporou, como um sistema moral que busca evitar o patrimonialismo, a corrupção e a deslealdade institucional. De certa forma, o mandamento constitucional de repressão à improbidade é a assunção desses valores éticos e resposta do Poder Constituinte à praga da corrupção.

6 Conclusão

Como se viu, a LIA, com seus quase 20 anos, ainda enfrenta muitas dificuldades e questionamentos, mas nenhum óbice intransponível. O desafio, como vimos, é equilibrar a efetividade do direito fundamental à probidade com as garantias inerentes ao devido processo legal e ao Estado Democrático de Direito.

Para isso, acreditamos que são boas práticas: inserir a LIA no âmbito do Direito Sancionador; exigir-se a perquirição de elemento subjetivo; interpretar a LIA em conjunto com os demais subsistemas sancionatórios incidentes; aplicar excludentes de

80 "Ninguém duvida de que hoje em dia exista um princípio essencial de boa gestão pública nas Constituições democráticas, como disse muito acertadamente o Parlamento Europeu, ao anunciar que tal princípio suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres iminentes ao sistema e não necessariamente explícitos. A confiança ou o trust entre administradores e administrados, que está no coração das democracias contemporâneas, exige a boa gestão pública, já que os primeiros têm que prestar contas aos segundos, como disse Garcia de Enterría, já mencionado, numa relação contínua e permanente, que não pode se esgotar no processo eleitoral, até porque o administrador não ganha um 'cheque em branco' para governar. (OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 43-44).

ilicitude e culpabilidade do Direito Penal; valorizar o aprofundamento e formulação de jurisprudência adensadora do real sentido dos tipos da LIA, em especial do art. 11; e, por último, priorizar a instrução extrajudicial como mecanismo de efetivação do combate à improbidade.

Apesar dos pesares, das tentativas de redução do seu espectro, das ameaças de imunização dos agentes políticos, o fato é que a LIA “pegou”⁸¹. Revolucionou o controle sobre a Administração Pública no Brasil, sendo inegável instrumento de desenvolvimento e evolução política e social.

7 Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 12. ed. Brasília: UnB, v. 2.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.

DIDIER JUNIOR, Freddie; Zaneti JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4.

81 Uma pequena amostra empírica do que já foi feito com a utilização da Lei de Improbidade é o levantamento feito pelo Conselho Nacional de Justiça, que no final de 2010 computou 3.029 ações de improbidade definitivamente julgadas, com ressarcimento aos cofres públicos de aproximadamente R\$ 221,68 milhões. Repare que o número refere-se somente às ações encerradas, devendo-se considerar ainda provável subdimensionamento em face da novidade do sistema.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Atlas.

FIGUEIREDO, Lucia Valle . *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

MARTINS JÚNIOR, Wallace. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MAIDAME, Márcio Manoel. O Código de Trânsito Brasileiro à luz dos princípios do direito sancionador. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2175, 15 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12974>>. Acesso em: 01 out. 2009.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1994.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. *Improbidade dos fiscalizadores*. Disponível em: www.oab.org.br/oabeditora/users/revista. Acesso em: 18 mar. 2009.

_____. *Teoria da improbidade administrativa, má gestão, corrupção e ineficiência*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

PRADO, Francisco Otávio de Almeida. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Malheiros.

SAMPAIO et. al. (Org.). *Improbidade administrativa, 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey /ANPR, 2002.

SANTOS, Carlos Frederico. *A esfinge da Lei de Improbidade Administrativa (considerações sobre o caput do art. 11 da Lei*

8.429/92). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 7, 30/11/2001 [Internet]. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1979. Acesso em: 25 set. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros.

TESO, Ángeles de Palma del. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.

1.2

JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

CARLOS DORSCH*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Competência e jurisdição. 2.1 Competência absoluta. 2.2 Do pedido contraposto. 2.3 Exceção à regra. 2.4 A transação e a conciliação. 2.4.1 A transação e conciliação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais e Federais. 2.4.2 As adaptações necessárias para o sucesso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 2.4.3 Princípio da legalidade e a conciliação. 3 Composição e atribuições. 3.1 Composição. 3.2 Atribuições. 4 Da inicial, da citação, dos prazos e das provas. 5 Das audiências e da sentença. 5.1 Das audiências. 5.2 Da sentença. 6 Dos recursos. 6.1 Princípios gerais. 6.2 Recursos oponíveis às providências cautelares e/ou antecipatórias. 6.2.1 O agravo de instrumento. 6.2.2 Ação Direta de Constitucionalidade ADC4/DF. 6.3 Recursos oponíveis à sentença. 6.3.1 Embargos de declaração. 6.3.2 O recurso inominado à Turma Recursal. 6.4 Dos recursos em face dos acórdãos da Turma Recursal. 6.4.1 Embargos de declaração. 6.4.1.1 Embargos de declaração. 6.4.1.2 Embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes. 6.4.2 Recurso pedido de uniformização de interpretação de Lei a Turmas Recursais Estaduais em conflito. 6.4.3 Recurso pedido de uniformização de interpretação de Lei ao Superior Tribunal de Justiça. 6.4.3.1 Quando houver divergência de resultados de julgamento entre Turmas Recursais de Estados diferentes. 6.4.3.2 Quando o resultado do julgamento de Turmas Recursais reunidas violar Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 6.4.4 Recurso constitucional reclamação ao STJ. 6.4.5 Recurso extraordinário. 7 Das execuções de acordos e de sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública. 8 Conclusão. 9 Referências.

1 Introdução

Efetiva-se o texto da Constituição da República Federativa do Brasil¹ como “[...] parte do II Pacto Republicano, firmado entre

* Advogado. Mestre em Direito Privado e Constituição. Procurador de Estado inativo.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

os três Poderes com intuito de tornar a Justiça mais rápida², implementando os Juizados Especiais da Fazenda Pública, com jurisdição no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, compondo, em conjunto com os Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais Cíveis o sistema dos Juizados Especiais dos Estados e do Distrito Federal³. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública aperfeiçoam o ciclo chamado “ideologia processual conciliatória⁴”, que tem por fundamento essencial, segundo Pizeta, “[...] o princípio da pacificação social [...] o princípio do acesso à justiça, o princípio da oralidade processual e o princípio da economia processual cujo ‘centro de convergência’ reside na realização de, no mínimo duas audiências, uma de conciliação e, não havendo conciliação, a realização da audiência de instrução e julgamento⁵” .

2 Competência e jurisdição

2.1 Competência absoluta

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública dispõem de competência absoluta⁶ para processar conciliar e julgar causas cíveis, com valor de até sessenta salários mínimos, cujo pólo passivo se compõe de uma pessoa jurídica de direito público ou autarquia: Estados, Distrito Federal, Territórios, Municípios, suas autarquias, suas fundações, e suas empresas públicas⁷. “Não vigora para os Juizados da Fazenda Pública a liberdade de opção das partes entre eles e a justiça ordinária^{8..9}”, ao contrário da possibilidade de liberdade de escolha do autor entre a rapi-

2 REVISTA IOB DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, n. 65, p. 38, maio/jun. 2010.

3 BRASIL. Lei n 12.153, § 1º, art. 1º.

4 PIZETA, JOSÉ. Juizados Especiais da Fazenda Pública, sistema dos Juizados Especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 65, p.35, maio/jun. 2010.

5 Ibid., p.35.

6 BRASIL. Lei n 12.153, § 4º do art. 2º.

7 _____, inciso II do art. 5º.

8 TEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 34, jan./fev. 2010. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 02 set. 2010.

9 PIZETA, op. cit., p. 34.

dez do Juizado Especial Federal ou o formalismo do Juízo cível comum, segundo a leitura da Lei nº 10.259/2001.

2.2 Do pedido contraposto

A leitura atenta do art. 5º, da Lei 12.153, Estados, Distrito Federal Territórios e Municípios, suas autarquias e suas fundações e suas empresas públicas são réus. Nunca autores, sob pena de os Juizados Especiais da Fazenda Pública perderem a competência para julgamento. Por isso, respeitando-se aos pensamentos contrários, essas pessoas jurídicas réus, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, não podem, na contestação, apresentar pedido contraposto. O pedido contraposto tem o mesmo sentido da reconvenção, e, na reconvenção, o réu passa a ter características de, também, autor. A Lei proíbe essa possibilidade, salvo melhor juízo. A jurisdição territorial dos Juizados Especiais da Fazenda Pública fica definida pela legislação que os criar.

2.3 Exceção à regra

Não se incluem dentre as atribuições e competências dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, preservando a competência das Varas da Fazenda Pública da justiça comum, I: as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, ações populares, ações por improbidade administrativa, execuções fiscais e ações que demandam direitos ou interesses difusos e coletivos¹⁰; II: as causas que envolvam bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios e as demandas a respeito dos bens das autarquias e fundações públicas a eles vinculadas¹¹; III: as demandas que visem a impugnar pena de demissão impostas aos servidores públicos, ou sanções disciplinares aplicadas aos militares¹².

Observado o caráter restritivo dos incisos I, II e III, do § 1º do art. 2º, há que se interpretar que, exceto as restrições descritas,

10 BRASIL. Lei nº 12.153/2009, inciso I do art. 2º.

11 _____, inciso II do art. 2º.

12 _____, inciso III do art. 2º.

os Juizados Especiais da Fazenda Pública são absolutamente competentes para, sob sua jurisdição, impugnarem-se todos e quaisquer demais atos da administração pública, cuja execução de sentença traduza valores de até sessenta salários mínimos, ou sentenças cuja concretude não envolva valores pecuniários, como a impugnação ao ato administrativo de aplicação de infração de multa de trânsito; os atos administrativos originários de sindicância ou punições que não sejam de demissão, originárias do processo administrativo. Excluídas as demandas previstas nesse artigo, todas as demais ações cujas sentenças representem valores de até sessenta salários mínimos ou ações que não tenham valor pecuniário, são de competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Quando a pretensão versar sobre obrigações vincendas, para fins de competência do Juizado Especial, a soma de 12 (doze) parcelas vincendas e de eventuais parcelas vencidas não poderá exceder o valor de sessenta salários mínimos¹³.

2.4 A transação e a conciliação

O objetivo fundamental do sistema de Juizados Especiais é a celeridade processual, a ser obtida “[...] mediante os procedimentos, oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação [...]”¹⁴; com orientação do processo “[...] pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”¹⁵. Na mesma linha segue a proposta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, criados “[...] para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”¹⁶. A audiência e a tentativa de conciliação, pois, são fundamentais, nos Juizados Especiais, para dar efetividade ao princípio constitucional dos procedimentos oral e sumarís-

13 BRASIL. Lei nº 12.153/2009, art. 2º, § 2o

14 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 98, I.

15 _____. Lei nº 9.099/1995, art. 2º.

16 _____. Lei nº 12.153/2009, art. Art. 1º.

simo, para alcançar a pacificação social¹⁷ com a dissolução do conflito por meio da transação.

2.4.1 *A transação e conciliação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estaduais e federais*

Nos Juizados Especiais Cíveis, por resolverem demandas relativas a direitos disponíveis, não há maiores discussões a respeito do cabimento da transação e da conciliação. As ações cíveis que versem sobre direitos indisponíveis estão fora da competência desses Juizados¹⁸.

Nos casos dos Juizados Especiais Criminais Estaduais ou Federais a Lei dos Juizados Especiais definiu, explicitamente, as características dos delitos de menor poder ofensivo, para cuja solução caiba a conciliação¹⁹. Nesses casos, pois, o Ministério Público está legalmente autorizado a propor a conciliação, quando couber.

Nas ações de competência dos Juizados Especiais Federais Cíveis, a grande maioria delas se origina de conflitos de interesses entre pessoas físicas: (a), beneficiárias da previdência social em face do Instituto Nacional de Seguro Social–INSS, versando sobre direitos a percepção de benefícios previdenciários, e (b), mutuários do sistema financeiros de habitação, que discutem seus débitos com a Caixa Econômica Federal, ambos os réus autarquias federais, tendo como objetos valores expressos em dinheiro, facilitado, por isso, o enquadramento do processo dentre aqueles de valor de até sessenta salários mínimos²⁰. A Lei excluiu da apreciação desses Juizados as causas elencadas no art. 109, incisos II, III e IX da Constituição da República Fede-

17 PIZETA, JOSÉ. Juizados Especiais da Fazenda Pública, sistema dos Juizados Especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 65, p.33, maio/jun. 2010.

18 BRASIL. Lei Nº 9.099/1995, art. 3º, § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

19 _____, art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

20 BRASIL. Lei nº 10.259/2001, art. 3º Compete ao Juizado Especial Federal Cível: processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.

rativa do Brasil de 1988²¹⁻²², dentre as quais aquelas expressas no inciso III, não contempladas na Lei 12.153/2009.

O INSS, autarquia responsável pelas respostas em relação à previdência social, tem resistido à conciliação. Juízes Federais que se empenharam em conciliar ações previdenciárias convivem com reações por parte de advogados no exercício da Advocacia Geral da União, criando-se constrangimentos. Há procuradores da AGU, que, também, resistem à conciliação. Há casos de arguição de suspeição, pela autarquia, de juízes que primam pela tentativa de conciliação. A ação da autarquia fez que os Juízes mudassem de comportamento em relação à proposta conciliatória, primeiro, determinando, nos autos que a autarquia produza uma audiência de justificação administrativa, ouvindo-se testemunhas; segundo, suprimindo a audiência oficial judicial, e prolatando sentença com os elementos dos autos. Nesse caso, há praticamente extinção do princípio da oralidade e ausência da recomendação legal da conciliação. A Lei dos Juizados Especiais Federais já completou oito anos de intensa prática. Procuradores de Estado e dos Municípios estão convidados a iniciar o exercício do processo judicial dentro da realidade dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, pois, há muito que se aperfeiçoar. Haverá longo aprendizado por todos aqueles que neles militam.

2.4.2 *As adaptações necessárias para o sucesso dos Juizados Especiais da Fazenda Pública*

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública tem competência absoluta para processar, conciliar e julgar causas cíveis em

21 BRASIL. Lei nº 10.259/2001, art. 3º, § 1º, I -referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos; II -sobre bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais; III -para a anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal; IV -que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares.

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País;

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

que, como autores se encontrem pessoas físicas, as microempresas, as empresas de pequeno porte, conforme definição da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006²³ e, na condição de réus, “[...] os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas²⁴”, desde que as demandas envolvam desde valor inestimável até o valor máximo de sessenta salários mínimos. A legislação especial comentada não excluiu do exame dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, tal como fez a Lei 10.259/2001²⁵, para o caso do ato administrativo federal, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública para conciliar e julgar os processos que tenham como objeto a anulação ou cancelamento do ato administrativo estadual ou municipal. Logo, impugnação a quaisquer atos administrativos estaduais ou municipais terão que ser processados perante esses Juizados, porque a) tem valor inestimável ou em caso de prestações mensais de parcelas vencidas e vincendas a soma de doze parcelas não poderão superar sessenta salários; b) a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em qualquer caso, desde que o valor da causa não supere sessenta salários mínimos é absoluta.

2.4.3 *Princípio da legalidade e a conciliação*

O art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios se obriga a obedecer aos princípios de legalidade. Princípio de legalidade significa dizer que agentes políticos representantes dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal só podem fazer aquilo que a Lei expressamente lhe autorizar, sob pena de praticar ato de improbidade. Art. 37, § 4º da Constituição da República. O Tribunal Superior de justiça²⁶ “[...] afirmou

23 BRASIL. Lei nº 12.153/2009, art. 5º, I.

24 _____, art. 5º, II.

25 _____. Lei nº 10.259/2001, art. 3º, §1º, inciso III.

26 _____. REsp 772347 / DF RECURSO ESPECIAL 2005/0130313-6. Relator(a): Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 -PRIMEIRA TURMA. Data do Julgamento28/03/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 17/04/2006 p. 181 LEXSTJ v. 201 p. 198 RT v. 850 p. 230 https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200501303136&dt_publicacao=29/05/2006.

que a Administração Pública se submete ao império da lei, até mesmo no que toca à conveniência e oportunidade do ato administrativo²⁷, logo, a princípio, o Estado, o Distrito Federal e os Municípios enfrentarão dificuldades para atender aos princípios da celeridade, objetivo dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em especial nas ações de valor inestimável, porque necessitarão de preparar a máquina pública com um conjunto de Leis locais, para enfrentar a transação e a conciliação perante os esses Juizados. Nas questões com valores de até quarenta ou sessenta salários mínimos a solução apresenta menor problema, porque, em função da Lei nº 9.099/1995 há alguma legislação esparsa que já enfrenta o tema. Obedecido aos princípios obrigatórios da legalidade, para cada ação que verse sobre valores inestimáveis haverá de ter uma Lei específica autorizadora para se proceder à conciliação ou a transação. O processo, com certeza, deixará de ser célere. A sentença, burocracia por burocracia, sairá antes.

3 Composição e atribuições

3.1 Composição

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública compõem-se de Juízes togados, conciliadores e Juízes leigos. A prestação jurisdicional conclusiva cabe ao juiz togado²⁸. Os conciliadores devem ser recrutados entre preferencialmente entre bacharéis em direito. Os Juízes leigos dentre advogados com mais de dois anos de experiência. Ambos são auxiliares da justiça e “[...] ficarão impedidos de exercer a advocacia perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo território nacional ”[...] enquanto no desempenho de suas funções²⁹.

27 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, maio/jun. 2009. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstnet/lpext.dll?f=templates&fn=mainhit-j.htm&2.0>. Acesso em: 26 ago. 2010.

28 BRASIL. Lei 9099/1995 art. 5º O Juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, para apreciá-las e para dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica. Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

29 _____. Lei n 12.153, art. 15º e § 5.

3.2 Atribuições

As atribuições dos Conciliadores e dos Juízes leigos, segundo o art. 15, são as atribuições definidas na Lei nº 9.099/1995. Os Conciliadores e os juízes leigos têm atribuição de promover a conciliação, sob orientação do Juiz togado. Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada pelo Juiz togado, “[...] mediante sentença com eficácia de título executivo³⁰”. Não conciliadas, as partes podem optar, por acordo, pelo juízo arbitral, que se instaurará com a escolha de um dos juízes leigos como árbitro³¹, que terá a atribuição de conduzir o processo na forma definida nos arts. 5º e 6º da Lei nº 9.099/1995, podendo decidir por equidade. Concluída a arbitragem o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado, para “[...] homologação por sentença irre-corrível³²”.

4 Da inicial, da citação, dos prazos e das provas

A inicial deve seguir a orientação técnica do art. 14 da Lei nº 9.099/1995,

Art. 14. O processo instaurar-se-á com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado.

§ 1º Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

I - o nome, a qualificação e o endereço das partes;

II - os fatos e os fundamentos, de forma sucinta;

III - o objeto e seu valor.

§ 2º É lícito formular pedido genérico quando não for possível determinar, desde logo, a extensão da obrigação.

30 BRASIL. Lei nº 9.099/1995, art. 21 e 22.

31 _____, art. 24 e parágrafos.

32 _____, art.26.

§ 3º O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos³³.

Em caso de pedido mais complexo, o autor, com capacidade técnico-jurídica, poderá buscar suplementos nas disposições do art. 276 do Código de Processo Civil³⁴:

Art. 276. Na petição inicial, o autor apresentará o rol de testemunhas e, se requerer perícia, formulará quesitos, podendo indicar assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 9.245, de 26.12.1995)

Nos processos de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a citação segue o rito do Código de Processo Civil, devendo, a anteceder à audiência de conciliação, pelo prazo mínimo de trinta (30) dias³⁵. A citação haverá de ser feita por mandado, nos termos da alínea “c” do art. 222 do CPC. A Fazenda Pública ré, nessas ações, não gozarão dos prazos privilegiados previstos no art. 188 do CPC. Prazos simples, nos Juizados Especiais. Segundo Humberto Theodoro, as “[...] intimações dos atos processuais, prevalecerá a regra do que, havendo órgão oficial encarregado da divulgação de tais atos, o procurador da Fazenda estadual ou municipal não será intimado pessoalmente, mas mediante publicação na imprensa (CPC, art. 236)³⁶”. A Lei inverte o ônus da prova e as pessoas jurídicas rées em ações de competência desses Juizados ficam obrigadas “[...] fornecer ao Juizado a documentação de que disponha para o esclarecimento da causa, apresentando-a até a instalação da audiência de conciliação³⁷”. Não há restrição à produção de provas. O exame técnico, se requisitado e necessário ao deslinde da causa, será elaborado por pessoa habilitada, nomeada pelo juiz, que apresentará o laudo até 5 (cinco) dias, antecedentes à au-

33 BRASIL. Lei nº 9.099/1995, art. 26.

34 BRASIL. Lei nº 5.889/1973.

35 _____. Lei nº 12.153, art. 7º.

36 THEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei nº 12.153, de 22.12.2009. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 34, jan./fev. 2010.

37 BRASIL. Lei nº 12.153/2009, art. 9º.

diência³⁸. Em obediência ao princípio da ampla defesa, as partes devem tomar conhecimento do laudo, apresentar quesitos suplementares e oferecer esclarecimentos ou complementação do laudo pericial, intimando-se o árbitro para comparecimento à audiência. Testemunhas dos autores comparecerão à audiência, quando possível, independentemente de intimação. Servidores públicos civis e servidores públicos militares são requisitados pelo Juiz aos respectivos chefes das repartições ou comandos em que trabalham³⁹, para comparecimento.

5 Das audiências e da sentença

5.1 Das audiências

Audiência é ato processual absolutamente indispensável, nos Juizados Especiais. Durante sua realização cumprir-se-á a finalidade constitucional dos Juizados Especiais, que têm por objeto especial a resolução dos conflitos “[...] mediante os procedimentos, oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação [...]”⁴⁰. Transação, segundo dicionário HOUAISS eletrônico, significa “[...] acordo em que duas ou mais pessoas ajustam certas cláusulas e condições, mediante concessões recíprocas, para evitar litígio ou pôr fim a litígio em curso”. Impossível ajuste de cláusulas e condições, mediante concessões recíprocas, sem a negociação. Impossível a negociação, sem entendimento oral, ou seja, sem conversas entre as partes. E conversa dirigida com a finalidade de obter concessões recíprocas somente é possível em audiência. Pizeta afirma:

Pois bem, no meu sentir, o agora criado sistema dos Juizados Especiais segue e submete à chamada ideologia processual conciliatória com a “alma” do princípio da pacificação social e com seus “amores”, o princípio do acesso à justiça, o princípio da oralidade processual e o princípio da economia processual, cujo “centro de convergência” reside na realiza-

38 BRASIL. Lei nº 12.153/2009. art. 10.

39 _____. Lei n. 5.869/1973, art. 412, § 2º.

40 _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 98, I.

ção de, no mínimo, duas audiências, uma de conciliação e, não havendo conciliação, na realização da audiência de instrução e julgamento.

É assim, em primeiro lugar, possibilidade real e prática de efetivação do princípio de acesso à justiça, [...] É assim, em segundo lugar, pelas traduções atuais do art. 1º, 2º, 21 e seguintes e dos arts. 27 e seguintes, entre outros, todos da Lei dos Juizados Especiais Estaduais (1995), segundo os quais nunca o procedimento processual das ações dos juizados poderá excluir ou suprimir a realização das audiências de conciliação e de instrução e julgamento. Isso implica, na minha leitura, que a prática existente em algumas Varas de Juizados Especiais e suprimir a realização da audiência de instrução e julgamento fere a ideologia do sistema dos Juizados especiais, pois, divorciada do princípio da oralidade processual que reclama a presença das partes, coleta das provas e prolação da sentença.

[...]

Na minha leitura, a não realização da audiência de instrução e julgamento resulta nulidade processual que pode ser alegada, sempre que se identificar prejuízos, por qualquer das partes e/ou pelo Ministério Público e de ofício pelo próprio Magistrado, pelas Turmas Recursais e pelos Tribunais Superiores [...] ⁴¹.

5.2 Da sentença

A sentença, nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, é ato do Juiz togado. As conciliações e as decisões arbitrais serão sempre homologadas pelo Juiz togado, para terem validade. Não há custas e honorários de advogado, na primeira instância, até a interposição do recurso, quando há preparo. “São irrecoríveis as sentenças do Juizado Especial que homologarem a conciliação ou o laudo arbitral (Lei nº 9.099, art. 41) ⁴²”. Não há

41 PIZETA, José. Juizado Especial da Fazenda Pública, sistema dos Juizados Especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p. 35-36, maio/jun. 2010.

42 THEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153 de 22.12.2009). *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p. 21, maio/jun. 2010.

remessa necessária de sentença, mesmo sucumbente a pessoa jurídica direito público ou autarquia demandada.

6 Dos recursos

6.1 Princípios gerais

Em oposição às sentenças originárias de processos de competência dos Juizados Especiais a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, reserva “[...] o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau⁴³”. As Turmas Recursais são compostas de “Juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição [...] com mandato de 2 (dois) anos, e integradas preferencialmente, por juízes do sistema dos Juizados Especiais⁴⁴ [...] designados pelos critérios de antiguidade e merecimento⁴⁵ [...] não permitida recondução[...]”⁴⁶ exceto, quando não houver outro juiz na sede do Juízo. O recurso, ainda que de menor informalidade, será interposto por petição escrita, na qual constarão as razões e o pedido do recorrente, no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença. Obrigatório seja conduzido por advogado, sob pena de não ser conhecido. O preparo do recurso ocorre nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, pena de deserção. A pessoa física cujas condições atendam aos princípios contidos na Lei nº 1060/1950, pode pedir os auspícios da justiça gratuita. Basta a declaração de hipossuficiência, para que lhe seja deferida a assistência judiciária. O deferimento da justiça gratuita dá ao autor o direito de se fazer representar pela Defensoria Pública e ficam-lhe dispensados as despesas processuais e honorários de advogado, devidos, em caso de sucumbência recursal. Feito o preparo, ou seja, pagas as despesas do recurso, a parte contrária será intimada, para em dez dias oferecer resposta. O recurso será recebido, somente, no efeito devolutivo, mas pode o Juiz do feito, “para evitar dano

43 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, art. 98, inciso I.

44 _____. Lei nº 12.153/2009, art. 17.

45 _____._____, § 1º.

46 _____._____, art. 17, §2º.

irreparável para a parte”⁴⁷, suspender os efeitos da sentença, até final julgamento. Da sentença não há remessa obrigatória, mesmo que a decisão contrarie a pessoa jurídica de direito público ou autarquia. A legislação comentada, aperfeiçoando o processo dos Juizados Especiais, criou exceções à regra, cujos registros são necessários. Não há remessa necessária de sentença, mesmo sucumbente a pessoa jurídica direito público ou autarquia demandada. E “São irrecorríveis as sentenças do Juizado Especial que homologarem a conciliação ou o laudo arbitral (Lei nº 9.099, art. 41)⁴⁸”.

6.2 Recursos oponíveis às providências cautelares e/ou antecipatórias

6.2.1 O agravo de instrumento

A Lei comentada, aperfeiçoando os textos das Leis dos Juizados Especiais 9.099/1995 e 10.259/2001, e a elas, inclusive, e aos processos por elas regidos, aplicável, criou a possibilidade de o Juiz de ofício ou a requerimento da parte deferir “[...] providências cautelares e antecipatórias no curso do processo⁴⁹”. A parte que se sentir prejudicada pelo despacho, pode dele recorrer⁵⁰, e o recurso cabível será o agravo de instrumento, destinado à Turma Recursal. Prazo de dez dias. O agravo de instrumento se processa pelos ritos previstos no art. 522, e seguintes, do Código de Processo civil.

6.2.2 A Ação Direta de Constitucionalidade ADC4/DF

Merece destaque maior e especial na autorização ao deferimento de providências antecipatórias e cautelares, os limites impostos ao deferimento dessas medidas, mediante o resultado da ação declaratória de constitucionalidade, com efeitos

47 BRASIL. Lei nº 9.099/1995, art. 43.

48 THEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153 de 22.12.2009). *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p.21, maio/jun. 2010.

49 BRASIL. Lei nº 12.153/2009, art. 3º.

50 _____, art. 4º.

“ex-nunc” e efeitos vinculantes. A Lei nº 12.153/2009 trata de matéria relativa a Juizados Especiais da Fazenda Pública. Significa que no pólo passivo da ação haverá, sempre, para que a competência seja absoluta desse Juizado, uma pessoa jurídica de direito público ou uma autarquia, logo, debate-se interesse público. As providências antecipatórias de tutela ou de caráter liminar, cabíveis em face de pessoas jurídicas de direito público sofreram restrições por parte da Lei nº 9.494/1997, cuja constitucionalidade foi arguída perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ação de declaração de constitucionalidade nº 4, chamada ADC4/DF⁵¹, cuja constitucionalidade, ainda que em caráter cautelar, até hoje, reconhecida, com efeito vinculante, limitou a possibilidade de o Juiz conceder providências antecipatórias ou de caráter liminar, em desfavor do Poder público. Íntegra do acórdão:

ADC 4 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES. Julgamento: 11/02/1998. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 21-05-1999 PP-00002 EMENT VOL-01951-01 PP-00001. Parte(s) REQTE. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA. REQTE. : MESA DO SENADO FEDERAL. REQTE. : MESA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.” 2. Algumas instâncias ordinárias da Justiça Federal têm deferido tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ar-

51 BRASIL. Supremo Tribunal Federal ADC4/DF.

gumentando com a inconstitucionalidade de tal norma. Outras instâncias igualmente ordinárias e até uma Superior - o S.T.J. - a têm indeferido, reputando constitucional o dispositivo em questão. 3. Diante desse quadro, é admissível Ação Direta de Constitucionalidade, de que trata a 2ª parte do inciso I do art. 102 da C.F., para que o Supremo Tribunal Federal dirima a controvérsia sobre a questão prejudicial constitucional. Precedente: A.D.C. n 1. Art. 265, IV, do Código de Processo Civil. 4. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzem eficácia contra todos e até efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos do art. 102, § 2º, da C.F. 5. Em Ação dessa natureza, pode a Corte conceder medida cautelar que assegure, temporariamente, tal força e eficácia à futura decisão de mérito. E assim é, mesmo sem expressa previsão constitucional de medida cautelar na A.D.C., pois o poder de acautelar é imanente ao de julgar. Precedente do S.T.F.: RTJ-76/342. 6. Há plausibilidade jurídica na arguição de constitucionalidade, constante da inicial (“fumus boni iuris”). Precedente: ADIMC - 1.576-1. 7. Está igualmente atendido o requisito do “periculum in mora”, em face da alta conveniência da Administração Pública, pressionada por liminares que, apesar do disposto na norma impugnada, determinam a incorporação imediata de acréscimos de vencimentos, na folha de pagamento de grande número de servidores e até o pagamento imediato de diferenças atrasadas. E tudo sem o precatório exigido pelo art. 100 da Constituição Federal, e, ainda, sob as ameaças noticiadas na inicial e demonstradas com os documentos que a instruíram. 8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(ADC\\$.SCLA.E.4.NUME.\)OU\(ADC.ACMS.ADJ2.4.ACMS.\)&base=baseAcórdãos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(ADC$.SCLA.E.4.NUME.)OU(ADC.ACMS.ADJ2.4.ACMS.)&base=baseAcórdãos). Acesso em: 04 set. 2010.

As Leis 4.348 de 26 de junho de 1964 e 5021 de 9 de junho de 1966, vinculadas à declaração de constitucionalidade estão revogadas pela Lei nº 12.016 /2009. Resta vigente a Lei nº 8.437 de 30.06.1992, que define, em seu art. 1º:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, *toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.*

§ 1º Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

A lei nº 12.016/2009, por sua vez, proíbe a concessão de medida liminar, em mandado de segurança⁵², quando essa liminar “[...] tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza⁵³”, proibição que se estende à tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil⁵⁴.

Ante essa argumentação, respeitando aos que pensam em contrário, hoje a eficácia da ADC4/DF está restrita aos impedimentos legais já contidos na Lei do Mandado de Segurança, dispositivos transcritos, podendo, pois, os Juizados Especiais da Fazenda Pública, respeitado o limite da proibição da Lei nº 12.016/1009 – Lei do Mandado de Segurança -, deferir medidas cautelares e antecipação dos efeitos de tutela, sem afrontar os limites da eficácia vinculante fixados pela ADC4/DF. Em outras palavras, a ADC4/DF tem a mesma dimensão do art. 7º, e §§ 2º e 5º da Lei do Mandado de Segurança. Ou seja, os Juizados Especiais poderão conceder liminares em medidas cautelares

52 BRASIL. Lei nº 12.016/2009, art. 7º, § 2º e § 5º.

53 _____. _____. art. 7º, § 2º.

54 _____. Lei nº 12.153/2009, art. 7º, § 5º.

ou conceder antecipação dos efeitos da tutela, com dimensão e amplitude infinitas, obedecidas as mínimas restrições, com que a lei autoriza a concessão dessas liminares ou antecipações de tutela, na ação de mandado de segurança.

6.3 Recursos oponíveis à sentença

6.3.1 Embargos de declaração

Os Embargos de Declaração são oponíveis à sentença, quando nela houver contradição ou dela se denotar omissão cuja permanência implicaria em perdas pelas partes, de parcela de seus interesses, cujos esclarecimentos competem, ainda, o próprio Juízo prolator da decisão. Os embargos são oponíveis no prazo de cinco dias, a partir do momento em que se tomar conhecimento da decisão⁵⁵.

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;

II - por meio de embargos de declaração.

6.3.2 O recurso inominado à Turma Recursal

A Lei 12.153/2009, a exemplo da Lei 9.099/1995, dá efetividade ao texto constitucional, primando pela agilidade da justiça, promovendo a simplificação, também, do sistema recursal em processos de competência de Juizados Especiais “[...] permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”⁵⁶.

O recurso inominado em oposição às sentenças originárias dos Juizados, com a obrigatoriedade de produção por advogado, em respeito ao princípio constitucional da mais ampla defesa, tem manejo simples, não podendo, em nenhuma hipótese,

55 BRASIL. Lei nº 5.869/1973, art.463, I e II.

56 _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 98. I.

ter seu seguimento indeferido pelo Juiz togado, exceto se interposto fora do prazo de dez dias, a partir da ciência da sentença, ou se houver falta do preparo, até (48) quarenta e oito horas após a interposição do recurso. O preparo, aliás, constitui etapa processual incompatível com a filosofia dos Juizados Especiais, até, pelo menos, o reexame pela Turma Recursal.

6.4 Dos recursos em face dos acórdãos da turma recursal

Os acórdãos prolatados pelas Turmas Recursais podem ser atacados por cinco recursos: Embargos de Declaração; recurso de Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei a Turmas Recursais do mesmo Estado, em conflito; recurso Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei ao Superior Tribunal de Justiça: a) quando se conflitam duas Turmas de Estados diferentes ou b) quando houver julgamento de Turmas que contrariem sua súmula; o recurso extraordinário; Reclamação ao STJ, em caso de violação de sua jurisprudência dominante ou súmula.

6.4.1 Embargos de declaração

6.4.1.1 Embargos de Declaração

Esse recurso tem sede no art. 535, I e II, do CPC e visa a esclarecer, a dissipar obscuridade, contradição, omissão, ou erro material existentes na sentença ou acórdão recorrido. Ao conhecer e dar provimento aos embargos de declaração o acórdão recorrido passa a ter novo conteúdo, no todo ou em parte, pelo menos. Quando o acórdão sofre modificação total, passa a ter efeitos modificativos ou infringentes.

6.4.1.2 Embargos de declaração com efeitos modificativos ou infringentes.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça vem ampliando o acolhimento dos embargos de declaração, com efeitos infringentes ou modificativos, e, nesses casos o Tribunal entende que

há necessidade de se ouvir a parte contrária, sob pena de se ferir o direito da mais ampla defesa. Numa pesquisa superficial, somente nos julgamentos de agosto de 2010, há diversos embargos de declaração conhecidos e providos, com efeitos modificativos, eis alguns exemplos:

EDcl no RMS 26058 / MS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2007/0309417-6; Relator(a): Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento: 05/08/2010. Data da Publicação/Fonte DJE 23/08/2010.

A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos a embargos de declaração sobrevém como resultado da presença de omissão, obscuridade ou contradição, vícios a serem corrigidos no acórdão embargado, e não da simples interposição do recurso. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=18>. Acesso em: 10 set. 2010.

com a mesma redação

EDcl no AgRg nos EDcl no Ag 1118983 / SP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 05/08/2010 Data da Publicação/Fonte DJE 19/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=17>. Acesso em: 10 set. 2010.

a seguir, embargos conhecidos e providos com efeitos infringentes:

EDcl no RMS 31708 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0044528-7

Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118). Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA. Data do Julgamento 10/08/2010.

Data da Publicação/Fonte DJe 20/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>. Acesso em: 10 set. 2010.

EDcl no AgRg no Ag 1007376 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0017650-2 Relator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 05/08/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15>. Acesso em: 10 set. 2010.

AgRg no AgRg no REsp 1040064 / MG. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0054769-1 Relator(a) Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA (1128). Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 05/08/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 19/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=19>. Acesso em: 10 set. 2010.

EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1048956 / SP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2008/0082596-7 Relator min. Luiz Fux(1122). Órgão julgador T1. Data da publicação: fonte DJe 19/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=32>. Acesso em: 10 set. 2010.

EDcl no AgRg no REsp 909031 / SP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 2006/0269131-1. Relator Ministro Humberto Martins (1130). Órgão Julgador T2 Segunda Turma. Data de publicação/fonte DJe 17/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=39>. Acesso em: 10 set. 2010.

EDcl no REsp 971336 / RS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. 2007/0177209-1; Rel. Min. Jorge Mussi(1138) T5 Quinta Turma. Data do Julgamento 22/06/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 02/08/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+declara%E7%E3o+infringentes&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=53>. Acesso em: 10 set. 2010.

Essa sensibilidade do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, demonstrando visível alteração na forma de recepcionar e avaliar o recurso de embargos de declaração, deve ser absorvida, com maior abrangência, pelos órgãos colegiados dos Juizados Especiais, para se dar efetividade aos princípios constitucionais inspiradores do inciso I do art. 98 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no sentido de dar celeridade e simplicidade aos processos de competência dos Juizados Especiais. Muita controvérsia poderá ser resolvida pela via dos embargos de declaração, evitando-se a interposição de recursos evitáveis.

6.4.2 Recurso pedido de uniformização de interpretação de lei a Turmas Recursais estaduais em conflito

Com o nome de Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei criou-se um recurso cabível, “[...] quando houver divergência entre decisões proferidas por Turmas Recursais sobre questão de direito material⁵⁷”. Conflito de direito processual não cabe esse recurso. O recurso será fundamentado em divergência entre Turmas Recursais do mesmo Estado e “[...] julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência de desembargador indicado pelo Tribunal⁵⁸”. Quando os Juízes componentes das Turmas divergentes estiverem domiciliados em cidades diversas a reunião poderá ser realizada por meio eletrônico. O resultado, evidentemente, dessa reunião conjunta, será adotada em substituição ao

57 BRASIL. Lei nº 12.153, art. 18.

58 _____, _____, art. 18, § 1º.

resultado conflitante e passará a ser jurisprudência pacificada dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, em todo o Estado.

6.4.3 *Recurso pedido de uniformização de interpretação de lei ao Superior Tribunal de Justiça*

Cabe o recurso Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei, em oposição ao acórdão da Turma Recursal, para o Superior Tribunal de Justiça:

6.4.3.1 “[...] quando Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou⁵⁹”

6.4.3.2 quando o resultado do julgamento “[...] estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça⁶⁰”.

6.4.4 *Recurso constitucional reclamação ao STJ*

Esse recurso é constitucional, “art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I -processar e julgar, originariamente: [...] f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões⁶¹”. Não consta de Leis dos Juizados Especiais. Entretanto, em casos e circunstâncias idênticas é recurso cabível para todos os Juizados Especiais. Sua utilização foi autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário: RE 571572 ED / BA -BAHIA EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO; Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 26/08/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP00978⁶² .[...]

59 BRASIL. Lei nº 12.153, art. 18, § 3º, 1ª parte.

60 _____, art. 18, 3º 2ª parte.

61 _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

62 _____. Supremo Tribunal Federal. RE 571.572 ED/BA; Rel. min. Ellen Gracie.

3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça disciplinou a matéria pela Resolução nº 12/2009 de 14.12.2009⁶³. O caso debatido no Recurso Extraordinário que deu origem a reclamação ao STJ, foi julgada, cujo resultado se transcreve:

Rcl 3924 / BA. RECLAMAÇÃO. Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO 2010/0024131-0. Data do Julgamento: 23/06/2010. Data da Publicação/Fonte: DJe 04/08/2010. Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114). PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO – CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS – RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – CABIMENTO EXCEPCIONAL – TELEFONIA FIXA – TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA – LEGALIDADE.

Nos termos do decidido nos autos do EDcl no RE 571.572/BA, Rel. Min. Ellen Gracie (Plenário, j.2010, p. 23. 26.8.2009), compete ao STJ conhecer de reclamação des-

63 THEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153 de 22.12.2009). *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p. 21, maio/jun. 2010.

tinada a dirimir controvérsia entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência desta Corte firmada em julgamento de recurso especial. Resolução nº 12/2009 do STJ.

2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que é legítima a cobrança de tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa. 3. Reclamação julgada procedente.⁶⁴

Portanto, enquanto não se regulamentar o funcionamento do colegiado de Turmas interestaduais dos Juizados Especiais, quer federais, quer da Fazenda Pública, capazes de dirimir os conflitos de jurisprudências, ou melhor, disciplinados para uniformizar a jurisprudência conflituosa originária dessas Turmas Recursais, o recurso cabível para a uniformização de interpretação de Lei é da competência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da reclamação. Resolução 12/2009.

6.4.5 *Recurso extraordinário*

A Lei 12.153/2009 traz a novidade de expressamente admitir o “[...] Recurso Extraordinário no Juizado Especial da Fazenda Pública, nos termos do “art. 21, o recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido no art. 19, além da observância das normas do Regimento⁶⁵”. Portanto, em havendo, no acórdão prolatado pela Turma de Uniformização violação expressa da Constituição da República Federativa do Brasil, enfrentada pelo STF e dirimida por súmula ou jurisprudência pacificada dessa Augusta Corte, cabe o recurso extraordinário. A própria lei autoriza o Supremo Tribunal Federal expedir normas regulamentando os procedimentos regimentais “[...] para o processamento e o julgamento

64 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 3924 / BA. RECLAMAÇÃO. Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO 2010/0024131-0. Data do Julgamento 23/06/2010. Data da Publicação/Fonte DJe 04/08/2010. Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114). Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=reclamação 3924. Acesso em: 08 set. 2010.

65 BRASIL. Lei nº 12.153, art. 21.

[...] do recurso extraordinário⁶⁶. Importante registrar que, os parágrafos do art. 19 instrumentalizam os procedimentos a serem adotados em questões idênticas àquelas subsequentes as que já se encontram em grau de recurso. Ficarão retidos nos autos aguardando pronunciamento. Indica a possibilidade de, havendo plausibilidade do direito e “[...] fundado receio de dano de difícil reparação, poderá o relator conceder de ofício ou a requerimento do interessado, medida liminar determinando a suspensão dos processos nos quais a controvérsia esteja estabelecida ⁶⁷”. Nos casos previstos em lei o Ministério Público será ouvido. O pedido tem preferência sobre outros feitos, exceto “[...] processos de réus presos, habeas corpus e mandado de segurança⁶⁸”. Publicado o acórdão os processos retidos serão resolvidos por juízo de retratação ou de declaração de prejudicados, se vincularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal ou pelo Supremo Tribunal⁶⁹ .

7 Das execuções de acordos e de sentenças nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Três são as formas de execução dos acordos ou das sentenças transitadas em julgado, nas causas em que são réus as Fazendas Públicas: I- obrigações de fazer, obrigações de não fazer ou entrega de coisa certa, a execução se faz por ofício do Juiz, acompanhado de cópia do acordo ou da sentença⁷⁰; II- Obrigações de pagar quantia certa, de pequeno valor, a Fazenda Pública se obriga a depositar em agência bancária, “[...] no prazo máximo de 60 (sessenta dias), contados da entrega da requisição[...]”⁷¹, independentemente de precatório; III- caso

66 BRASIL. Lei nº 12.153, art. 20.

67 _____, _____, art. 19, § 2º.

68 _____, _____, 5º.

69 _____, _____, 6º.

70 _____, _____, art. 12.

71 _____, _____, art.13, I.

o valor ultrapasse o limite do que se convencionou chamar pequeno valor, a Fazenda Pública submeterá o pagamento ao precatório.

Se a Fazenda Pública recusar-se a pagar a requisição do que se convencionou chamar de pequeno valor o Juiz determinará “[...] o sequestro do numerário suficiente ao cumprimento da decisão [...]”⁷², dispensando audiência da requerida.

A Lei estabeleceu como quantia de pequeno valor a ser paga por requisição, até que as Fazendas Públicas adotem seus próprios valores : (a) quarenta (40) salários mínimos para os Estados e Distrito Federal e (b) trinta (30) salários mínimos para os Municípios⁷³.

Vedados fracionamentos, repartição ou quebra dos valores totais do acordo ou sentença⁷⁴. Ou seja, fica proibido, no mesmo processo, pagamento de parte do valor por requisição e parte por precatório. É possível ao autor ou autores renunciar valor superior ao considerado pequeno valor, para receber por requisição⁷⁵. O saque do valor depositado será feito pela parte na agência do banco depositário, pela simples apresentação da requisição judicial. Saque feito por procurador, o mandato somente terá validade com poderes específicos para receber os valores pré-determinados na sentença ou acordo, a procedência desses valores e firma reconhecida⁷⁶. Ou seja na procuração deverão estar inseridos todos os dados contidos na autorização judicial, para levantamento dos valores.

8 Conclusão

Os Juizados Especiais da Fazenda Pública vieram ampliar a efetividade do art. 98, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, incluindo as pessoas jurídicas de

72 BRASIL. Lei nº 12.153, art. 13, §1º.

73 _____, § 3º.

74 _____, § 4º.

75 _____, § 5º.

76 _____, § 7º.

direito público – Estado, Distrito Federal, Municípios suas empresas públicas e autarquias - também na alça de mira desses Juizados. Aperfeiçoa o dispositivo constitucional, criando um sistema dos Juizados Especiais, constituído pelos Juizados Especiais Cíveis, Juizados Especiais Criminais e Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Trouxe inovações para serem introduzidas nos demais Juizados Especiais, como a possibilidade expressa de concessão de medidas cautelares e antecipações de tutela, e a possibilidade de utilização de recursos em oposição a elas.

Clareou a forma de utilização dos recursos de Uniformização de Interpretação de Lei, tanto para a reunião das Turmas Recursais do mesmo Estado, quanto para o Superior Tribunal de Justiça, e possibilita a utilização desses instrumentos, para ingressar com o recurso extraordinário. E nesse sentido, considerando tratar-se de um sistema, essa instrumentalização é extensiva a todos os demais Juizados.

9 Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

_____. Lei nº 5.869/1973. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm.

_____. Lei nº 9.099/1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm.

_____. Lei nº 10.259/2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10259.htm.

_____. Lei nº 12.153/2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm.

GRINOVER. Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 30, maio/jun. 2009. Disponível em: <https://www.magis->

teronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=mainhit-j.htm&2.0. Acesso em: 26 ago. 2010.

JUIZADOS Especiais da Fazenda Pública: editorial. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, maio/jun. 2010.

PIZETA. José. Juizados Especiais da Fazenda Pública, sistema dos Juizados Especiais, sua ideologia, sua alma e seus amores. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p. 29-37, maio/jun. 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública. *Revista IOB de Direito Civil e Processo Civil*, n. 65, p. 7-27, maio/jun. 2010.

_____. Os Juizados Especiais da Fazenda Pública. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 34, jan./fev. 2010. Disponível em: <https://www.magisteronline.com.br/mgstrnet/lpext.dll?f=templates&fn=main-hit-j.htm&2.0>. Acesso em: 02 set. 2010.

1.3

SOBRE A LEGITIMIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: PARÂMETROS DE DISCUSSÃO

GABRIEL BOAVISTA LAENDER*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O conceito de desregulação como principal fundamentação teórica para a adoção do modelo de agências reguladoras. 3 Liberdade e igualdade: fundamentos de legitimidade democrática na regulação. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

No que concerne à atuação do Estado sobre a economia, e no regramento jurídico-constitucional correspondente – a chamada Constituição Econômica¹ –, o Estado do Bem-Estar Social (e seu correspondente latino-americano, o Estado Desenvolvimentista²), mais do que uma opção de intervenção econômica, foi também uma opção de institucionalização política.³ De um

* Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília- UnB. Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Especialista em Regulação de Telecomunicações pela UnB. Secretário Geral do Grupo de Estudos em Direito das Telecomunicações da UnB. Procurador do Estado do Espírito Santo.

- 1 Na definição de Constituição Econômica, adotamos a premissa de Washington Peluso Albino de Souza de que a Constituição Econômica integra a Constituição total (cf. SOUZA, 2003, p. 267-295), em detrimento da visão da escola ordoliberal de Freiburg, que identifica a Constituição Econômica com as leis, normas e práticas pertinentes à economia, de forma autônoma – ainda que inter-relacionada – à Constituição Política do Estado. Na visão ordo-liberal, a Constituição Econômica pode se realizar em duas alternativas, estanques e excludentes, da forma de economia: economia de mercado ou economia planejada e dirigida. Esta opção se determinaria, para essa escola, fora do espaço da Constituição Política. Entretanto, parte-se neste artigo da premissa de que as opções econômicas e a correspondente atuação estatal são alternativas políticas, por conseguinte determinadas (ou determináveis) juridicamente da mesma forma e com igual status de outras deliberações políticas fundamentais integrantes da ordem constitucional. Por isso, entende-se, neste artigo, que a Constituição Econômica não se diferencia da Constituição Política.
- 2 Na América Latina, não houve propriamente a implantação de um Estado do Bem-Estar Social, mas de um Estado Desenvolvimentista, ainda fundado na intervenção direta do Estado na economia, porém sem efetivamente ofertar à população o conjunto de serviços e garantias propiciados por aquele (cf. PEREIRA, 1998, p. 27-28).
- 3 O presente artigo se limita à intervenção do Estado no domínio econômico, mormente na promoção do desenvolvimento econômico e nas opções políticas e jurídicas subjacentes. Portanto, há inegável ênfase nesse aspecto ao tratar do Estado do Bem-Estar Social, que, contudo, não reflete a errônea idéia de que outros fatores não tiveram contribuição determinante para o esse modelo de atuação estatal – especialmente os ligados à implantação de direitos sociais e à instauração de um regime de seguridade social. Sobre estes temas e seu desenvolvimento no Estado do Bem-Estar Social, vide o clássico estudo de Paulo Bonavides. *Do estado liberal ao estado social* (2001, p. 41-62). Sobre o Estado Social no Brasil, cf. BERCOVICI, 2006, p. 225-239.

lado, o peso da Crise de 1930 e, posteriormente, da necessidade de reconstrução da Europa no pós-guerra; de outro lado, a pressão ideológica da experiência socialista no Oriente, fizeram surgir um modelo de atuação estatal que, apoiado na doutrina keynesiana, atribuiu a si próprio a função de motor da economia e promotor direto de políticas anti-cíclicas, como forma de estímulo econômico. Se havia necessidade de maior atuação estatal, por óbvio, surgiram estruturas de organização do Estado para desempenhar essas novas atividades. Na Europa e na América Latina, o Estado tomou para si estruturas produtivas empresariais, as empresas públicas e sociedades de economia mista, e conferiu a órgãos fortemente vinculados ao Poder Executivo central a prerrogativa de planejamento de sua atuação e controle de suas ações: os ministérios. Os ministérios, assim, exerciam o planejamento e a direção da economia, e as diretrizes neles fixadas deveriam ser seguidas pelas empresas públicas. Estas, uma vez que estavam nas mãos do próprio Estado, prescindiam de mecanismos coercitivos para a implementação das políticas públicas fixadas pelos ministérios. Estas estruturas foram ocupadas por uma burocracia cada vez mais especializada – os tecnocratas -, cuja atuação técnica por vezes obliterava do debate público a definição de políticas e mecanismos de desenvolvimento econômico.

Desse modo, a opinião de uma *elite esclarecida*⁴ sobre o interesse público dominava, em detrimento do debate público sobre meios e metas de desenvolvimento. A justificativa da atuação estatal, sob o discurso técnico, foi essencialmente o desenvolvimento econômico. Assim, embora trouxesse o ganho histórico da ação estatal positiva na assecuração de direitos de segunda e terceira gerações, continha intrínseca deficiência democrática (restritiva do exercício da liberdade política pelos cidadãos) na definição e priorização do conteúdo desses direitos, uma vez que estes não tinham de necessariamente ser determinados pela ação política dos cidadãos, mas consideravam-se suficientemente legitimados pela necessidade. A percepção de

4 A expressão aqui adotada parafraseia a noção de *déspota esclarecido* do liberalismo clássico.

uma necessidade pública e do conseqüente interesse público não era resultado de um processo democrático que permitisse a exteriorização e o confronto das opiniões e dos interesses dos diversos cidadãos envolvidos. Ao contrário, no mais das vezes necessidade e interesse eram o produto dessa elite esclarecida. Não é por outro motivo que o modelo de Estado de Bem-Estar se compatibilizou tão bem com regimes totalitários.

As mais contundentes críticas contra o modelo do Estado do Bem-Estar Social de intervenção na economia tomaram como mote, entre outros fatores, justamente a apropriação do interesse público por essa elite esclarecida. Luiz Carlos Bresser Pereira, neste ponto, é enfático:

Se, no século XIX, a administração pública do Estado liberal era um instrumento para garantir os direitos de propriedade – assegurando a apropriação dos excedentes da economia pela classe capitalista emergente –, no Estado desenvolvimentista, a administração burocrática era uma modalidade de apropriação dos excedentes por uma nova classe média de burocratas e tecnocratas. [...] Se, nos países desenvolvidos, a *res publica* não foi bem protegida pela administração burocrática, dada sua ineficiência em administrar o Estado de Bem-Estar Social, nos países em desenvolvimento, a *res publica* foi ainda menos protegida, porque, nesses países, os burocratas não se dedicaram apenas à construção do Estado, mas também a substituir parcialmente a burguesia no processo de acumulação de capital e na apropriação do excedente econômico (PEREIRA, 1998, p. 27-28).

Nos EUA, por outro lado, o *New Deal* de Roosevelt privilegiou a parceria estratégica do Estado com o setor privado, valendo-se de monopólios e incentivos financeiros como principal meio de sustentação do desenvolvimento econômico. Novos órgãos (*agencies*) foram criados na Administração Pública americana com o intuito de normatizar a atuação do setor privado e garantir a efetividade das políticas de desenvolvimento econômico. No Direito Americano – e posteriormente no resto do mundo – a intervenção do Estado na economia se denominou *regulação*. Entre os órgãos/agências criados, prevaleceu a forma estrutural desenvolvida no final do séc. XIX para a regulação do monopólio

de transporte ferroviário, que consistia nas chamadas *agências reguladoras independentes*. Novamente, a ideia da prevalência de uma atuação técnica como fundamento para a atuação estatal serviu de justificativa para a implantação dessas estruturas estatais.

Também a experiência norte-americana foi fortemente criticada por uma inadequada convergência de interesses entre o público e o privado. Duas formulações teóricas se destacaram nessa crítica. Sobre a primeira, mais extremada, denominada *teoria da captura*, Richard Posner descreve:

A teoria de que a regulação econômica não é de forma alguma sobre interesse público, mas é um processo pelo qual os grupos de interesse procuram promover seus interesses (privados), apresenta-se em várias formas distintas. Uma, que é desenvolvida por marxistas e por ativistas como Ralph Nader, pode ser simplificada resumida no seguinte silogismo. Grandes negócios – os capitalistas – controlam as instituições da nossa sociedade. Entre essas instituições está a regulação. Os capitalistas devem, portanto, controlar a regulação. [...]

[...]

Uma versão mais interessante da teoria da “captura” origina-se na ciência política, em particular em Bentley e Truman e seus seguidores, que enfatizam a importância dos grupos de interesse na formação de políticas públicas. [...] Essa teoria – que o termo “captura” descreve particularmente bem – afirma que com o passar do tempo as agências regulatórias acabam sendo dominadas pelo mercado regulado. [...] Ela destaca um grupo de interesse em particular – as empresas reguladas – como prevacente na batalha para influenciar legislação, e ela prevê uma seqüência regular, na qual os propósitos originais do programa regulatório são posteriormente obstruídos por pressões do grupo de interesse (POSNER, 2004, p. 56-57).

A segunda formulação teórica crítica da regulação foi formulada por George Stigler e, no campo jurídico, tem como expoente o supracitado Richard Posner. Trata-se da Teoria da Re-

gulação Econômica, que explica a regulação como o produto de uma relação entre oferta e demanda em que comparece, do lado da oferta, o regulador e, do lado da demanda, o regulado. Também aqui parte-se do pressuposto de que o que se entende por escolha política democrática é na verdade o produto da influência de determinados grupos de interesse. A regulação seria demandada (adquirida) pelos próprios regulados. Para a Teoria Econômica da Regulação, ao invés de refletir o interesse público, a regulação seria o produto de decisões que tendem a conceder benefícios concentrados a certos grupos e a distribuir os custos desses benefícios de forma difusa, pois a resistência de grupos difusos (sub-representados e não organizados) é menor do que a de grupos menores e coesos. Assim, o “custo político” a se pagar pelo desatendimento do grupo difuso compensaria o “preço político” pago pelo grupo organizado na forma de apoio institucional e mesmo financeiro (como, por exemplo, no financiamento de campanhas de partidos dos reguladores). Stigler, no artigo em que expôs pela primeira vez sua teoria, afirma:

A regulação tanto pode ser ativamente perseguida por uma indústria, como pode ser imposta a ela. Uma das teses centrais deste artigo é a de que, em regra, a regulação é adquirida pela indústria, além de concebida e operada fundamentalmente em seu benefício. [...]

[...] Admitimos que os sistemas políticos são racionalmente planejados e racionalmente aplicados, o que significa dizer que eles são instrumentos apropriados para a realização de desejos de membros da sociedade. Isso não quer dizer que o Estado servirá à idéia de interesse público de alguém: com efeito, o problema da regulação é o de descobrir quando e por que uma indústria (ou outro grupo de pessoas que pensam da mesma forma) é capaz de usar o Estado para seus propósitos, ou é escolhida pelo Estado para ser usada em proveito de outros (STIGLER, 2004, p. 23-25).

Não obstante as críticas, há que se levar em conta que as agências reguladoras estadunidenses foram concebidas como uma forma de desconcentração do poder político estatal. Fiel à tradição de limitação do poder político, a ampliação das fun-

ções estatais pelos EUA seguiu um padrão institucional que buscou evitar a concentração de poderes nas mãos do Chefe do Poder Executivo. Além disso, a configuração das agências reguladoras não permaneceu a mesma desde a sua implantação – tampouco há delimitação jurídico-formal de suas características identificadoras. Adaptações foram necessárias, em especial frente à primeira crítica contundente a que foram sujeitas, antes mesmo das descritas acima: ausência de legitimidade democrática. Pouco afetos à ideia de se sujeitarem a políticas públicas formuladas por órgãos do Executivo, considerados sem representatividade democrática, os americanos acabaram por editar, entre outros instrumentos legais, a Lei de Processo Administrativo (*Administrative Procedure Act*), que *judicializou* os procedimentos das agências, impondo a adoção de *formal hearings* e a obediência a requisitos de transparência e isonomia típicos dos processos judiciais americanos. Além disso, a jurisprudência da Suprema Corte, por diversas ocasiões, teve por objeto a fixação de critérios e procedimentos necessários à configuração do *due process of law*. Ou seja, as práticas política e jurídica norte-americanas, durante o tempo, adaptaram as características institucionais das agências reguladoras de molde a lhes conferir maior legitimidade.

Quando o mundo ocidental, abalado pela crise fiscal dos anos 80 e pela mudança estrutural do Sistema Financeiro Internacional, passou a difundir uma proposta de reforma do Estado em que este passava de agente promotor do desenvolvimento econômico – por mecanismos de intervenção direta – para agente indutor do desenvolvimento econômico – por mecanismos de intervenção indireta; a busca por uma forma institucional de mediação da relação entre Estado e economia convergiu para o modelo americano de agências reguladoras independentes. De um lado, influenciou o fato de se cuidar da grande potência econômica mundial. De outro, a própria precedência americana no estabelecimento de instituições de relacionamento entre o Estado e o mercado em que agentes econômicos privados são incumbidos da execução de metas de Política Econômica.

Uma vez que um dos objetivos da reforma era justamente o de retirar do Estado o ônus de prover diretamente o desenvolvimento econômico, a busca por confiança dos investidores internacionais teve papel importante para a eleição do modelo da grande potência econômica como paradigma de organização estatal. Em contraponto, o fato de os Estados Unidos terem desenvolvido mecanismos de legitimação das instituições que compõem esse paradigma pode ser visto como uma forma de defesa do espaço público frente à realidade de enfraquecimento do Estado determinada pela desnacionalização do poder econômico e pela progressiva perda de relevância do poder político (entendido como monopólio do uso legítimo da força física) frente a outras formas de poder.

Nesse sentido, apresentam-se as perguntas que motivam o presente trabalho: seriam as agências reguladoras uma forma institucional de permitir a participação efetiva dos cidadãos na formulação de políticas públicas de intervenção na economia? Ou trata-se da institucionalização do predomínio do discurso técnico *apolítico*, e, em consequência, de meio para a despublicização das políticas de desenvolvimento econômico? E, por fim, confrontadas essas duas hipóteses, e consideradas as agências reguladoras um paradigma de organização jurídica do poder político, são elas – as agências reguladoras – instituições legítimas frente ao Constitucionalismo contemporâneo?

A resposta a essas perguntas, embora sirva de motivação, não constitui o objeto deste trabalho – trata-se das provocações fundamentais que movem a presente pesquisa e que serão objeto de futuros estudos. Aqui, por ora, o objetivo é razoavelmente mais modesto: estabelecer critérios para efetuar aquela discussão. A proposta deste artigo, portanto, é eleger parâmetros para debater a legitimidade das agências reguladoras.

2 O conceito de desregulação como principal fundamentação teórica para a adoção do modelo de agências reguladoras

Atualmente, pode-se identificar, de forma geral, um discurso fortemente voltado à legitimação da atuação interventiva

do Estado pela promoção de desenvolvimento econômico. Os interesses dos cidadãos ordinariamente presumem-se atendidos se o Estado consegue ser o promotor do desenvolvimento. O desenvolvimento, do lado das teorias de cunho econômico, usualmente é identificado como aumento de bem-estar social – e este significa, especificamente, a soma do excedente do produtor com o excedente do consumidor, cujo ápice ocorre em uma economia de livre-mercado. Se a Economia, especificamente a Microeconomia, logrou superar a noção de que a realidade não conhece um *puro* livre-mercado nos termos originalmente desenvolvidos a partir das constatações de Adam Smith, o livre-mercado ainda é o Éden econômico, o fim a ser buscado. Assim, de modo geral, as teorias econômicas que orientam a atuação estatal a partir de uma visão microeconômica determinam a busca por condições similares às de um mercado livre. Essa orientação hoje está amplamente difundida pela ideia de *regulação para o mercado*.

A mudança institucional correspondente ao escopo de atuação estatal para liberalização do mercado foi genericamente denominada pela doutrina como *deregulation*, ou, em uma tradução livre, *desregulação*. É importante frisar que o que se chama de *deregulation*, porém, não tem um significado comum na doutrina ou na experiência política. Nos EUA, a *deregulation* significou efetivamente a retirada do Estado de setores da economia, com a eliminação de funções do Poder Executivo e de normas específicas do setor.⁵

Na Europa, contudo, a *deregulation* não significou a retirada do estado de setores da economia, ao menos não em um primeiro momento, mas sim a adoção de práticas estatais voltadas à liberalização de mercados e à substituição da função do Executivo de *promotor do desenvolvimento econômico a indutor da concorrência*. Como ponto comum entre a experiência americana e a europeia está o escopo de liberalização do mercado, porém na Europa a liberalização significou a retirada de monopólios

5 O *Black's Law Dictionary* define *deregulation* como *the reduction or elimination of governmental control of business, esp. to permit free markets and competition* (verbete *deregulation*, p. 475). Sobre a *deregulation* americana e seu impacto na Teoria Econômica da Regulação, vide PELTZMAN, 2004.

estatais e a implementação da livre competição. É ainda possível identificar uma agenda europeia de retirada de mecanismos estatais de intervenção indireta, na medida em que os mercados se tornem competitivos. Não obstante, é ainda cedo para se averiguar se essa agenda permanecerá, uma vez que mesmo doutrinadores europeus de forte viés liberalizante – como Ariño Ortiz – entendem que há determinados setores em que a presença específica do estado é fundamental para a garantia da própria concorrência.

A experiência da *deregulation*, conforme Giampiero Di Plínio, ocorre por dois vieses de experiência de regulação, ambos opostos ao modelo burocrático: o *adversarial legalism* e a *meta-regulation*. O *adversarial legalism* é, em verdade, característico do direito americano e significa a adoção de *um conjunto de estruturas* e de *uma prática jurídica*⁶ que transferem às partes envolvidas a condução do processo, a produção de argumentos e de provas, e deixa a cargo de uma autoridade independente a discricionariedade para, informada pelas partes, tomar determinada decisão. O *adversarial legalism* é a configuração que tomou no direito americano o *adversary system*⁷, de origem britânica. Logo, não se refere propriamente a uma forma de regulação, mas a toda uma tradição jurídica que se baseia no acesso individual ao Judiciário como forma de proteção de direitos.⁸ Por um lado, a implementação de políticas públicas por meio de mecanismos baseados no acesso das partes prejudicadas ao Judiciário, e, por outro lado, a reprodução de práticas judiciais pela Administração Pública, combinada com a adoção de estruturas administrativas com características semelhantes a juízos, é o que se cha-

6 Nos termos de Kagan (2007, p. 104), *a set of legal structures and a legal practice*.

7 O *adversary system* é chamado pela doutrina brasileira de *sistema acusatório* e tem origem no processo criminal. Opõe-se ao sistema inquisitorial dos países continentais – adotado pelo Brasil –, em que a condução do processo fica a cargo da autoridade pública e as partes têm função auxiliar.

8 Sobre o *adversarial legalism*, Robert Kagan esclarece: *To encapsulate some of these distinctive qualities of governance and legal process in the USA, I use the shorthand term “adversarial legalism” – a mode of policy-making, policy implementation, and dispute resolution that encourages lawyer-dominated litigation. Organizationally, adversarial legalism is associated with decision-making institutions in which authority is fragmented and in which hierarchical control is relatively weak. At the level of litigation and adjudication, a key feature of adversarial legalism is litigant activism: the assertion of claims, the search for controlling legal arguments, and the gathering and submission of evidence is dominated not by judges or governmental officials, but by disputing parties or interests, acting primarily through lawyers.* (KAGAN, 2007, p.103).

ma *adversarial legalism* como modo de regulação. Di Plínio, por esse motivo, vê a adoção do *adversarial legalism* como uma *judicialização da política*.⁹ Robert Kagan, a respeito da adoção do *adversarial legalism*, traz exposição esclarecedora do porquê desse modo de regulação:

...nos últimos 40 anos, pressões políticas por um governo mais ativo intensificaram o *adversarial legalism* americano (Kagan 2001, pp. 35-37). A partir dos anos 60, movimentos políticos e grupos de sociedade civil organizada demandaram proteções governamentais cada vez mais intensas contra discriminação racial, desigualdade de sexos, crimes violentos, degradação ambiental, produtos e tecnologias de risco, desamparo econômico súbito, tratamento arbitrário pela polícia e por burocracias governamentais, entre outros. A resposta a essas demandas políticas requereu um governo central mais poderoso, mais ativista – o que conflitava com uma tradição política de governo descentralizado e limitado. O *adversarial legalism* proveu uma forma de reconciliar, mesmo que bruta, esses contraditórios desejos políticos. Grupos da sociedade civil organizada que buscavam novos direitos se voltaram às cortes, e juizes americanos politicamente engajados frequentemente extraíam esses direitos da *common law*, de leis ou de normas constitucionais. Políticos promulgaram leis que garantia aos administradores mais poder (inclusive pesadas sanções legais), mas, temendo vieses políticos pelas agências – federais, estaduais e locais – eles constrangeram a discricionariedade das agências por meio de regras detalhadas e requisitos procedimentais, conferindo legitimidade ativa tanto a entes regulados como a organizações não-governamentais (ONGs) para contestar judicialmente as decisões administrativas (Melnick, 2004). Em suma, juizes americanos e políticos adotaram ações judiciais, processos formais, direitos, duras penalidades legais, advogados e cortes – as pedras fundamentais do *adversarial legalism* – ao invés das poderosas burocracias, dos entes corporativistas, dos bancos centrais e dos programas de

9 DI PLÍNIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 34.

seguridade social que dominaram o Estado Regulatório de Bem-Estar Social na Europa Ocidental.¹⁰

A *meta-regulation*, por sua vez, encontra sua base no que se chama *responsive regulation*. Esta parte do princípio segundo o qual, na área regulatória, é melhor prevenir os conflitos do que resolvê-los *a posteriori*. Busca-se privilegiar a negociação e o consenso, com ênfase em métodos alternativos de resolução de conflitos – não-judiciais, portanto. Consideram-se os métodos alternativos mais eficientes, eficazes e econômicos. Mais ainda, considera-se o debate como o meio mais eficaz de obter justiça. A esse respeito, John Braithwaite esclarece:

A idéia nuclear da justiça reparadora (*restorative justice*) é que, porque a injustiça fere, a justiça deve curar. A cura, argumenta-se, é mais provável quando há deliberação indomada entre os interessados (*stakeholders*) acerca das consequências da injustiça e do que deve ser feito para corrigir o mal. A idéia central da *responsive regulation* é que a regulação (seja por governos ou por outros atores que regulem) deve oferecer respostas rápidas e eficazes às posturas motivacionais dos regulados (V. Braithwaite, 1995), aos seus costumes, sua real conduta e aos fatos estruturais dos mercados regulados. Como a justiça reparadora, a *responsive regulation* parte da alegação de que instituições deliberativas legalmente pluralistas que engajem múltiplos *stakeholders* têm maiores chances de assegurar os propósitos regulatórios dessas instituições. Como a justiça reparadora, a *responsive regulation* valoriza a flexibilidade e a participação dos cidadãos na

10 ...in the last 40 years, political pressures for more active government have intensified American adversarial legalism (Kagan 2001, pp. 35–37). Beginning in the 1960s, political movements and advocacy groups demanded increasingly comprehensive governmental protections from racial discrimination, gender inequality, violent crime, environmental degradation, hazardous products and technologies, sudden economic loss, arbitrary treatment by police and governmental bureaucracies, and so on. Responding to these political demands required a more powerful, more activist central government – which conflicted with a political tradition of limited, decentralized government. Adversarial legalism provided a way of reconciling, however roughly, these inconsistent political desires. Advocacy groups seeking new rights turned to the courts, and politically responsive American judges often read those rights into the common law, statutes, and constitutional provisions. Politicians enacted statutes that granted administrators more power (including tough legal sanctions), but fearing political bias by agencies – federal, state, and local – they constrained agencies' discretion with detailed rules and procedural requirements, empowering both regulated entities and non-governmental organizations (NGOs) to challenge administrators' decisions in court (Melnick, 2004). In sum, American judges and politicians have substituted lawsuits, formal procedures, rights, tough legal penalties, lawyers, and courts – the building blocks of adversarial legalism – for the powerful bureaucracies, corporatist bodies, central banks, and social insurance programs that have dominated the regulatory-welfare state in Western Europe (KAGAN, 2007, p.105 – tradução livre).

manufatura de soluções contextualmente sintonizadas com problemas, e parcimônia no recurso à coerção.¹¹

A *meta-regulation* consiste na reflexão sobre as próprias políticas regulatórias, com enfoque nas instituições e nos processos que compõem a estrutura administrativa, de modo a conferir racionalidade econômica à rotina diária de atuação política.¹² O uso do termo foi especificamente difundido para designar a aproximação entre regulação e auto-regulação, nomeando a atividade de organismos neutros e independentes que atuam sobre os reguladores ou auto-reguladores. Designou o *monitoramento do auto-monitoramento das corporações*.¹³ Assim, a normatização das atividades reguladas compete aos próprios agentes do setor regulado, e o ente regulador tem função de mediador e supervisor.¹⁴ Adota-se, portanto, uma visão de regulação como *controle de atividades auto-reguladas*.¹⁵

As agências reguladoras surgem imbricadas na experiência da *deregulation*, afigurando-se como as estruturas institucionais típicas ou paradigmáticas. Suas características distintivas, quais sejam: autonomia frente aos órgãos políticos (Legislativo e Executivo), tomada de decisões com base em um discurso técnico – identificado pela assunção de *verdades*, não pelo exercício de *opções* – e capacidade normativa se vinculam, de modos particularmente distintos em cada experiência nacional, às características de uma forma ou de outra de desregulação. Em todos os

11 A core idea of restorative justice is that because injustice hurts, justice should heal. Healing, it contends, is most likely when there is undominated deliberation among stakeholders about the consequences of the injustice and what should be done to right the wrong. The core idea of responsive regulation is that regulation (whether by governments or other actors who regulate) should be responsive to the motivational postures of the regulated (V. Braithwaite, 1995), to their customs, their actual conduct and to structural facts about regulated markets. Like restorative justice, responsive regulation makes the explanatory claim that legally pluralist deliberative institutions that engage multiple stakeholders are most likely to secure the regulatory purposes of such institutions. Like restorative justice, responsive regulation values flexibility, citizen participation in crafting contextually attuned solutions to problems and parsimony in recourse to coercion. (BRAITHWAITE, 2003, p. 7 – tradução livre).

12 The notion of meta-regulation is simple at heart: it captures a desire to think reflexively about regulation, such that rather than regulating social and individual action directly, the process of regulation itself becomes regulated. (MORGAN, 2003, p. 2).

13 The term [meta-regulation] has been used previously (Gunninggham and Grabosky, 1998; Parker, 2002) to capture developments at the intersection of state regulation and self-regulation, where government monitors the self-monitoring of corporations. (MORGAN, 2003, p. 2).

14 DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 40.

15 *Ibid.*, p. 44.

casos, porém, como se pôde notar na exposição acima, a preocupação principal é a de promoção do desenvolvimento econômico, igualado este à noção de bem-estar da Microeconomia.

Ao fazer isso, a implementação desse novo modelo de organização do Estado se volta para a legitimação pelo atendimento a necessidades, e não à configuração de um espaço político de exercício da ação política. Ou seja, o Estado será bom e cumprirá seu papel se promover o desenvolvimento econômico – e um tipo específico de desenvolvimento econômico –, o que não necessariamente significa propiciar ao cidadão a possibilidade de exercer suas escolhas e, assim, determinar o seu governo.

3 Liberdade e igualdade: fundamentos de legitimidade democrática na regulação

Sendo assim, o grande problema de legitimidade das agências reguladoras não é propriamente o fato de elas não serem compostas por representantes eleitos pelo povo, citado pela maior parte dos doutrinadores. A representatividade, ao contrário, quebra a identidade entre governantes e governados.¹⁶ Como afirmado por Chantal Mouffe, com base em Carl Schmitt, o parlamentarismo não conduz à democracia, mas provém da metafísica liberal de identificação da verdade pela razão. Desse modo, não há como explicar a legitimação pela mera presença de representantes do povo. A primeira e imediata conclusão é que mesmo um modelo de agências reguladoras baseado em dirigentes eleitos pelo povo não se esquivaria dos problemas de legitimação democrática.

Contudo, também não é a identificação entre povo e governante que determina a democracia. *Nas sociedades em que reina o pluralismo e onde a existência de conflito e divisão já se tenham tornado legítimas, não é mais possível que se conceba o povo como se se tratasse de uma entidade unificada e homogênea dotada de uma única vontade geral.*¹⁷ Se o povo não

16 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Mimeo. [19-], p.6.

17 *Ibid.*, p. 7.

é homogêneo, a identificação entre Governo e povo, e entre a vontade do Estado e a vontade do povo, não se afigura possível quer pela mera presença de representantes, quer por uma eventual intuição do que seria a vontade popular. E é por esta segunda razão que regimes totalitários não são democráticos. A figura do *déspota esclarecido*, assim como a da *ditadura do povo*, por eleger um representante de uma vontade popular única – seja pelo pressuposto da racionalidade, seja pelo pressuposto do corporativismo – oblitera a peculiaridade do processo democrático, por desconsiderar na democracia justamente sua principal característica: trata-se de um processo político. A desconsideração do político na democracia resulta na sua perversão e invariável esvaziamento. Isso porque, em uma sociedade plural, a vontade democrática – ou a vontade de um Governo Democrático – é *construída*.

Essa construção resulta do livre debate, como aliás já justificava o pensamento liberal clássico. Todavia, ao contrário do que afirmavam os liberais, o debate não revela a *verdade racionalmente alcançável*. Ao revés, o debate constitui o exercício consciente da ação política dirigida à formação de um consenso sobre o direcionamento social. Esse consenso não é material, todavia. Não diz respeito à matéria em si debatida. A experiência política quotidiana, aliás, é capaz de dar inúmeros exemplos em contrário – a própria existência do debate sobre *direitos das minorias* revela a necessidade de se evidenciar a ausência do consenso. Em verdade, a vontade democrática é dialética, pois carrega em si sua própria contradição – e, por isso, configura uma constante e infindável construção.

Mas, se é assim, onde está o consenso? O consenso não diz respeito à matéria, mas ao processo democrático. A vontade democrática se consubstancia na opção por uma vontade construída dentro do corpo estatal, em detrimento da opção pela violência. Partimos, portanto, junto com Hannah Arendt, do pressuposto de que o comportamento humano coletivo se conforma por dois caminhos: o convencimento (que equivale ao poder comunicativo) e a violência (que equivale ao poder político). Ao ceder o poder político para o Estado e se subordinar ao juízo de um processo de opção política pautado pelo

convencimento, a sociedade livra-se dos grilhões da violência como instrumento de coesão social. No plano da filosofia política, esta visão se identifica com a noção de contrato social clássica de Hobbes e Rousseau, contudo com uma diferença fundamental. O consenso é aqui identificado com uma democracia plural, que não possui uma vontade universal identificada ou identificável. Ao contrário das teorias contratualistas, não se busca explicar por meio desse consenso social o surgimento do Estado em si, e tampouco atribuir ao Estado a possibilidade racional de identificação com a vontade popular. A opção aqui destacada configura o consenso quanto à presença de um espaço público como meio de *criação* de uma vontade política, *preferível* a uma vontade política imposta pela violência. Nesse ponto, configura uma visão emancipadora, pois privilegia um espaço de exercício da liberdade pelos cidadãos, que se sujeitam livremente a uma vontade sabidamente criada, e o ônus dessa sujeição é suportado conscientemente, como preço pelo consenso quanto à manutenção do espaço público. *Ou seja, o consenso não é quanto à vontade popular, mas quanto à manutenção de um espaço público de produção da vontade democrática.*

Por ser alternativa à violência, essa opção é emancipadora. A violência corresponde ao domínio da necessidade, e por esta se justifica. O consenso, determinado pelo poder comunicativo, se desvincula da necessidade e atrela-se tão somente ao político. Compartilhamos, nesse ponto, da afirmação de Chantal Mouffe, a partir da opinião de Blumenberg, de que a ruptura característica da modernidade é a ideia de auto-afirmação. Diferentemente da época medieval (pré-moderna), na modernidade a razão fornece substrato para o exercício pelo homem de sua *liberdade* (fornecer a si próprio os próprios fundamentos). Porém, na modernidade ainda permanece a noção de universalismo, de cosmovisão, herdada das concepções teológicas (daí a afirmação de SCHMITT de que a modernidade apenas secularizou a teologia). Assim, afirma Chantal, *...é no momento em que a razão moderna reconhece seus limites [...] é que ela se libera, finalmente, da idéia de cosmos e de sua herança pré-*

-moderna.¹⁸ Desse modo, no momento em que desiste de uma fundamentação racional universalista – ou que se abre mão de uma visão política corporativista –, a racionalidade moderna compatibiliza a ideia de democracia com a noção de liberdade. Ao reconhecer e incorporar o pluralismo, a democracia emancipa o cidadão.

Portanto, neste trabalho assumimos a posição de que a *liberdade* não se configura em um direito do cidadão que exige abstenção do Estado. A liberdade não é a liberdade do indivíduo frente a constrangimentos do Estado – ou do poder político. Ao contrário, a liberdade se dá frente à necessidade. Liberto é o indivíduo que não tem de se sujeitar ao domínio da necessidade, que pode fazer valer sua vontade frente ao domínio da natureza. A liberdade, portanto, se identifica com a auto-afirmação. Por isso, a democracia aqui esposada é libertária. Se há uma opção pela condução do poder político em resultado do debate, e não da necessidade (que se combina com a violência), essa é uma opção de governo emancipadora. E é neste ponto que reside o *primeiro ponto de inflexão* na discussão sobre a legitimidade das agências reguladoras. Na medida em que sua criação e adoção se fundamentar no império da necessidade, as agências reguladoras podem se configurar em mecanismos de supressão da ação política democrática em detrimento de uma vontade geral presumida conduzida por uma visão particular de desenvolvimento econômico. Se assim fosse, seriam instituições que afrontariam a liberdade e, por isso, carentes de legitimação democrática.

Adicionalmente, cabe também perquirir até que ponto as agências reguladoras viabilizam o exercício da ação política. Para que se configure o caráter emancipador pretendido pelo ideal democrático, o exercício da ação política também não pode ser limitado ou constrangido pela necessidade. Surge aqui, a questão da *igualdade* como pressuposto para o exercício da liberdade. Partimos, nesse ponto, da visão de Dworkin e seus dois princípios do individualismo ético: o princípio de igual im-

18 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Mimeo. [19--], p. 12.

portância e o princípio da responsabilidade especial. Sobre o primeiro, Dworkin explica que *a igualdade em questão não diz respeito a alguma propriedade das pessoas, e sim à importância de que suas vidas tenham algum resultado, em vez de serem desperdiçadas*.¹⁹ O segundo é afirmado pelo mesmo autor como nem metafísico, nem sociológico, mas *relacional: ele insiste em que, na medida em que se devem fazer escolhas quanto ao que representaria uma vida bem-sucedida para uma pessoa em particular, essa pessoa, dentro da gama de opções que lhe for permitida pelos recursos e pela cultura, é responsável por fazer ela própria tais escolhas*.²⁰ Essa configuração de igualdade permite a esse autor afirmar, por conseguinte, que liberdade e igualdade, antes de se contraporem, se complementam, pois uma é necessária para o exercício da outra.²¹

Transpondo essas noções para o plano político, igualdade, como pressuposto de uma visão democrática emancipatória, consiste no igual tratamento dos cidadãos, na igual oportunidade de exercício da ação política, conjugada à noção de que o exercício dessa ação política – ou a omissão de seu uso –, uma vez oportunizada por igual, compete igualmente a cada cidadão, que deverá arcar com o ônus de suas opções. Dworkin, a respeito, afirma:

A teoria da igualdade de que necessitamos respeitaria ambos esses princípios. O primeiro princípio exige que o destino das pessoas, na medida em que isso estiver ao alcance do governo, independa de quem elas são – seus históricos, seu sexo, sua raça ou seus conjuntos particulares de habilidades e deficiências. O segundo princípio exige que seu destino, também neste caso dentro do alcance do governo, dependa das escolhas que elas fizeram (DWORKIN, 2007, p. 251-252).

Essa transposição para o plano político dos princípios de igual importância e de responsabilidade especial como configu-

19 DWORKIN, Ronald. A igualdade importa? In: GIDDENS, Anthony (Org.). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2007. p. 250-251.

20 *Ibid.*, p. 251.

21 Cf. DWORKIN, 2005.

radores da igualdade, e seu relacionamento com a liberdade, ganha maior significado a partir da seguinte exposição de Hannah Arendt:

A liberdade, como fenômeno político, foi coeva do aparecimento das cidades-estados gregas. Desde Heródoto que foi compreendida como uma forma de organização política na qual os cidadãos viviam juntos em condições de ausência de normas, sem uma divisão entre legisladores e legislados. Esta noção de ausência de norma foi expressa pela palavra isonomia, cuja característica mais importante entre as formas de governo, segundo os antigos as tinham enumerado, era a de que a noção de poder, de norma (...), estava dela ausente. Era suposto que a *polis* fosse uma isonomia, e não uma democracia. A palavra “democracia”, exprimindo já nessa altura o governo da maioria, foi originalmente forjada pelos que se opunham à isonomia e que pretendiam dizer: “Aquilo a que chamais “ausência de normas” é de fato apenas uma outra forma de governo; é a pior das formas de governo, o governo do povo” (ARENDDT, 2001, p. 34).

A surpreendente relação entre isonomia e liberdade, e sua vinculação com o exercício do poder político na antiguidade, é mais um argumento no sentido de que uma visão emancipadora da democracia pressupõe tanto liberdade como igualdade. A ideia de que legisladores e legislados não estão divididos é o fundamento de igualdade que substitui, na visão de democracia, a homogeneidade do povo como pressuposto de identificação entre governantes e governados. Essa desdiferenciação incorpora o pluralismo e se compatibiliza com a liberdade – na verdade, surge desta.

Desse modo, a igualdade é o *segundo ponto de inflexão* aqui proposto sobre a discussão da legitimidade das agências reguladoras. Adotá-lo significa exigir das agências reguladoras que sua produção jurídica (e política) confira ao cidadão igual relevo na determinação das opções políticas, e que se reconheça ao cidadão a possibilidade de optar conscientemente pelo seu destino. Para sua aferição será necessário perquirir até que ponto a adoção pelas agências de um discurso fundado na neutralidade técnica não significa uma posição de superioridade entre

governante e governado, em que aquele acaba por monopolizar o discurso legítimo. Mais do que isso, aferir se, na configuração da produção da regulação, não se dá a alguns cidadãos maior consideração – em virtude do domínio desse discurso técnico – do que a outros. Igualmente relevante é perquirir se as agências reguladoras, em sua configuração institucional, permitem aos cidadãos optar, por exemplo, pela responsabilidade de adotar um menor grau de desenvolvimento econômico (aferido sob a óptica microeconômica), mas reputado mais equânime na distribuição de seus resultados. Ou seja, se a estruturação das agências reguladoras permite o tratamento isonômico dos cidadãos quanto à sua participação na elaboração de políticas públicas e quanto ao exercício de sua responsabilidade (decorrente de sua liberdade) na determinação dos objetivos dessas políticas.

4 Conclusão

Como conclusão, o presente estudo propõe, portanto, a *liberdade* e a *igualdade* como parâmetros de aferição de legitimidade das agências reguladoras. Nesse sentido, sua configuração institucional deve permitir a ação política, desvinculando-se o discurso de legitimidade do domínio da necessidade. Sua maior preocupação deve ser com a manutenção do espaço público, que viabilize a ação política. Isso significa também oportunizar meios de acesso ao espaço público, ou seja, de dotar os cidadãos de mecanismos para exercer sua ação política. E deve-se permitir que essa ação política seja exercida de forma isonômica frente a outros cidadãos e aos próprios reguladores.

Se a adoção de agências reguladoras se associar a um objetivo de pura e simples *deregulation*, em que a necessidade de liberalização e desregulamentação são tidos como um dado, uma verdade inafastável, e não como uma opção²², as agências não cumprirão a função de instrumentalização da ação política pelos cidadãos, requerida pela democracia sob um enfoque

22 DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005. p.24.

emancipatório. Se com a *deregulation* objetiva-se retirar do espaço público a determinação das diretrizes de desenvolvimento econômico, o efeito é tão ou mais perverso do que a fixação dessas diretrizes por uma elite esclarecida, sem espaço para a participação qualificada dos cidadãos. No caso da *deregulation* pura e simples, cria-se um conceito de verdade incontestável, qual seja a promoção de eficiência do mercado, que acaba por mascarar as efetivas opções políticas que levam à adoção de um ambiente mais ou menos liberal. Neste caso, prevalecerá uma postura paternalista, em que os donos do conhecimento decidem por si os rumos da sociedade, em detrimento de uma postura democrática.

Verificamos, assim, que o principal problema das agências não será propriamente a falta de representatividade, mas a adoção de um discurso de homogeneidade técnica que inviabilize a compreensão e o relacionamento em um ambiente pluralista. Ou seja, o seu eventual totalitarismo se dará pela impossibilidade de exercício de múltiplos discursos e pela incapacidade de reconhecimento e assimilação de diversas identidades coletivas – mascaradas por um interesse público homogêneo de desenvolvimento econômico. Não se trata de contestar o objetivo de desenvolvimento em si, mas de dialogar sobre que forma de desenvolvimento se buscará, o que só pode acontecer em um ambiente que permita a ação política de forma mais universal, que reconheça como cidadãos mesmo aqueles que não se conformam ao discurso técnico predominante.

5 Referências

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo (Org.). *Posneoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

ARENDDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRAITHWAITE, John. Meta regulation for access to justice. In: Presentation to General Aspects of Law (GALA) Seminar Series, University of California, Berkeley, 2003. Disponível em <[http://www.law.berkeley.edu/centers/kadish/gala03/Braithwaite %20Kent.pdf](http://www.law.berkeley.edu/centers/kadish/gala03/Braithwaite%20Kent.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2007.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação, economia, sociedade e cultura*. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. v. 2.

DI PLINIO, Giampiero. *Il common core della deregulation: dallo stato regolatore alla costituzione economica sovranazionale*. Milano: Giuffrè, 2005.

DWORKIN, Ronald. ¿Existe conflicto entre Libertad e Igualdad? ¿Cómo decidir? *Actio*, n. 6, p. 56-70, mar. 2005.

_____. A igualdade importa? In: GIDDENS, Anthony (Org.). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2007.

GIDDENS, Anthony (Org.). *O debate global sobre a terceira via*. São Paulo: UNESP, 2007.

HUBER, Peter W.; KELLOGG, Michael K.; THORNE, John. *Federal telecommunications law*. 2.ed. New York: Aspen Law & Business, 1999.

JACOBS, Scott H. *The second generation of regulatory reforms*. IMF Conference on Second Generation Reforms, 8-9 November 1999. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/seminar/reforms/index.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KAGAN, Robert. Globalization and legal change: the “americanization” of european law? *Regulation & Governance*, n. 1, p. 99-120, jun. 2007. Disponível em: <<http://www.blackwellpublishing>.

com/journal.asp?ref=1748-5983&site=1>. Acesso em: 05 jul. 2007.

MORGAN, Branwen. The economisation of politics: meta-regulation as a form of nonjudicial legality. *Social and Legal Studies*, v. 12, n. 4, p. 489-523, dec. 2003. Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=542882#PaperDownload>. Acesso em: 01 jul. 2007.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra, Carl Schmitt*. Mimeo. [19--].

PELTZMAN, S. A teoria econômica da regulação depois de uma década de desregulação. In: MATTOS, Paulo (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 81-130.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser ; SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998. p. 21-39.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. *On law, politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 211 *Apud* MORGAN, Branwen. The economisation of politics: meta-regulation as a form of nonjudicial legality. *Social and Legal Studies*, v. 12, n. 4, p. 489-523, dec. 2003, Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=542882#PaperDownload>. Acesso em: 01 jul. 2007.

STIGLER, George J. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 13-49.

1.4

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL, O EXCESSO DE EMENDAS E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

GUSTAVO CALMON HOLLIDAY*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve histórico. 3 Do conceito de Constituição. 4 A constitucionalização do direito no Brasil. 5 Do excesso de emendas constitucionais e suas consequências. 6 Conclusões.

1 Introdução

O presente estudo visa demonstrar que no Brasil há um excesso na constitucionalização do direito, assim como um exagero de emendas constitucionais, resultando em consequências negativas para a estabilidade do texto constitucional e da ordem jurídica nacional¹.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro daquele ano até a presente data, a Constituição do Brasil recebeu 66 emendas em seu texto.

A Constituição é a Lei maior de um País, norma fundamental de organização do Estado e tem como objetivo principal estruturar e delimitar o poder político do Estado e garantir direitos fundamentais do seu povo.

Dessa forma, verificar-se-á que a inserção no texto constitucional de institutos que normalmente seriam regulados por normas infraconstitucionais, assim como o excesso de emendas, têm produzido efeitos negativos e indesejáveis para um País, especialmente ao ordenamento jurídico.

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

1 "Sem dúvida, a ordem constitucional de um Estado deve ser instituída para durar e sobrepair aos entrecosques políticos e econômicos que compõem a tessitura da vida em sociedade. Mas, atualmente, isso não significa que a Constituição de um país subdesenvolvido, no limiar do século XXI, possa visar à perenidade." (COMPARATO, Fábio Conder. *Muda Brasil! Uma Constituição para o desenvolvimento democrático*. 4. ed. São Paulo, Brasiliense, 1987. p. 13).

Diante dessa situação, entendemos que já se pode pensar em um movimento inverso, no sentido de excluir do texto da Constituição aquelas matérias que não tem afinidade constitucional², evitando-se as constantes modificações.

2 Breve histórico

Em razão da Emenda Constitucional nº 26³ de 27 de novembro de 1985, foi convocada uma Assembléia Nacional Constituinte para elaboração de uma nova Constituição para o Brasil⁴.

Lamentavelmente, não houve a instituição de uma Assembléia Constituinte exclusiva para elaboração da Constituição, como se desejava, adotando-se a opção pela delegação de poderes constituintes ao Congresso Nacional. Assim, em vez da eleição de um grupo exclusivo para elaboração da Constituição, essa tarefa ficou a cargo dos Deputados Federais e dos Senadores mandatários daquela época.

Apesar de muitos avanços e conquistas históricas, o que é inegável, a Constituição Brasileira, em razão de multiplicidade de ideologias dos constituintes e da diversidade de interesses envolvidos, somado à necessidade de romper com o regime de exceção que vigorava até então, foi promulgada com enorme extensão e detalhamento, inserindo-se todo o tipo de matéria em seu texto.

O Prof. Luís Roberto Barroso⁵ (2009, p.41-42) abordou com tamanha perspicácia essa questão:

Além das dificuldades naturais advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. [...]

A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu

2 Por óbvio não estamos a tratar das matérias previstas no §4º do art. 60 da CF, que são as cláusulas pétreas e não podem ser abolidas por meio de emendas.

3 A Emenda 26 foi feita a Constituição de 1967/1969.

4 Conforme se percebe, a previsão de uma constituinte para a elaboração da Constituição Federal de 1988 se deu por meio de uma emenda constitucional.

5 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2009.

tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documentos dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem geraram um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo.

A crítica, cabível e necessária, não empana o seu caráter democrático, mas apenas realça a fisionomia ainda imatura de um País fragilizado pelas sucessivas rupturas institucionais e pela perversidade de suas relações sociais [...].

O renomado Professor Português José Joaquim Gomes Canotilho, em entrevista à Revista Consultor Jurídico de 25/10/2009, em uma de suas respostas sobre a Constituição brasileira, respondeu:

[...] É um texto assentado sobre os princípios da democracia representativa, garantidor dos direitos fundamentais, mas que nem por isso deixa de ser alvo de contestação, por englobar o trato dos problemas sociais do país, a articulação dos poderes regionais e dos conflitos políticos. É uma empreitada quase impossível. É, talvez, a mais complexa Constituição, em face do volume e do detalhamento. É um fator gerador de tensões e que desafia a dialética, mas que completa vinte anos consagrando a separação de Poderes (Entrevista por Alessandro Cristo e Márcio Chaer, Revista Consultor Jurídico, 25/10/2009).

3 Do conceito de Constituição

De acordo com José Afonso da Silva⁶ (2007, p.37-38), o conceito de Constituição é:

Um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu Governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos funda-

6 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

mentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Paulo Bonavides⁷ (2001, p. 64) conceitua Constituição em seu aspecto material e formal. Segundo o renomado Jurista: “Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição de competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais, como sociais.” [...]

Quando trata do conceito formal, ensina que: “As Constituições não raro inserem matéria de aparência constitucional. Assim se designa exclusivamente por haver sido introduzida na Constituição, enxertada no seu normativo e não porque se refira aos elementos básicos ou institucionais da organização política.” (idem e ibidem).

4 A constitucionalização do direito no Brasil

Conforme explicou o Prof. Luis Roberto Barroso⁸ “a constitucionalização do direito é um fenômeno iniciado com a Constituição Portuguesa de 1976, continuado pela Constituição Espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988.”

No caso do Brasil, a Constituição de 1988 já foi promulgada com mais de 2 mil dispositivos, entre artigos incisos e parágrafos. O ex-Senador constituinte Jarbas Passarinho exemplifica afirmando: “*Fizemos até regulamentar o pagamento da hora-extra noturna. Tudo o que podia ser objeto de lei, mas toda ela infra-constitucional, foi para a Constituição. Ficou maior que um catálogo telefônico.*”

O Ministro do Supremo Tribunal Federal e ex-presidente daquela Corte, Exmo Dr. Gilmar Ferreira Mendes, manifestou-se:

7 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

8 BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito/2>. Acesso em: 03 abr. 2011.

“Se imaginava que a forma de se proteger da maneira adequada era colocar os direitos no texto constitucional. Essa parecia ser a ideologia geral. Agora, quando nós colocamos todas as questões básicas no texto constitucional, nós sabemos que, em algum momento, podemos ter que ter mudanças”.

O significado da expressão “constitucionalização do direito” pode ser entendido com pelo menos dois significados distintos; em uma primeira acepção, seria o efeito expansivo das normas constitucionais para todo o sistema jurídico, o que sem dúvida é positivo. Em uma segunda acepção, seria a incorporação ao texto da Constituição de institutos e temas historicamente previstos no ordenamento infraconstitucional.

A ânsia de inserir no ordenamento constitucional institutos jurídicos de todas as áreas do direito, tradicionalmente previstos na legislação ordinária, gera consequências negativas no ordenamento jurídico, especialmente em países como o Brasil, que possuem um sistema (judicial review) de controle de constitucionalidade amplo⁹.

Luís Roberto Barroso, no artigo acima citado, aborda esta questão:

[...] todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

⁹ Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas Constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Não podemos deixar de registrar que a Constituição Federal de 1988 surgiu como símbolo da democracia no Brasil, rompendo-se com um difícil período do autoritarismo. Talvez esse seja uma das justificativas para se lançar tantas matérias no texto constitucional e com um alto grau de detalhamento.

Verifica-se um fenômeno no mínimo curioso pois, se inserindo todo e qualquer direito na Constituição Federal, essas matérias passam a ter *status* constitucional. A partir daí, abre-se caminho para que praticamente todas as questões sejam objeto de análise em controle de constitucionalidade. Não passou despercebido o fato de a União Federal, em demandas em que foi sucumbente no STF, propor emendas à Constituição para regular situação já decidida naquela Corte Constitucional.

5 Do excesso de emendas constitucionais e as suas consequências

A Constituição Federal prevê no seu art. 60 a forma em que a mesma poder ser emendada, nos seguintes termos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I- de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II- do Presidente da República; III- de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. §1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º- A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. §3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos

Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. §5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Apesar de se exigir um processo altamente qualificado para se alterar a Constituição pelo Poder Derivado, o que leva a classificar a Constituição Federal do Brasil como rígida, o seu texto recebeu, em 22 anos de vigência, mais de 65 (sessenta e cinco) emendas.

Fernando Lemme Weiss¹⁰ (2009, p. 26) resumiu bem essa situação em sua obra, quando afirmou:

“O literalismo contaminou a Constituição Federal, acarretando a multiplicação de dispositivos que poderiam ser sintetizados em fórmulas genéricas com grande densidade principiológica, mais perenes e com função realmente ornadora e não substitutiva da legislação infraconstitucional.”

Desde logo podemos apontar duas consequências negativas advindas do fenômeno do excesso na Constitucionalização do Direito. O primeiro seria a instabilidade da Constituição; a segunda seria o aumento de demandas no Poder Judiciário, em especial as do Supremo Tribunal Federal em decorrência do aumento de matérias constitucionais.

Assim, quanto mais institutos e direitos são inseridos na Carta Constitucional, mais normas de procedimentos são criadas para ampará-los, bem como mais atribuições e competências são transferidas ao Supremo Tribunal Federal, dada a sua função de guardião e intérprete da Constituição Federal.

Deve-se ressaltar que algumas emendas foram necessárias ao aperfeiçoamento da Constituição e a adaptação às necessidades atuais, a exemplo da Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada reforma do Poder Judiciário, oportunidade em que a Constituição foi alterada, inserindo-se, dentro outros, a Súmu-

10 WEISS, Fernando Lemme. *A inflação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

la Vinculante e, também, um novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, denominado repercussão geral¹¹.

Por outro lado, apesar da constante transformação do direito, observa-se que a Constituição Federal tem recebido inúmeras emendas em seu texto, inseridas de forma desnecessária e até mesmo exagerada.

As reformas constitucionais são feitas para inserir novos institutos no corpo da Constituição ou para se alterar algo já está previsto e que precisa ser modificado¹². Dessa forma, as emendas constitucionais são ao mesmo tempo causas e consequências. São causas pois têm o poder de inserir novos institutos jurídicos na Constituição; são consequências pois no caso de modificações ao texto, estas serão feitas também por emendas, formando um círculo vicioso.

Um exemplo recente que podemos citar, é a Emenda nº 66, de 14 de julho de 2010, que alterou a redação do §6º do art. 226 da CF, e eliminou o requisito da prévia separação por mais de 1(um) ano ou comprovada separação de fato por mais de 2(dois) anos para a realização do divórcio. Inicialmente entendo, que não seria adequado tratar a separação e o divórcio em âmbito constitucional. Não obstante, para se alterar a questão do prazo, foi necessário a edição de uma nova emenda, com todos os seus trâmites legislativos, para se modificar a disciplina do divórcio.

Outro exemplo de disposição que não tem afeição constitucional e está inserida no seu texto está previsto no parágrafo 2º do artigo 242 da CF que dispõe: “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”. Ora, com todas as vênias, entendemos que não seria adequada a previsão, em âmbito constitucional, que determinado Colégio

11 A Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o §3º do Art. 102: §3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros; introduziu, ainda, o art. 103-A. O Supremo Tribunal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprova súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

12 Distingue-se da mutação constitucional que é a gradual evolução interpretativa dos seus princípios, regras e conceitos realizadas pelos operadores do direito e, em última análise, pelo STF.

seja mantido na órbita federal, podendo essa matéria ser perfeitamente disciplinada por norma infraconstitucional.

Luiz Guilherme Marinoni, na obra *Teoria geral do processo*¹³ (2008, p. 402), escreveu:

A jurisdição, no Estado constitucional, caracteriza-se a partir do dever estatal de proteger os direitos. Como é evidente, a ideia de proteção dos direitos não tem a ver com a antiga e remota concepção de tutela dos direitos privados, própria da época anterior à afirmação da autonomia do direito processual. O Estado constitucional tem o dever de proteger os direitos fundamentais, seja através de normas, atividades fáticas administrativas ou da jurisdição. Além disso, a jurisdição, no Estado contemporâneo, tem o dever de proteger todas as espécies de direitos, com isso se querendo evidenciar que o juiz, muito mais do que simplesmente aplicar a lei, tem o dever de compreendê-la a partir dos direitos fundamentais, no caso concreto.

Verificamos, assim, que existe uma excessiva e desnecessária constitucionalização dos institutos na Constituição brasileira. Ao nosso ver, a Constituição Federal deveria conter apenas as normas de caráter geral, os princípios, normas de organização de poder, direito e garantias fundamentais, deixando para a legislação infraconstitucional a regulação dos institutos e as regras de procedimento.

Cássio Scarpinella Bueno¹⁴, tratando especificamente do direito processual, dividiu o processo constitucional em quatro grupos:

O “modelo constitucional do direito processual civil brasileiro” compreende, para fins didáticos, quatro grupos bem destacados: os “princípios constitucionais do direito processual civil”, a “organização judiciária”, as “funções essenciais à Justiça” e os “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados”. Para comprovar o acerto e a amplitude da proposta metodológi-

13 MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.

14 BUENO, Cássio Scarpinella. *O “modelo constitucional do direito processual civil”: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1222960746174218181901.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2011.

ca aqui anunciada, convém tecer algumas considerações sobre cada um deles.

Mais adiante o referido autor, quando aborda o quarto grupo, que é o objeto do presente estudo, explica:

É, por fim, a Constituição Federal quem disciplina - por vezes, até com minudência típica de uma lei -, a forma pela qual o Judiciário deve-ser provocado para resolver as mais variadas questões. A esse quarto grupo do “modelo constitucional do direito processual civil”, fazem parte os “procedimentos jurisdicionais constitucionalmente diferenciados”. É o que se dá com a “tutela jurisdicional das liberdades públicas” (mandado de segurança, habeas corpus e etc.); com o controle de constitucionalidade (concentrado e difuso), com as Súmulas vinculantes do STF, com a intervenção federal e estadual, com a reclamação e com a própria execução contra a Fazenda Pública.

Quanto à matéria tributária, Fernando Lemme Weiss¹⁵ (2009, p. 2) assevera:

Após mais de cinquenta emendas, a Constituição Federal – CF – alcançou a incrível soma de 525 dispositivos reguladores da matéria tributária e orçamentária, maior do que o total da maioria das Constituições. Este montante representa três vezes e meia os centos e quarenta dispositivos sobre a matéria que continha a CF de 1967 (já mais longa do mundo). A reação ao exagero é rara e não gera eco.

Entendemos que esse fenômeno que ocorre no Brasil é desnecessário e compromete a estabilidade da Constituição Federal de 1988 e do ordenamento jurídico brasileiro.

Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 172), em trecho da obra *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*¹⁶, expõe:

15 WEISS, Fernando Lemme. *A inflação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

16 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Nos Estados atuais, com a inflação legislativa e com as complexidades originadas pela riqueza e multiplicidade das situações sociais contemporâneas, as Constituições são um remédio aos efeitos destrutivos e desagregadores do ordenamento jurídico decorrente do 'legislador motorizado' (tecnificado e mecanizado); fazem isso pela previsão de um direito mais 'alto' e 'dotado de força obrigatória' inclusive para o legislador'. Esse direito é o núcleo da Constituição.

Assim, não deve ser permitido que a Constituição se torne como um enorme código multi-disciplinar, inflada de normas de procedimentos e de disposições pontuais.

Inserir procedimentos e institutos no âmbito da Constituição Federal, sendo que normalmente deveriam ser regulados apenas pela legislação ordinária traz, de imediato, duas consequências: A primeira seria que, a cada vez que houver necessidade de se alterar o instituto, seria necessário alterar a Constituição. Com isso, o texto constitucional, que deveria ser perene¹⁷, passa a ser dinâmico com uma redação diferente a cada trimestre.

O Constitucionalista Alexandre de Moraes¹⁸ (2004, p. 569) emite sua opinião sobre o assunto:

[...] a razão da existência da lei complementar consubstancia-se no fato do legislador constituinte ter entendido que determinadas matérias, apesar da evidente importância, não deveriam ser regulamentadas na própria Constituição Federal, sob pena de engessamento de futuras alterações; mas, ao mesmo tempo, não poderiam comportar constantes alterações através do processo legislativo ordinário.

A Constituição de um país, como instrumento legal de maior importância dentro de uma estrutura jurídica, não deve conter regras de procedimento, tais como hipótese de cabimento de recurso, requisitos de admissibilidade, execução contra a Fazenda Pública (precatório) etc... No âmbito de direito material,

17 Não estamos a defender uma Constituição imutável, mas apenas que tenha um mínimo de estabilidade.

18 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

não há pertinência manter questões relacionadas à separação, divórcio...

Outra consequência negativa da constitucionalização do direito seria a ampliação da competência do Supremo Tribunal Federal. Em vez da Corte constitucional analisar apenas questões de maior relevância, teria competência para decidir sobre questões menores, visto que as regras contidas no texto constitucional passariam a ter esse *status*. Da mesma forma, no controle difuso de constitucionalidade.

É fato que quanto mais normas e regras são incluídas no texto constitucional¹⁹, mais a Constituição se distancia do texto original²⁰, correndo-se o risco de termos uma nova Constituição, sem que tenha havido uma nova constituinte.

Assim, deve ser observada e evitada a inserção desnecessária de institutos processuais e de direitos materiais no âmbito da Constituição brasileira, transformando-se a principal norma de um País em um diploma multi-disciplinar, constantemente alterado, fazendo com que se perca a sua característica principal de ordenamento condutor, que bastava conter os Princípios e os Direitos e garantias Fundamentais e as normas de organização do Poder e forma de Governo e outros temas de alçada constitucional.

Na realidade, após mais de 20 anos de vigência, já chegou o momento de se rever essa situação, promovendo-se a exclusão do texto constitucional daquilo que não for essencial e fundamental, de forma a preservar a rigidez e a importância da Constituição Federal como norma fundamental de um País.

6 Conclusões

- 1ª) No Brasil, assim como na maioria dos Países, a Constituição é a norma central e com superioridade hierárquica, estando no ápice do ordenamento jurídico. É um

19 Estima-se que existam aproximadamente 1.500 propostas de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional.

20 As reformas constitucionais se diferenciam da denominada mutação constitucional.

diploma originado em um processo democrático, contendo os mais modernos Princípios, Direitos e Garantias do mundo atual;

- 2ª) A Constituição Federal de 1988 é excessivamente detalhista e contém em seu texto matérias que normalmente deveriam estar previstas somente na legislação infraconstitucional;
- 3ª) Com as transformações sociais e evolução do direito, e considerando que a Constituição brasileira prevê inúmeros institutos e normas que não têm origem constitucional, há uma natural necessidade modificação, por meio de emendas constitucionais;
- 4ª) As constantes modificações no texto constitucional geram insegurança jurídica na medida em que impedem a estabilização das normas constitucionais²¹, além de sobrecarregar o Poder Judiciário com as arguições de inconstitucionalidade, visto que praticamente todas as áreas do direito estão previstas no texto maior com status constitucional;
- 5ª) *A Constituição Federal brasileira merece estudos com a finalidade de se avaliar um possível processo de desconstitucionalização no que pertine àquelas matérias que não têm feição constitucional, reduzindo-se o seu texto, evitando-se o excesso de reformas por meio de emendas e as suas consequências indesejáveis.*

21 Carlos Ayres de Britto, na obra *Constituição de democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001, afirma: "... As Emendas alteram mais que o Ordenamento Jurídico, elas alteram o próprio fundamento de validade do Ordenamento Jurídico. Diferentemente das Leis. As leis são editadas na pressuposição de manter íntegra a Constituição, formal e materialmente."

1.5

DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE VERSUS DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NOS SERVIÇOS PÚBLICOS: EXAME DA JURIDICIDADE DA INSTALAÇÃO DE CÂMERAS FILMADORAS NO INTERIOR DOS ÔNIBUS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 A metodologia de exame. 3 Pré-compreensão da temática a ser examinada. 4 A instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros à luz dos princípios jurídicos setoriais inerentes à prestação dos serviços públicos. 5 Da ausência de violação do direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos do transporte rodoviário de passageiros. 6 Da desnecessidade de lei autorizativa para a instalação de câmeras filmadoras no interior do ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros. 7 Da desnecessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do serviço público de transporte rodoviário de passageiros. 8 Algumas cautelas a serem adotadas. 9 Proposições conclusivas. 10 Referências.

1 A hipótese

Trata-se de exame e investigação a respeito da possibilidade jurídica de acolhimento de pedido formulado por concessionário do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, visando à instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos em perspectiva, de modo a viabilizar maior segurança no transporte rodoviário de passageiros. Segundo informa o órgão consulente, a medida

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha.

pretendida não trará qualquer impacto nas tarifas cobradas dos usuários do serviço público em tela.

2 A metodologia de exame

Sob o prisma metodológico, o exame da temática comporta, inicialmente, a verificação da validade da iniciativa do concessionário à luz do marco regulatório constitucional e infraconstitucional da prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.

Em seguida, vale investigar a consistência de algumas objeções possíveis ao acolhimento da iniciativa do concessionário, por parte do Poder Público, notadamente, a eventual violação do direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos do transporte rodoviário de passageiros; a eventual necessidade de lei autorizativa para a instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus e a eventual necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do serviço público de transporte rodoviário de passageiros. Ao final, ofertam-se algumas proposições conclusivas.

É o rumo metodológico que se pretende enveredar.

Antes, todavia, vale fixar algumas premissas necessárias à compreensão da temática a ser investigada.

3 Pré-compreensão da temática a ser examinada

Em estudos e manifestações jurídicas anteriores, temos averbado que 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.

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, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

Cuida-se, pois, da atividade de captação da inteligência e finalidade da normatividade sob investigação, a partir de determinados dados da realidade e problemas concretos. Neste sentido, a abordagem da temática ora submetida a exame parte de algumas premissas que passamos a destacar.

(i) É inegável a importância socioeconômica do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, na medida em que ele constitui, na atual realidade brasileira, em todos os níveis federativos de Poder, o modal voltado para o transporte da massa populacional, por excelência. Com efeito, o transporte rodoviário de passageiros no Brasil representa, aproximadamente, 90% (noventa por cento) dos deslocamentos realizados no país, gerando cerca de setenta mil empregos diretos e quinhentos mil empregos indiretos².

(ii) Isto se dá porque o transporte público é um dos serviços mais relevantes que incumbe ao Estado assegurar à população, pois é inegável que o transporte é meio de acesso ao trabalho, à cultura, ao lazer e ao desporto, em última análise, é instrumento de inclusão social e econômica. Por isso, assegurar um transporte coletivo adequado é, em última análise, garantir a dignidade da pessoa humana desejada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

(iii) A par disso, muito se tem discutido nos meios de comunicação em massa a respeito do transporte rodoviário coletivo de passageiros, em especial, a questão da violência praticada no interior dos ônibus, abrangendo uma ampla gama de atos ilícitos, muitas vezes criminosos, como, por exemplo, roubos, incêndios, sequestros, extorsões, estelionatos e, até mesmo, o descumprimento de deveres fundamentais de colaboração para a boa fruição do serviço público³, por parte de alguns usuários e trabalhadores do sistema de transporte rodoviário de passageiros, com graves prejuízos para toda a coletividade.

2 Sobre a problemática do transporte rodoviário no Brasil, consulte-se o estudo denominado Transporte de Passageiros, realizado no ano de 2002, pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ, encomendado pela Confederação Nacional do Transporte – CNT. Disponível em <http://www.cnt.org.br>. Acesso em: 01 jul. 08.

3 Para um exame mais detalhado a respeito dos deveres fundamentais dos usuários dos serviços públicos do transporte rodoviário de passageiros, confira-se: SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 242-255.

(iv) Em razão desse quadro fático, diversas iniciativas voltadas para o aumento da adequação, eficiência, segurança e atualidade do serviço público de transporte podem e devem ser implementadas pelo Poder Público, em parceria com as sociedades empresárias concessionárias do transporte rodoviário de passageiros, destacando-se, dentre elas, a instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus, como forma de prevenir e inibir as práticas ilícitas acima mencionadas.

(v) A medida indicada, busca, em última análise, que o serviço oferecido à sociedade seja universal, contínuo, atual, eficiente e a custos acessíveis à população, dentro da visão no sentido de que o transporte público é meio de inclusão socioeconômica, em última análise, de efetivação da dignidade da pessoa humana, valor fundamental da vida, a ser concretizado pelo Estado e pela sociedade, por meio de diversas formas de parcerias.

4 A instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros à luz dos princípios jurídicos setoriais inerentes à prestação dos serviços públicos

Desde logo, vale firmar o entendimento no sentido de que a iniciativa do concessionário, no sentido de instalar câmeras filmadoras no interior dos ônibus, concretiza diversos princípios jurídicos inerentes à prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, densificando, pela medida pretendida, a obrigação geral do transportador de fornecer aos usuários um serviço público adequado.

Destarte, a Constituição da República de 1988, em seu art. 175, p. único, IV, impõe ao Estado a obrigação de assegurar, em bases adequadas, os serviços públicos de transporte. A propósito da temática, em estudo ainda inédito, averbei:

“[...] Como decorrência lógica da imprescindibilidade do transporte rodoviário de passageiros para a promoção da dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III), a Constituição da República de 1988 previu que o complexo jurídico de atividades e obrigações direcionadas à adequada prestação do serviço de

transporte fosse fixado, no que tange aos seus aspectos estruturantes e fundamentais, num contrato, considerado especial pela própria CR/88 (CR/88, art. 175, § único, I). Essa especialidade contratual, por seu turno, se extrai da significativa importância e da imensa gama de interesses e posições jurídicas de vantagem envolvidas na prestação do serviço público de transporte rodoviário de passageiros (Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários), devendo, esse complexo de relações jurídicas, ser devidamente ponderado, harmonizado, otimizado e tutelado, por meio da atividade regulatória estatal.”⁴

Como cediço, essa obrigação constitucional se reforça tanto no marco regulatório nacional quanto no marco regulatório estadual inerente à prestação dos serviços públicos (Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º)⁵. Neste sentido, confira-se a dicção das normas mencionadas:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

4 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Concessões de serviços públicos*. Salvador: Juspodivm, 2010. (prelo).

5 No tema, já tivemos oportunidade de dizer que: “[...] O fundamental e mais amplo direito do usuário do serviço público de transporte rodoviário é o de exigir do concessionário e do regulador a prestação do serviço de forma adequada. [...] Ao contrário do que se possa inferir, “serviço adequado” [...], para fins de exigibilidade da prestação do serviço público de transporte ou do serviço de interesse econômico geral de transporte rodoviário alternativo, respectivamente, não se traduzem em conceitos jurídicos indeterminados, mas, sim, noções que devem estar minudenciadas e, portanto, devidamente explicitadas, nos pertinentes atos de delegação e consentimento, é dizer, nos respectivos editais da licitação, no contrato de concessão e no termo de autorização para o desenvolvimento do serviço de interesse econômico geral de transporte rodoviário intermunicipal alternativo, a partir da atividade regulatória levada a efeito. [...] Pode-se afirmar, também, que a “adequação” e “eficiência” são conceitos técnicos e trazem como conteúdos explícitos outros direitos públicos subjetivos aos usuários e consumidores do transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, seja o serviço público prestado por ônibus, quer o serviço de interesse econômico geral desenvolvido por Van. Tais direitos públicos subjetivos à “adequada prestação” e à “eficiente execução” do transporte rodoviário intermunicipal, por ônibus ou por Van, conforme se trate de serviço público ou serviço de interesse econômico geral, trazem explícitos outros direitos fundamentais, cujo suporte de legitimidade, no caso do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros são: regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.” SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 200-204.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Art. 7º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, eficácia, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º Para os efeitos previstos no parágrafo anterior considera-se:

- a) regularidade: a prestação dos serviços nas condições estabelecidas no contrato de concessão e nas normas técnicas aplicáveis;
- b) continuidade: a manutenção, em caráter permanente, da oferta dos serviços;
- c) eficácia: a execução dos serviços de acordo com as normas técnicas aplicáveis e em padrões satisfatórios, que assegurem o cumprimento dos objetivos e das metas da concessão;
- d) segurança: a prestação de serviços dentro das normas técnicas aplicáveis, de modo que sejam mantidos, em níveis satisfatórios, os riscos de acidentes eventualmente existentes;
- e) atualidade: a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e a expansão do serviço, na medida das necessidades dos usuários;
- f) generalidade: a universalidade da prestação de serviços;
- g) eficiência: a execução dos serviços de modo a assegurar, em caráter permanente, a busca de excelência, qualitativa

va e quantitativamente, no cumprimento dos objetivos e das metas da concessão ou da permissão;

- h) cortesia na prestação dos serviços: tratamento adequado aos usuários do serviço;
- i) modicidade da tarifa: a justa correlação entre os encargos e a remuneração da concessionária e a retribuição dos usuários.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; ou,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”

Destarte, neste contexto de adequação do serviço, a iniciativa em exame concretiza o princípio constitucional da eficiência inerente à prestação dos serviços públicos de transporte (CR/88, art. 37, *caput* c/c a Lei nº 8987/95, art. 6º c/c a Lei nº 5720/98, art. 7º).

Com efeito, o princípio constitucional da eficiência, na perspectiva da prestação dos serviços públicos delegados, se traduz, diante da realidade do contrato de concessão de que se cuide, na obrigação de máxima eficácia e efetividade na execução do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, com os menores sacrifícios socioeconômicos aos usuários do cometimento público⁶.

6 A propósito da necessária eficiência na prestação dos serviços públicos de transporte, já dissemos em estudo específico anterior sobre o tema que: “[...] Não basta que o serviço público de transporte rodoviário intermunicipal seja prestado em constante observância de todas as normas regulatórias disciplinadoras do cometimento (regularidade) e de forma ininterrupta (continuidade), sendo fundamental que o modo de gestão do serviço seja ao máximo eficaz, para o atendimento das necessidades dos usuários, com o menor sacrifício possível. [...] A eficiência constitui-se direito público subjetivo do usuário, e a sua concretização se dá através das normas regulatórias fixadas pelo regulador e disciplinadoras do cometimento, previstas no contrato de concessão. Não se trata, pois, de conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pelo órgão julgador na eventual demanda em que o usuário venha a exigir um serviço eficiente. [...] A atividade jurisdicional, como regra, circunscrever-se-á à verificação do cumprimento das normas regulatórias do serviço público de transporte ou, excepcionalmente, à declaração de sua nulidade ou ilegitimidade, nas hipóteses em que se apresentar patente a violação a princípios fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, realidade ou razoabilidade.” Ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 216-220.

No caso em tela, não há dúvida de que a instalação de câmeras no interior dos ônibus torna mais seguro e, por conseguinte, mais adequado e eficiente o serviço público de transporte rodoviário de passageiros, principalmente se a medida maximizadora do cometimento em tela não trará impacto nas tarifas cobradas dos usuários, como será visto adiante.

No mesmo contexto, a medida pretendida também dá concretude ao princípio da segurança inerente ao transporte rodoviário de passageiros (Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º). Com efeito, o princípio da segurança na prestação do serviço público de transporte, como cediço, obriga o transportador a conduzir o usuário do serviço, de maneira incólume, até o fim da viagem⁷.

Essa obrigação do transportador acauteladora da incolumidade do usuário inegavelmente se reforça na medida em que a instalação de câmeras filmadoras nos ônibus constitui um elemento de inibição da prática de ilícitos no interior dos mesmos. Daí, pois, mais um fundamento para a validade jurídica da implementação da iniciativa em estudo.

Nada obstante, não se pode olvidar que essa obrigação de segurança no transporte não se confunde com o dever de segurança pública próprio do Estado e indelegável ao concessionário prestador do serviço público em perspectiva. Aliás, seria inconstitucional e ilegal qualquer cláusula no contrato de concessão do serviço público de transporte que impusesse tal obrigação ao concessionário, pessoa jurídica de Direito Privado.

7 Sobre o princípio da segurança no transporte rodoviário de passageiros, já tive a oportunidade de averbar em estudo específico sobre a regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros: "[...] Na prestação do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros, a atenção ao princípio da segurança apresenta-se como dever fundamental do concessionário, que se obriga a transportar o usuário incólume até o local avençado. É dizer, a segurança no transporte é inerente ao próprio contrato celebrado com o usuário. Dada a relevância da segurança, resolveu o legislador federal positivá-la como princípio específico da prestação dos serviços públicos. Os critérios de segurança são definidos tecnicamente pelo regulador, com observância das normas previstas no Código de Trânsito Brasileiro, além das normas regulatórias editadas pelo CONTRAN, e criam o direito subjetivo líquido e certo do usuário a sua exigência. Tal segurança no transporte, dever máximo do concessionário, não se confunde com o dever de segurança pública, atribuição indelegável do Estado." *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 220-221.

do, a quem é interdita a prestação de serviços de segurança pública⁸.

Ademais, a medida em foco também reforça o princípio da atualidade inerente à prestação dos serviços públicos, que impõe, de maneira planejada e gradual, a modernidade das técnicas na execução do transporte rodoviário de passageiros, de modo a tornar o serviço mais cômodo aos respectivos usuários⁹.

8 Em estudo anterior sobre o tema, averbamos: “De início, não se deve confundir a segurança exigida na prestação do serviço público de transporte rodoviário, ônus legal do concessionário, assumido por ocasião da celebração do contrato de concessão, que se traduz no dever de transportar de forma incólume o usuário do serviço até o seu destino, obrigação de resultado, com o dever de segurança pública, atribuição do Estado e atividade indelegável à qualquer pessoa jurídica de direito privado. Embora ambos os deveres jurídicos advenham da necessidade de preservação do valor segurança nas relações jurídicas, seus desdobramentos não permitem inferir uma igualdade funcional, eis que o dever de segurança pública estatal é amplo, não específico e indivisível, razão pela qual nenhum cidadão tem direito à sua prestação particularizada pelo Estado, daí o motivo pelo qual a sua cobrança se operar pelo via de impostos e não taxas. De outro lado, o dever de segurança do transportador, ao contrário da obrigação de segurança pública exigida do Estado, é restrito, específico e divisível, no sentido de se poder identificar os destinatários do dever de segurança no transporte rodoviário, ou seja, os usuários do serviço público. Entender que ambos os institutos se confundem e que, portanto, deve o transportador prestar os serviços de segurança pública e responder pelos danos decorrentes de ausência do cumprimento tal mister, de incumbência estatal, frise-se, encontra insuperáveis óbices de natureza jurídica, pois equivale a admitir a descentralização, para uma pessoa jurídica de direito privado, de atividade tipicamente estatal, que pressupõe, para o seu exercício, a supremacia do interesse público sobre o privado, atividade dotada de coercitividade, portanto, própria do Estado. [...] Ademais, ainda que superado tal argumento, fundado nas mais elementares premissas de direito público, deve-se levar em consideração que a proposta oferecida pelo concessionário, por ocasião da licitação para a concessão do serviço, efetivamente não levou em conta a segurança pública dos cidadãos, exatamente por se constituir dever estatal, ou seja, por ser obrigação própria e indeclinável do Estado. Sob uma perspectiva mais positivista, a cláusula editalícia ou contratual neste sentido seria de duvidosa constitucionalidade, por violação aos postulados regentes do dever constitucional de segurança pública. Portanto, ainda que absurdamente se entenda ser imposto tal dever ao concessionário, haveria necessidade de previsão contratual neste sentido e, por conseguinte, remuneração proporcional por tal ônus, o que traz o inconveniente político-social para o usuário da perda da modicidade da tarifa. E, eventualmente, do próprio acesso ao serviço público, o que se apresenta inadmissível. O que não se apresenta lícito, uma vez inadmitida constitucionalmente a cláusula neste sentido, é responsabilizar, de forma superveniente, o transportador rodoviário por um dever que não assumiu e nem poderia assumir quando da celebração do contrato de concessão, por constituir manifesta violação ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e, por via transversa, aniquilar a segurança jurídica inerente às relações jurídicas em geral e às contratações administrativas em particular.” *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 287-294.

9 Em estudo anterior, averbei: “Não basta que o serviço seja prestado de forma regular, contínua, segura e eficiente. Com efeito, tem o usuário do serviço público de transporte rodoviário intermunicipal de passageiros o direito subjetivo à atualização das técnicas da prestação do serviço, visando a sua maior comodidade. O princípio da atualidade é conexo ao princípio da eficiência, que possui amplitude muito maior. Destarte, pelo princípio da atualidade, exige-se que o concessionário empregue, dentro do possível e na forma definida pelo regulador, as técnicas mais avançadas em matéria de transporte [...]. Assim, a eficiência diz respeito ao emprego de técnicas mais eficazes em qualquer setor do contrato, enquanto a atualidade, no contrato de transporte, se refere à modernidade do modal utilizado. [...] O usuário do serviço, portanto, possui o direito de exigir, perante o regulador, a atualidade de transporte, que deverá, em qualquer caso, estar em equilíbrio com a remuneração paga ao transportador. Poderá, outrossim, pleitear ao Poder Judiciário a observância, pelo transportador, das normas fixadas pelo regulador, não podendo o órgão julgador, como regra, se substituir ao regulador e expressar, no caso concreto, como deve proceder o transportador para manter atualizado o serviço público em foco.” *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 221-225.

Logo, a inserção de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados para a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros concretiza, com especial realce, os princípios constitucionais da adequação e da eficiência, assim como os princípios da segurança e da atualidade inerentes ao serviço público de transporte rodoviário de passageiros, concretizando, portanto, o disposto nos arts. 175, parágrafo único c/c art. 37, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988 c/c o art. 6º da Lei nº 8987/95 c/c o art. 7º da Lei nº 5720/98.

Assentada a juridicidade da medida, cabe examinar, nos itens seguintes, algumas objeções possíveis à validade da iniciativa pretendida.

5 Da ausência de violação do direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos do transporte rodoviário de passageiros

Desde logo, cabe dizer que a iniciativa pretendida não viola o direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos do transporte rodoviário de passageiros.

Destarte, em que pese à relevância e fundamentalidade substancial do direito à privacidade, verdadeira perspectiva inerente à própria dignidade da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III c/c art. 5º, X), não se pode olvidar que quem se utiliza do serviço público de transporte coletivo, enquanto cometimento de amplo acesso ao público, renuncia, temporária e parcialmente, à pequena parcela da sua privacidade, em razão da fruição coletiva do serviço, por todos que trabalham e ingressam diariamente nos ônibus.

Essa pequena e parcial renúncia do direito fundamental à privacidade se justifica e se legitima, na mesma matriz constitucional, que, em vista da preservação da própria integridade psíquica e física da pessoa humana (CR/88, art. 1º, III), impõe

certos condicionamentos aos demais direitos fundamentais, que não ostentam caráter absoluto¹⁰.

É o que ocorre no caso vertente, em que o mencionado direito fundamental à privacidade entra em rota de colisão com outros direitos fundamentais, como àqueles inerentes à solidariedade pertinente à vida em sociedade, à segurança, à eficiência e à adequação dos serviços públicos prestados pelo Estado (CR/88, art. 3º, I c/c art. 5º, *caput* c/c art. 37, *caput* c/c art. 175, parágrafo único). É dizer, essa renúncia ocorre em benefício de todos os demais usuários do sistema de transporte público, já que todos do grupamento social têm interesse no cometimento público mais adequado, eficiente, seguro e atual.

Assim, na delicada ponderação entre o direito fundamental à privacidade, enquanto perspectiva da dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais inerentes à solidariedade na convivência em sociedade, à segurança, à eficiência e à adequação dos serviços públicos prestados pelo Estado, há que se ter uma redução, ainda que mínima e temporária, da eficácia do primeiro, que, portanto, deve ceder.

Com efeito, a restrição ao direito fundamental à privacidade se justifica, no caso vertente, tendo em vista que o meio utilizado, ou seja, a instalação de câmera no interior dos ônibus, é adequado às finalidades pretendidas, quais sejam, maior adequação, eficiência, segurança e atualidade na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.

Ademais, além de necessária, a medida também é exigível, tendo em vista a imprescindibilidade da adoção de mecanismos

10 Em sentido semelhante parecer ser o magistério doutrinário de BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 367-371, ao averbarem: "[...] A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento [...] pode sobrepujar a pretensão de "ser deixado só". José Afonso da Silva, ao discorrer sobre o direito à vida privada, assevera que a vida da pessoa humana, estudada sob o aspecto interior e exterior, neste último caso, "[...] que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública." SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 211-212. Ao que parece, no mesmo sentido, MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 528, ao expressar, a respeito do direito à privacidade, que, "[...] na esfera social, as pessoas humanas procuram satisfazer os seus interesses enquanto membros da sociedade, comportando os fatos que são suscetíveis de conhecimento por todos."

e técnicas que tornem o transporte público mais adequado, eficiente, seguro e atual, notadamente quando o sacrifício do direito fundamental à privacidade do usuário for mínimo, em vista dos benefícios sociais obtidos, e a melhoria no serviço não ensejar gravame econômico nas tarifas cobradas dos usuários, a demonstrar, pois, a proporcionalidade e o equilíbrio da iniciativa, no caso em tela.

Essas conclusões podem ser extraídas, também, do próprio ordenamento infraconstitucional. Com efeito, o Código Civil brasileiro vigente, ao tratar dos direitos da personalidade, a partir da interpretação aberta e sistêmica da codificação, admite, em prol da manutenção da ordem pública, como no caso vertente, a exposição moderada da privacidade e a utilização da imagem da pessoa humana (CCB/2002, art. 20, *caput* c/c art. 21)¹¹.

Não se pode olvidar, também, que a doutrina e a jurisprudência admitem a renúncia, parcial e temporária, de direitos fundamentais, consoante se infere do Enunciado nº 4 do Colendo Conselho da Justiça Federal, ao expressar que o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes e gerais.

Por tais razões, a utilização de câmeras no interior dos ônibus não viola o direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros.

11 Neste sentido parece ser o entendimento de: BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 101-102; DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50-51; VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 154-155; CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 51-56 e 70-71; BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 44-58. No tema, Paulo José da Costa Júnior assevera, com propriedade: "[...] Pelo contrário, os limites da proteção legal deverão dispor de suficiente elasticidade. O homem, enquanto indivíduo que integra a coletividade, precisa aceitar as delimitações que lhe são impostas pelas exigências da vida em comum. E as delimitações de sua esfera privada deverão ser toleradas tanto pelas necessidades impostas pelo Estado quanto pelas esferas pessoais dos demais concidadãos, que poderão perfeitamente conflitar ou penetrar por ela. Hipóteses se configuram em que o interesse do indivíduo é superado pelo interesse público, justificando-se o sacrifício da intimidade." COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Agressões à intimidade: o episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 37-40.

6 Da desnecessidade de lei autorizativa para a instalação de câmeras filmadoras no interior do ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros

Adiante nas considerações, cabe assentar, também, a desnecessidade de lei autorizativa para a instalação de câmeras filmadoras no interior do ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros. E as razões são de fácil entendimento.

Em primeiro lugar, porque a medida concretiza diretamente as normas constitucionais e legais acima aludidas, notadamente os princípios jurídicos da adequação, eficiência, segurança e atualidade na prestação dos serviços públicos (CR/88, art. 175, parágrafo único c/c art. 37, *caput* c/c Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º), a dispensar, pois, a necessidade de lei tratando da matéria.

Em segundo lugar, por se tratar de alteração de obrigação executiva do concessionário do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, essa mutação obrigacional se perfaz pela alteração do contrato de concessão regente do cometimento público em tela, eis que se cuida de modificação de cláusula inerente à forma de execução do serviço público.

Ademais, cabe registrar que a edição de lei autorizativa na hipótese, seja de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, seja de iniciativa do Poder Legislativo, seria de duvidosa juridicidade constitucional. Destarte, conforme a dicção da Constituição da República, a prestação de serviços públicos será efetivada diretamente pelo Poder Público ou, indiretamente, sob o regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, que dará ensejo a um contrato administrativo especial (CR/88, art. 175, parágrafo único)¹².

Neste particular, através do contrato de concessão, serão veiculadas as exigências necessárias para a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos, visando ao pleno atendimento dos usuários, condições estas que garantam a regularidade, con-

12 Neste sentido, ver SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 341-382.

tinuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas a serem cobradas dos usuários (Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º).

Significa dizer, cabe ao Poder Concedente a obrigação de atualizar a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, com a conseqüente e saudável modernização de equipamentos e instalações, dentro da sua incumbência legal de regulamentar o serviço e zelar pela boa qualidade de sua execução (Lei nº 8987/95, art. 29, I e VII c/c Lei nº 5720/98, art. 29, I e VII).

Nesta ordem de ideias, como regra geral, a lei constitui via imprópria para o estabelecimento de novos encargos contratuais, ainda que atinentes às cláusulas do serviço, para as delegações do serviço de transporte rodoviário de passageiros.

E assim se considera pelo fato de que propostas legislativas neste sentido estão indissociavelmente conexas à forma de gestão do contrato de concessão, razão pela qual se inserem no âmbito da discricionariedade do administrador público que, diante do caso concreto, avaliará, após prévios estudos técnicos e econômicos, em que termos o serviço público pode ser prestado de forma a assegurar a manutenção de sua segurança e atualidade e, conseqüentemente, de sua eficiência.

Portanto, a iniciativa do Poder Legislativo, sob a forma ou condições em que o serviço público deva ser prestado, constitui ingerência desnecessária, diante do sistema de tripartição das funções dos Poderes da República, todos autônomos e independentes entre si, conforme acentua a matriz constitucional (CR/88, art. 2º).

Logo, leis com este desiderato podem dar ensejo à argumentação de violação ao princípio constitucional fundamental da separação e independência dos Poderes, sendo, portanto, inconstitucionais. No máximo, só têm o condão de introduzir mera sugestão ao Chefe do Poder Executivo, de modo que este, no exercício de suas atribuições constitucionais, decidirá com base nos critérios de oportunidade e conveniência técnica, à luz do interesse público, implementar ou não, no contrato de concessão em vigor, as modificações sugeridas pelo Poder Legislativo.

Ademais, não pode o Poder Legislativo estabelecer, via iniciativa parlamentar, normas específicas atinentes à prestação do transporte rodoviário de passageiros. Isto porque, o Poder

Legislativo, ao fixar regras específicas sobre a prestação do serviço, extrapola seu leque de atribuições que, conforme estabelece a matriz constitucional, se restringe à edição de comandos gerais e abstratos.

Tais comandos gerais, por sua vez, devem ser observados e concretizados pelo Chefe do Poder Executivo, por ocasião da gestão do serviço público, sendo certo que, no exercício da direção superior da Administração Pública (CR/88, art. 84, II), como dito, fixará as condições necessárias para a adequada prestação do transporte rodoviário de passageiros.

Logo, não há necessidade de lei específica autorizativa no caso em exame, pois a medida densifica diretamente as normas principiológicas aludidas, por meio do contrato de concessão. Assim, uma vez configurada a desnecessidade da norma legal disciplinadora da matéria, a sua instituição constitui atitude estatal irrazoável e desproporcional¹³, o que não se pode admitir.

13 A propósito da necessária razoabilidade das leis, já assentou o E. STF: “[...] Como se sabe, a exigência de razoabilidade traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O exame da adequação de determinado ato estatal ao princípio da proporcionalidade, *exatamente* por viabilizar o controle de sua razoabilidade, com fundamento no art. 5º, LV, da Carta Política, *inclui-se*, por isso mesmo, no âmbito da própria fiscalização de constitucionalidade das prescrições normativas emanadas do Poder Público. Esse entendimento é prestigiado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, já advertiu que o Legislativo *não pode* atuar de maneira imoderada, *nem formular* regras legais cujo conteúdo revele deliberação *absolutamente divorciada* dos padrões de razoabilidade. *Coloca-se em evidência*, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - *enquanto coeficiente de aferição* da razoabilidade dos atos estatais (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 56-57, itens ns. 18-19. ; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 46, item n. 3.3.) - *como postulado básico de contenção* dos excessos do Poder Público. *Essa é a razão* pela qual a doutrina, *após destacar* a ampla incidência desse postulado *sobre os múltiplos aspectos* em que se desenvolve a atuação do Estado - *inclusive* sobre a atividade estatal de produção normativa - *adverte que o princípio da proporcionalidade*, essencial à *racionalidade* do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, *proíbe* o excesso e *veda* o arbítrio do Poder, *extraindo* a sua justificação dogmática de *diversas cláusulas* constitucionais, *notadamente* daquela que veicula, *em sua dimensão substantiva ou material*, a garantia do “*due process of law*” (STUJMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 159-170; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 111-112, item n. 14. ; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 352-355, item n. 11.). Como precedentemente enfatizado, o *princípio da proporcionalidade* visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, *notadamente* no desempenho da atividade de caráter legislativo. *Dentro dessa perspectiva*, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, *atua* como verdadeiro parâmetro de aferição *da própria* constitucionalidade material dos atos estatais. *Isso significa*, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este *não dispõe* de competência para legislar *ilimitadamente*, *de forma imoderada e irresponsável*, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de *absoluta distorção* e, até mesmo, de *subversão* dos fins que regem o desempenho da função estatal. *A jurisprudência constitucional* do Supremo Tribunal Federal, bem por isso, *tem censurado* a validade jurídica de atos estatais, que, *desconsiderando* as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, *veiculam* prescrições que *ofendem os padrões de razoabilidade* e *que se revelam destituídas* de causa legítima, *exteriorizando* abusos inaceitáveis e *institucionalizando* agravos inúteis e nocivos aos direitos das pessoas (RTJ 160/140-141, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 176/578-579, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 1.063/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 103529-MC - SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJE de 23.04.2010. Noticiado no *Informe de Jurisprudência do STF*, n. 585, maio 2010 – grifos no original.

7 Da desnecessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão do serviço público de transporte rodoviário de passageiros

Como regra geral, quando se tratar de imposição obrigacional, feita pelo Poder Concedente, aumentando os encargos contratuais do concessionário, no sentido tornar mais adequada a prestação do serviço público, haverá a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que constitui, como se sabe, direito subjetivo do prestador do serviço público.

Todavia, no caso vertente, não haverá necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em se tratando de iniciativa do próprio concessionário, pois, ao instalar câmeras filmadoras no interior dos ônibus, naturalmente, prevenirá e inibirá eventuais infrações nos coletivos e, por conseguinte, ensejará um incremento na receita obtida na prestação dos serviços, em razão do aumento na arrecadação nas tarifas cobradas dos usuários.

Esse incremento de receita, pois, ao que tudo indica, compensará os custos inicialmente incorridos pelo concessionário do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, razão pela qual não haverá necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Nada obstante esse quadrante geral a respeito da iniciativa do concessionário em instalar câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, algumas cautelas procedimentais se fazem necessárias, como se passa a demonstrar no item seguinte.

8 Algumas cautelas a serem adotadas

Assim, visando à operacionalidade da instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, algumas cautelas procedimentais, dentre outras possíveis, se fazem necessárias, consoante se passa a enumerar.

Assim, haverá a necessidade de alteração do contrato de concessão para incluir e detalhar a nova obrigação do concessionário, inclusive prevendo, dentre outros aspectos: (i) o prazo para a instalação dos equipamentos; (ii) a padronização dos equipamentos a serem instalados; (iii) a responsabilidade e a periodicidade da manutenção dos equipamentos, a cargo do concessionário; (iv) a ausência de ônus econômico-financeiro para o Poder Concedente e para os usuários em razão da implementação da medida e (v) o eventual encaminhamento, pelo Poder Concedente, dos vídeos para os órgãos de segurança pública, dentre outras medidas.

9 Proposições conclusivas

Pelo que foi exposto, é possível ofertar algumas proposições conclusivas:

1. A inserção de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados para a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros concretiza os princípios constitucionais da adequação e da eficiência, assim como os princípios da segurança e da atualidade inerentes ao serviço público de transporte rodoviário de passageiros, efetivando o disposto no art. 175, parágrafo único c/c art. 37, *caput*, ambos da Constituição da República de 1988 c/c o art. 6º da Lei nº 8987/95 c/c o art. 7º da Lei nº 5720/98.
2. A utilização de câmeras no interior dos ônibus não viola o direito fundamental à privacidade dos usuários dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros e realiza um conjunto de direitos fundamentais como àqueles inerentes à solidariedade pertinente à vida em sociedade, à segurança, à eficiência e à adequação dos serviços públicos prestados pelo Estado (CR/88, art. 3º, I c/c art. 5º, *caput* c/c art. 37, *caput* c/c art. 175, parágrafo único c/c Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º).

3. A utilização de câmeras no interior dos ônibus utilizados para a prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros não necessita de lei autorizativa, seja porque concretiza diretamente diversas normas constitucionais e legais aplicáveis, notadamente os princípios jurídicos da adequação, eficiência, segurança e atualidade na prestação dos serviços públicos (CR/88, art. 175, parágrafo único c/c art. 37, *caput* c/c Lei nº 8987/95, art. 6º c/c Lei nº 5720/98, art. 7º), seja porque se trata de alteração de obrigação executiva do concessionário do serviço público de transporte rodoviário de passageiros, que deve se perfazer pela modificação do contrato de concessão regente do cometimento público em tela.
4. No caso vertente, não haverá necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em se tratando de iniciativa do próprio concessionário, pois, ao instalar câmeras filmadoras no interior dos ônibus, naturalmente, prevenirá eventuais infrações nos coletivos e, por conseguinte, ensejará um incremento na receita obtida na prestação dos serviços, em razão do aumento na arrecadação nas tarifas cobradas dos usuários. Esse incremento de receita, pois, ao que tudo indica, compensará os custos inicialmente incorridos pelo concessionário, razão pela qual não haverá necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.
5. Visando à operacionalidade da instalação de câmeras filmadoras no interior dos ônibus utilizados na prestação dos serviços públicos de transporte rodoviário de passageiros, sugere-se a adoção de algumas cautelas procedimentais, a partir da alteração do contrato de concessão, para incluir e detalhar a nova obrigação do concessionário, inclusive prevendo, dentre outros aspectos: (i) o prazo para a instalação dos equipamentos; (ii) a padronização dos equipamentos a serem instalados; (iii) a responsabilidade e a periodicidade da manutenção dos

equipamentos, a cargo do concessionário; (iv) a ausência de ônus econômico-financeiro para o Poder Concedente e para os usuários em razão da implementação da medida e (v) o eventual encaminhamento, pelo Poder Concedente, dos vídeos para os órgãos de segurança pública, dentre outras previsões.

10 Referências

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão *versus* direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. 3, p. 101-102.

_____. *Temas de direito constitucional: fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 5.

BITTAR, Carlos Alberto. *O direito civil na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Luís Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Ano de 2002. Disponível em: <http://www.cnt.org.br>. Acesso em: 01 jul. 2008.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Agressões à intimidade: o episódio Lady Di*. São Paulo: Malheiros, 1997.

DONEDA, Danilo. Os direitos de personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral no novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 50-51.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Concessões de serviços públicos*. Salvador: Juspodivm, 2010. (prelo).

_____. *Regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 103529-MC - SP, Rel. Min. Celso de Mello, decisão publicada no DJE de 23.04.2010. Noticiado no Informativo de Jurisprudência do STF nº 585, maio 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

1.6

BREVES NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE*

JASSON HIBNER AMARAL**

A grande dificuldade da garantia da impessoalidade estatal reside na circunstância de que as suas atividades são desempenhadas pelas pessoas, cujos interesses e ambições afloram mais facilmente ali, em razão da proximidade do Poder e, portanto, da possibilidade de realizá-las, valendo-se para tanto da coisa que é de todos e não apenas delas.

Carmem Lúcia Antunes Rocha

A Administração Pública vale exatamente o quanto valem os homens que a compõem.

Pierre Escoube

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O princípio da impessoalidade na Constituição Federal de 1988. 3 Fundamentos do princípio da impessoalidade. 4 O princípio da impessoalidade na doutrina brasileira. 5 Impessoalidade como imparcialidade. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Introdução

Embora a afirmação sofista segundo a qual “nomes são simples rótulos que sobrepomos às coisas” tenha alçado o *status* de *topos*, não se pode perder de vista que o uso reiterado dos nomes, sem dúvida, em algum momento, faz com que se tornem *significantes* e, portanto, remetam a determinado(s) *significado(s)*. E por mais vaga que a ideia de impessoalidade se

* Síntese de seminário apresentado pelo autor em novembro de 2004, no Curso de Mestrado da UERJ, como um dos requisitos para aprovação na disciplina Princípios Gerais de Direito do Estado, ministrada pelo professor Doutor Humberto B. Ávila.

** Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Professor de Direito Constitucional em cursos de graduação e pós-graduação em Vitória/ES e Brasília/DF. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

nos apresente neste momento, o cotejo desta ideia, ainda que volátil, com a prática cotidiana da Administração Pública brasileira revela sua total infirmação.

A começar pela prática usual de se ter a foto do Chefe do Executivo em todos os órgãos da Administração Pública¹, como resquício de uma cultura herdada do Absolutismo, em que a *pessoa do Estado* se confundia com a *pessoa do Monarca*, e passando por vários outros exemplos, onde se destaca a questão da normalidade como se pratica e encara o nepotismo, vê-se que a impessoalidade é princípio que carece de maior efetividade.

Para tanto, expoentes da nossa nova doutrina têm se esforçado em atribuir ao princípio significado autônomo, desvinculando-o da ideia de igualdade, a qual classicamente sempre esteve atrelado, para conectá-lo à ideia de imparcialidade, como já vem ocorrendo no direito comparado, principalmente nos ordenamentos ibéricos.

O propósito deste breve estudo é analisar o princípio da impessoalidade no ordenamento jurídico brasileiro, seus fundamentos e a possibilidade de desvinculá-lo do princípio da igualdade. Num primeiro momento, apresentar-se-á breve panorama acerca do entendimento doutrinário do princípio, demonstrando-se como nossos autores divergem no que tange à conceituação e alcance da impessoalidade. Depois, demonstrar-se-á a tendência contemporânea de se extrair deveres autônomos decorrentes do princípio da impessoalidade, o que se faz associando-o a ideia de imparcialidade, discutindo-se, ao final, a validade das premissas utilizadas pelos autores para diferenciá-lo do princípio da igualdade.

2 O princípio da impessoalidade na Constituição Federal de 1988

Insculpido no artigo 37² *caput*, da Constituição Federal, o princípio da impessoalidade ultrapassa as barreiras de sua

1 Como se o Estado não tivesse personalidade jurídica própria e sua atividade administrativa não fosse contínua, mas se tratasse da Administração "daquele chefe" ou "daquele partido político" momentaneamente no poder. Em outras palavras, como se ainda estivéssemos num governo de pessoas, e não de leis.

2 Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, *impessoalidade*, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (*grifos nossos*).

delimitação constitucional [Título III (Da Organização do Estado), Capítulo VII (Da Administração Pública)], na medida em que é corolário direto dos sobreprincípios que fundam a República Federativa do Brasil e que podem ser extraídos dos artigos 1º ao 4º da Carta da República. Neste sentido, a doutrina é praticamente unânime em afirmar que não se trata de princípio específico da Administração Pública, consoante aparentemente prescreve o texto constitucional, mas de norma a qual estão vinculados todos os poderes do Estado³. Tanto é assim que a elaboração normativa não pode revestir-se de caráter pessoal, isto é, a lei não pode ser elaborada tendo em vista o rosto de determinado(s) administrado(s), sob pena de ofensa à impessoalidade. No caso do Judiciário, por outro lado, basta atentar para que os impedimentos e suspeições dos magistrados nada mais são que decorrência direta do dever de imparcialidade, que tem como fundamento imediato a impessoalidade (e como fundamento mediato, sem qualquer dúvida, a igualdade).

Na verdade, se levarmos em conta que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (CF, artigo 1º, *caput*) que tem como fundamento, dentre outros, a dignidade humana (inciso III ao artigo 1º) e onde todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*), o que indubitavelmente se extrai dos artigos 1º ao 5º da Constituição Federal, pode-se afirmar que o princípio da impessoalidade nem precisaria estar expresso no artigo 37, *caput* da Constituição Federal, na medida em que decorre diretamente desses princípios e sobreprincípios que são seu fundamento.

Ao nosso ver, o princípio da impessoalidade nada mais representa do que uma densificação possível dos sobreprin-

3 Não só porque o princípio é corolário direto dos sobreprincípios que fundam a República Federativa do Brasil, mas também porque todos os órgãos do poder exercem função administrativa, e o fazem em nome do público, com verbas públicas, e para o público, devendo, portanto, fazê-lo em estrita obediência aos princípios constitucionais atinentes à administração pública. Note-se aqui, que a expressão "administração pública" portanto, não se cinge aos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, a quem, por excelência, é atribuída a função administrativa preponderante, mas a toda função administrativa desempenhada pelo Estado, o que inclui as atividades praticadas também no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário (cuja administração também é custeada pela sociedade e deve pautar-se pelas normas constitucionais).

cípios fundantes do ordenamento jurídico brasileiro⁴ que, muito mais do que um significado autônomo, tem como principal função a de servir de ponte entre os princípios estruturais e os deveres deles advindos (o que não é pouco). No entanto, como se verá adiante, a doutrina insiste, ainda sem lograr êxito, em dissociá-lo do princípio da igualdade, demonstrando uma preocupação exagerada em distingui-lo de referido princípio⁵ (como se dizer que determinada conduta ofende o princípio da igualdade ou ofende o princípio da impessoalidade trouxesse alguma diferença em termos de violação à Constituição).

3 Fundamentos do princípio da impessoalidade

Na Constituição Federal de 1988, que é o objeto sobre o qual se assenta este breve estudo, pode-se encontrar uma gama de sobreprincípios e princípios a fundamentarem e lançarem os contornos da impessoalidade, a saber: o Estado de Direito, o princípio democrático, o princípio republicano e os direitos fundamentais, onde se destaca o direito à igualdade de tratamento por parte do Estado (princípio da igualdade).

O Estado de Direito fundamenta o princípio da impessoalidade na medida em que significa a superação das monarquias absolutistas, onde a vontade do Estado nada mais era que a vontade do soberano. No Estado de Direito o Estado é a pessoa e o Direito é a sua vontade, traduzindo os fins a serem perseguidos, previamente estabelecidos pelos próprios destinatários das normas (em se tratando também de Estado Democrático). No Estado de Direito funda-se a impessoalidade na medida em que a atividade estatal é pautada pela lei e deve levar em conta os interesses individuais e coletivos de todos os administrados, e não de pessoas determinadas.

4 O que é mais um argumento em favor da desnecessidade de sua previsão expressa.

5 Para justificar esta distinção, o que se vê, na maioria das vezes, é nada mais que uma redução da amplitude do significado da igualdade. Em outras palavras, para dar conteúdo autônomo à impessoalidade os autores, por via oblíqua e talvez sem se dar conta, acabam, na verdade, é reduzindo o conteúdo da igualdade o que, ao nosso ver, não implica qualquer tipo de avanço na matéria (mas apenas uma troca de palavras).

O princípio democrático, assentado na soberania popular, faz com que todos tenham o mesmo valor no momento de escolher os representantes responsáveis pela votação das normas que ao povo retornarão. E se o poder é do povo e a ele retorna sob a forma de normas igualmente válidas para todos, a conduta dos representantes do povo, que em nome dele exercem um poder funcional, deve pautar-se sempre em critérios supra-individuais, o que significa levar em conta sempre, a um só tempo, os interesses de cada um e de todos os indivíduos que juntos detêm a titularidade da soberania.

O princípio da igualdade, por sua vez, exige que as decisões estatais sejam tomadas sem a consideração da pessoa, mas com a consideração objetiva dos pontos de vista estabelecidos em lei. No dizer de Carmem Lúcia Antunes Rocha⁶, à generalidade da lei (o que é necessário para garantia da igualdade) corresponde (ou deve corresponder) a impessoalidade da administração (o que, ao nosso sentir, corrobora o entendimento de que o princípio da igualdade, na acepção formal e substantiva, engloba o princípio da impessoalidade).

4 O princípio da impessoalidade na doutrina brasileira

A análise do princípio da impessoalidade na doutrina brasileira revela que a esta norma têm sido atribuído diferentes significados e alcances, conforme o autor estudado.

Assim é que Hely Lopes Meirelles⁷ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁸ tendem a conceituá-lo como o princípio da fina-

6 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

7 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 89-90. Afirma o saudoso mestre que "O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal".

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 68-69. Segundo o autor "Pode-se conceituar o princípio da finalidade como a orientação obrigatória da atividade administrativa ao interesse público especificamente explícito ou implícito na lei.

Com efeito, ao estabelecer, o legislador, qual a finalidade da ação do agente administrativo, proíbe-o de considerar quaisquer inclinações ou interesses pessoais. Essa é a característica, destacada pela Constituição com a designação, que preferiu, de princípio da impessoalidade (art. 37, caput), que já levava Cirne Lima a definir a boa administração como a que prima pela "ausência de subjetividade".

lidade, enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁹, além da relação com a finalidade pública, vê no princípio o fundamento para a imputação dos atos administrativos à Administração, e não à pessoa do agente que o pratica.

Noutra esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰ o identifica com o princípio da igualdade, no que é acompanhado por vários outros autores¹¹.

Há ainda quem identifique a impessoalidade com a moralidade, como faz Ives Gandra da Silva Martins¹².

Enfim, alguns autores procuram seguir a tendência atual de buscar um significado autônomo para a impessoalidade, o que fazem aproximando-o da ideia de imparcialidade. Entre estes, Lucia Valle Figueiredo¹³, Carmem Lúcia Antunes Rocha¹⁴ e Ana Paula Oliveira Ávila¹⁵.

A verdade, ao nosso ver, é que a falta de efetividade do princípio da impessoalidade deve-se muito mais a um problema cultural que propriamente técnico. Não que este último não exista.

-
- 9 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 71. Assevera a autora que validação de atos praticados, por exemplo, por funcionário cuja investidura no órgão da administração se deu de forma irregular, é decorrência da aplicação do princípio da impessoalidade. Nas suas palavras: "Outra aplicação desse princípio encontra-se em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público". Vale lembrar que boa parte da doutrina justifica a validação de atos praticados nestas condições, diferentemente de Di PIETRO, no princípio da proteção da confiança ou ainda na boa fé objetiva.
- 10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 70. Leciona o autor que o princípio da impessoalidade "não é senão que o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Nele, se traduz a ideia de que o Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas". Além disso, como "todos são iguais perante a lei", a fortiori teriam de sê-lo perante a Administração".
- 11 Dentre os quais Edmir Netto de Araújo, Wolgran Junqueira Ferreira e Diógenes Gasparini, conforme elenca, em amplo trabalho sobre o tema, ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 300 e ss.
- 12 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os princípios da moralidade pública e da impessoalidade da Administração. *Boletim de Direito Administrativo*, p. 1-12, jan.1992. Pontifica o autor que "A Administração Pública tem que ser impessoal, sem favorecimentos a quem quer que seja, aplicando as leis do país, por igual, a todos os cidadãos, residentes ou pessoas que aqui transitam, visto que apenas nas monarquias absolutas ou nas ditaduras os 'amigos do rei' são favorecidos e os 'inimigos' perseguidos. "À evidência, não se pode falar em impessoalidade sem falar em moralidade, eis que é esta que dá a coloração maior daquela, tornando o administrador um justo servidor público na medida em que não cria privilégios, nem oferta tratamentos desisonômicos e preferenciais". Cabe observar, ainda, que também o Ministério Público Federal associa a noção de impessoalidade a de moralidade, como restou claro ao aduzir, recentemente, em pedido protocolado junto ao Tribunal de Contas da União requerendo a apuração de práticas de nepotismo no Congresso Nacional, que tal conduta, classicamente tida como vício da impessoalidade, ofende também o princípio da moralidade administrativa.
- 13 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- 14 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- 15 AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Existe e não requer grande labor identificá-lo na dificuldade que a doutrina nacional ainda tem de manusear os princípios, notadamente na sua modalidade de eficácia que se pode designar *integradora*. Mas se este problema pode ser sanado com certa facilidade, o primeiro requer o rompimento com paradigmas que estão no pano de fundo das relações Administração/Administrados desde a época colonial (os paradigmas do paternalismo, patrimonialismo, privatização do público, coronelismo e tudo mais que caracteriza nossos ciclos do atraso). São estas, na verdade, as causas da carência de efetividade do princípio da impessoalidade¹⁶.

5 Impessoalidade como Imparcialidade

Com o desiderato de municiar com maior robustez o princípio, parte da doutrina nacional, atenta aos estudos de direito comparado, tem acompanhado a tendência de procurar dar autonomia ao princípio da impessoalidade, distinguindo-o da igualdade e identificando-o como fundamento dos deveres de imparcialidade.

É o que faz Ana Paula Oliveira Ávila, em profundo trabalho sobre a matéria¹⁷. Para demonstrar a diferença entre os princípios da igualdade e impessoalidade a autora vale-se de duas justificações, colhidas dos trabalhos de Lucia Valle Figueiredo¹⁸ e Carmem Lucia Antunes Rocha¹⁹. Discutamos cada uma delas:

Afirmando ser Lucia Valle Figueiredo quem deduz do princípio da impessoalidade o conteúdo principal que seu estudo procura desenvolver, o da impessoalidade como imparcialidade, Ana Paula Oliveira Ávila colhe a seguinte passagem de referida autora para diferenciá-lo da igualdade:

16 Relacionado ao tema, e denunciando a descrença no Judiciário, por contradição performática do órgão, para fazer valer os princípios constitucionais que lhe incumbe aplicar, publicamos, em jornal de circulação no Espírito Santo, o artigo O JUDICIÁRIO e o déficit de legitimidade democrática do parlamento. *Jornal do Caparaó*, 1 fev. 2005).

17 AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37

18 FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

19 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

A impessoalidade pode levar à igualdade, mas com ela não se confunde. É possível haver tratamento igual a determinado grupo (que estaria satisfazendo o princípio da igualdade); porém, se ditado por conveniências pessoais do grupo e/ou do administrador, estará infringindo a impessoalidade²⁰.

Sobre a hipótese ventilada, que fundamentaria a pretensa distinção, e que influenciou tanto as premissas adotadas por Ana Paula Oliveira Ávila ao ponto de ter sido colacionada repetidas vezes em seu estudo, a autora aduz que, acaso a impessoalidade fosse entendida como corolário da igualdade, “a situação apontada por Lucia Valle Figueiredo, em que se preserva a igualdade, mas viola-se a impessoalidade, ficaria sem resposta jurídica²¹”.

Com a devida vênia, consideramos que a hipótese colacionada revela muito mais uma redução do conteúdo do princípio da igualdade do que propriamente a descoberta de um campo autônomo de incidência para o princípio da impessoalidade. Parece-nos de uma clareza meridiana que o exemplo hipotético teria sim resposta jurídica com base no princípio da igualdade bastando, para tanto, um novo olhar sob a mesma situação descrita.

Ora, se o tratamento a determinado grupo, ainda que igual para todos os seus membros, é ditado por conveniências pessoais do grupo ou do administrador, por óbvio que este grupo está sendo tratado, sem um critério de *discrimen* juridicamente autorizado, de forma desigual em relação aos demais grupos ou demais pessoas, o que, indubitavelmente, fere o princípio da igualdade. Note-se que não se trata de outro caso, mas de um olhar mais amplo lançado sobre a mesma situação (tem-se ofensa à igualdade quando se analisa o mesmo caso, mas da perspectiva da relação do grupo com os que dele não fazem parte). Por outro lado, se o tratamento diferenciado do grupo se dá pela aplicação de critérios objetivamente fixados em lei (e justificados pelas finalidades legais), não se fere a igualdade

20 AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 22 e 37.

21 *Ibid.*, p. 40.

nem a impessoalidade, pois os membros do grupo terão tratamento diferenciado não em razão de conveniências pessoais, mas por apresentarem condições que se subsumem na hipótese normativa.

Também para justificar a diferenciação, Ana Paula Ávila co-lhe de Carmem Lucia Antunes Rocha a seguinte passagem:

Na mesma linha, ANTUNES ROCHA, apoiada nas lições de RUI BARBOSA, para quem “quando a lei dispõe do termo específico e unívoco [...] não deve ir buscar o indeciso e multicolor. Usemos, na fraseologia jurídica, da expressão que se não preste a dois sentidos...” Chama a atenção esta autora para o singelo fato de que “uma coisa se diz bem uma vez na lei e a cada vez que o mesmo conteúdo é repetido, a palavra também o é”. Assim sendo, em havendo um termo específico e repetidamente utilizado na Constituição Federal de 1988 como é o da igualdade, não se haveria de presumir que o constituinte tenha desejado empregar mais de um termo para expressar a mesma e única idéia²².

Mais uma vez, consideramos que a passagem utilizada não serve a fundamentar o raciocínio da autora, haja vista que fundada no mito da perfeição do legislador e da lei, o que o evolver da história há muito já se incumbiu de derrubar.

O próprio professor Humberto Ávila, nas memoráveis lições que profere no Programa de Pós Graduação *Strictu Sensu* da UERJ, é exaustivo nos exemplos em que “muitas vezes há palavras demais (distintas) para designar a mesma coisa e, noutros casos, há coisas demais (distintas) que são designadas pelas mesmas palavras²³”. E a Constituição Federal de 1988 não está infensa a esta crítica.

Aliás, no que tange ao esforço de Carmem Lúcia Antunes Rocha em separar a igualdade da impessoalidade, e com todo respeito aos auspiciosos conhecimentos da autora, parece-nos

22 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 37.

23 Anotações de aula da disciplina Segurança dos Direitos Fundamentais, ministrada pelo professor Humberto Ávila na UERJ.

que a leitura de seu texto²⁴ com este desiderato não resiste a uma crítica analítica mais rígida. Confira-se as seguintes passagens:

[...] é de se considerar que, conquanto a impessoalidade seja princípio muito próximo ao da igualdade, e que com ele atina, desenvolvendo-se o seu conteúdo exatamente para garantir-lhe a realização, dispõe de conteúdo e finalidade diferentes do que pelo princípio da igualdade se expressa.

[...]

A igualdade jurídica domina o conteúdo da legalidade justa e é o princípio que a expressa que se põe na base do Estado Democrático.

Dele emanam outros princípios que lhe circundam e garantem a sua concretização. Dentre estes põe-se o da impessoalidade administrativa, que, conquanto dotado de conteúdo próprio, como antes mencionado, nesse se embasa e com ele se concilia.

[...]

Vê-se, pois, que ambos são princípios de observância obrigatória da Administração Pública, mas o da impessoalidade o é em caráter exclusivo, vale dizer, não desborda da esfera estatal, tendo aí o seu espaço de incidência.

Na verdade, estes dois princípios recobrem realidades diferentes, sendo o conteúdo da igualdade jurídica mais amplo e dotado de primariedade que se desdobra, como afirmado acima, dentre outros, no princípio da impessoalidade administrativa.

Como se percebe, a respeitável autora, com todo respeito, não consegue empreender uma distinção minimamente nítida entre os dois princípios²⁵. No primeiro parágrafo colacionado aduz que o conteúdo da impessoalidade é desenvolvido exatamente para garantir a realização da igualdade para, contraditoriamente, dizer em seguida que a impessoalidade tem conteúdo

24 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 151 e ss.

25 Esclareça-se que se trata de uma crítica extremamente pontual. A excelente obra da autora, desde a epígrafe, foi utilizada como referência para este estudo.

e finalidade diferentes da igualdade (a verdade é que o parágrafo, ao nosso ver, não é inteligível).

Nos dois parágrafos seguintes, assevera a autora que da igualdade emanam outros princípios jurídicos, que lhe circundam e garantem a sua concretização, dentre os quais está a impessoalidade.

E nos dois últimos parágrafos colacionados, enfim, a autora deixa entrever que, ao contrário de distinto, o princípio da impessoalidade corresponde a uma especificação, desdobramento ou faceta do princípio da igualdade. Traduzindo suas palavras para o campo das figuras geométricas, resta claro que o princípio da impessoalidade, pelo que se lê, corresponderia a um círculo menor que estaria dentro de um círculo maior, que representaria a igualdade. Como desdobramento ou especificação da igualdade, não haveria para a impessoalidade, campo de incidência autônomo, onde não pudesse chegar a igualdade.

Além destas passagens, a autora baseia ainda sua distinção, no que é felicitada por Ana Paula Oliveira Ávila²⁶, na distinção entre um dever e um direito. Assim, enquanto a igualdade seria um direito do indivíduo, a impessoalidade seria o dever a ele correlato, o qual incumbe à Administração. Ora, a mais cozinha lição de direito prescreve que a todo direito, para usar a expressão de Kelsen, corresponde um dever que lhe é reflexivo. Logo, dizer que o dever da Administração, correlato ao direito do indivíduo de ser tratado com igualdade, é o dever de impessoalidade ou o dever de tratar com igualdade é, com todo respeito, mais uma vez, mera troca de palavras.

Atente-se, ainda, para o fato de que a imparcialidade, pretendo conteúdo autônomo que se procura dar à impessoalidade, tem suas origens clássicas na isonomia, o que de certo modo já justificaria a fundamentação da impessoalidade no tratamento igualitário que deve ser dispensado pela Administração Pública aos administrados, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁷.

26 AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 37, onde a autora atribui a distinção de Carmem Lúcia a uma "aguda percepção".

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio. In: Ávila, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Enfim, na nossa opinião, a conceituação da impessoalidade como imparcialidade, embora tenha grande importância, principalmente no que tange à visualização mais clara dos deveres dela advindos, não tem o condão de desvinculá-la nem de torná-la autônoma em relação à igualdade. Permanece o princípio como um desdobramento do princípio da igualdade e como uma ponte que liga os deveres de imparcialidade aos sobreprincípios que estruturam o ordenamento jurídico pátrio, reduzindo o esforço argumentativo do operador do direito na tarefa de fundamentá-los e, além disso, oferecendo um fundamento constitucional mais próximo para esses deveres, o que certamente pode contribuir para sua efetividade.

Prova cabal disso é a consideração, praticamente unânime por parte da doutrina mais abalizada, de que o princípio da impessoalidade não se restringe somente à Administração Pública e sequer precisaria estar escrito. Ora, acaso este princípio não estivesse escrito, quem discordaria que os deveres de imparcialidade²⁸ encontram guarida segura no princípio da igualdade?

Mais uma prova disso se obtém a partir de uma análise dos exemplos utilizados por Ana Paula Ávila para demonstrar os deveres de imparcialidade. Todos eles, sem exceção, podem ser reconduzidos ao princípio da igualdade, distinguindo-se apenas no que tange ao esforço argumentativo do intérprete para fazê-lo.

Assim, por exemplo, quando se impede ao Chefe do Executivo de usar marcas pessoais nas campanhas publicitárias da Administração, o que se visa imediatamente com a norma, como salta aos olhos, é a garantia da impessoalidade. No entanto, analisada à luz da disputa eleitoral, a mesma norma (e isso é importante frisar: não se está analisando outra coisa, mas o mesmo caso sob outro prisma) visa a impedir que o Chefe do Executivo ou quem ele apóie concorra em condição privile-

28 A imparcialidade, para nós, é condição *sine qua non* para que se tomem decisões justas (e, nesse sentido específico, aparece como um dever instrumental). Para que a atividade estatal seja pautada por justiça, a imparcialidade é o primeiro requisito necessário, mas não é suficiente. Conforme leciona Antônio Cavalcanti Maia, se a imparcialidade não conduz inequivocamente à justiça (mas é condição para que ela possa ser alcançada) a parcialidade necessariamente conduz à injustiça.

giada em relação aos demais candidatos. Assim, se o dinheiro público não banca a campanha de todos, não pode bancar a de ninguém, em decorrência do dever de tratamento igualitário perante a Administração.

Os próprios impedimentos e suspeições no procedimento administrativo ou mesmo no Código de Processo Civil visam a que o julgamento não leve em conta condições pessoais dos envolvidos, em razão de circunstâncias alheias aos fins legais (decorrência da impessoalidade). Em última análise, no entanto, visam a que todos tenham igualdade de tratamento (não podendo, por exemplo, uma situação particular de inimizade com a pessoa que desempenha a função pública de Administrador ou Juiz refletir no julgamento da demanda).

Em reforço ao que já foi dito, portanto, acreditamos que não há lugar onde chegue o princípio da impessoalidade que não chega o princípio maior da igualdade. A função primordial da impessoalidade seria a de servir de ponte entre a igualdade e os deveres de imparcialidade, o que não é pouco, na medida em que serve de fundamento mais imediato a estes deveres, reduzindo o esforço argumentativo do operador jurídico e aumentando a força da justificação (pois um fundamento mais próximo é sempre melhor que um fundamento mais remoto, até porque a argumentação é sempre muito rica e admite sempre numerosas possibilidades).

Além disso, e aqui parece estar a principal (não obstante menos reconhecida) função, o estado ideal de coisas a ser promovido pelo princípio da impessoalidade permite a vedação de determinadas condutas (que atentam contra este estado ideal de coisas visado pela norma) independentemente de haver lei específica (eficácia negativa). Ademais, o princípio, mediante a análise do estado ideal de coisas que visa promover, permite a formulação da regra nos casos em que não haja. Ora, para os casos em que o dever de imparcialidade está expresso na lei, a própria institucionalização da regra já é razão suficiente para seu cumprimento. Por outro lado, nos casos em que determinado comportamento, não obstante viole a impessoalidade, não esteja legalmente proibido, a eficácia expansiva e integradora do princípio, que se manuseia

tendo-se em conta o estado ideal de coisas que ele visa promover, permite a formulação da regra a impedir o comportamento potencialmente violador.

O exemplo clássico é o do nepotismo, o mais comum entre os vícios de personalidade da administração pública (que também viola o dever de tratamento igualitário da administração, na medida em que o favorecimento de um parente pretere os demais administrados que poderiam ter acesso aos cargos “dados” em comissão). Vejamos um caso paradigmático:

A então Ministra do Meio Ambiente Marina Silva (eleita senadora pelo PT) foi acusada de nepotismo pelo fato de seu marido ocupar cargo comissionado (o de maior salário dentro dos quadros comissionados do Senado) no gabinete de seu suplente, o Senador Sibá Machado (PT-AC). Questionada sobre o fato, a ministra limitou-se a afirmar que jamais praticou nepotismo, nunca tendo empregado parente *em seu gabinete*, de vereadora a senadora, dizendo que quem deveria falar sobre a contratação era seu suplente, na medida em que foi ele quem formalizou o convite ao seu marido.

Para defender a colega, o também senador Eduardo Suplicy, crítico ferrenho do nepotismo, ocupou a tribuna do Senado Federal para afirmar que: “Ora, o senador Sibá Machado tem inteira liberdade de contratar os seus serviços e mesmo se tivesse sido aprovada uma lei proibindo o nepotismo, ainda neste caso, essa questão não estaria inserida porque ele (o marido da então senadora petista da qual Siba era suplente) não é seu parente”.

Do exemplo colacionado percebe-se claramente que o nepotismo que se pretende combater não é o vício de personalidade que o princípio da impessoalidade visa a coibir, mas tão somente parte dele. Das palavras do senador vê-se uma clara abertura à violação oblíqua do princípio, que se dá pelos famosos casos apelidados pela imprensa como os de “barriga de aluguel”. É o desconhecimento (ou a vista grossa que se faz) da eficácia expansiva e integradora dos princípios que permite este funesto tipo de violação oblíqua. Ora, se o estado ideal de coisas pretendido pela norma é que a Administração a todos trate com imparcialidade, ou que todos recebam

da Administração tratamento igualitário, é óbvio que o impedimento da contratação de parentes não se restringe apenas e tão somente ao gabinete do Administrador, mas também ao de seus correligionários.

E por que o Judiciário se abstém de reprimir esta conduta em casos análogos que lhe são submetidos, alegando sempre, para justificar sua complacência, que “os cargos de confiança são de livre nomeação”? Simplesmente porque seus membros valem-se dos mesmos expedientes para burlar a lei (seria muita ingenuidade tributar o fato à falta de conhecimento da eficácia dos princípios). Assim, premidos de contratarem seus parentes em seus gabinetes, muitos desembargadores, em vários Estados deste País, passaram a contratar os parentes dos desembargadores dos gabinetes vizinhos, em troca dos mesmos favores. É este o problema cultural enraizado ao qual no início deste trabalho nos referimos: no fundo, a maioria daqueles que ocupam funções estatais não quer deixar de fazer do público seu espaço privado, valendo-se do que é de todos para o privilégio e benefício dos seus.

A situação chega ao ponto de, na hipótese de uma lei dizer expressamente que “é vedado contratar tios e sobrinhos”, muitos sentir-se-ão implicitamente autorizados a contratarem suas tias e sobrinhas. E isso não é consequência do desconhecimento das modalidades de eficácia dos princípios, mas sim fruto da vontade de perpetuar uma prática que sempre ocorreu.

Contra isso, a divulgação das modalidades de eficácia dos princípios é muito importante, mas muito mais útil é o papel da imprensa em denunciar e o de cada membro da sociedade, ao levar essas práticas em conta no momento de escolher seus representantes.

Apenas para não passar batido sobre a questão, cumpre dizer que alguns autores identificam ainda, como deveres fundados no princípio da impessoalidade, os deveres de neutralidade e objetividade. Não obstante a importância do que estes autores pretendem demonstrar, há que se ter em mente que a neutralidade,

hoje em dia, nada mais é que a própria imparcialidade; e a objetividade, só pode ser a objetividade possível²⁹.

6 Conclusões

Ao cabo desta breve pesquisa, pode-se concluir que, não obstante os hercúleos esforços de nossa doutrina mais recente em se distinguir a impessoalidade da igualdade, aquela aparece muito mais como um corolário ou especificação desta. Numa representação geométrica, a impessoalidade seria um círculo menor inserta dentro de um círculo maior que corresponderia à igualdade; não havendo, portanto, âmbito de incidência autônomo da impessoalidade. Em outras palavras, as condutas identificadas como ofensivas à impessoalidade também são ofensivas, num olhar sob outro prisma, à igualdade.

Tal fato não reduz a importância do princípio da impessoalidade, que funciona como uma ponte que liga a igualdade aos deveres de imparcialidade, reduzindo o esforço argumentativo do intérprete em fundamentá-los. Ademais, este princípio oferece uma fundamentação mais próxima aos deveres de imparcialidade, o que significa dizer uma fundamentação mais forte.

Os vícios de personalidade que caracterizam a Administração Pública brasileira decorrem basicamente de dois problemas:

29 A percepção de que o sujeito do conhecimento se relaciona com o objeto do conhecimento ao conhecê-lo, não estando imune a ele, fez romper, nas ciências, com o mito da neutralidade, na medida em que esta interação sujeito objeto influencia na construção do conhecimento. Em outras palavras, o sujeito do conhecimento está no mundo (e não fora dele), e leva toda a sua pré-compreensão ao relacionar-se com o objeto a conhecer. Por isso, não pode ser neutro. O máximo a que consegue chegar é ser imparcial, e objetivo, na medida do possível. Nas palavras de José Vicente dos Santos Mendonça "a afirmação de que a neutralidade científica é impossível corresponde à posição majoritária da filosofia da ciência. Mas o predomínio não veio sem luta e não é exercido sem contestação. O debate sobre a objetividade nas ciências sociais é tão antigo quanto os relatos de Tucídides acerca da Guerra do Peloponeso: o historiador ateniense é apontado como precursor da razão científica *neutra*. Muito se discutiu desde então. Séculos depois, Nietzsche concluiria que " a História é a procissão dos vencedores". Entre os extremos, rio de finta. E a polêmica ainda não acabou. Diz-se que, modernamente, a partir da enunciação do princípio da incerteza de Heisenberg, segundo o qual um elemento subatômico se comporta ora como partícula, ora como onda, dependendo da expectativa de seu observador, mesmo a objetividade das ciências exatas estaria colocada em xeque. Ter-se-ia justificado a impossibilidade da neutralidade nas ciências sociais. [...] De parte todas as complexidades do assunto, prefere-se ficar com a clara e honesta posição enunciada por Luís Roberto Barroso: "A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento)". MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.12, p. 205-236, 2003.

um de ordem jurídica, caracterizado pelo desconhecimento das modalidades de eficácia dos princípios; e outro, mais grave e difícil de ser sanado, decorrente dos ciclos do atraso que caracterizam nossa história, marcada por uma privatização do público desde a época colonial.

Embora o princípio da impessoalidade, inserido no artigo 37, caput, da Constituição Federal, tenha eficácia para impedir os casos de nepotismo e de barriga de aluguel que caracterizam o dia a dia da administração pública nacional, esta modalidade de eficácia lhe é negada justamente para que se possa perpetuar uma prática que interessa a grande maioria daqueles que desempenham funções de estado, tanto no âmbito da administração pública *stricto sensu* quanto nos demais poderes: a de valerem-se do que é de todos para beneficiar ou privilegiar os seus, mantendo uma estrutura de poder custeada pela máquina estatal e, em última análise, por todos os membros da sociedade (justamente os que são prejudicados por esta prática viciada).

Se à comunidade jurídica cabe zelar pela efetiva aplicação do princípio, em todas as suas modalidades de eficácia possíveis, o que permitiria, no caso, valer-se do princípio para proibir práticas ofensivas ao estado ideal de coisas que ele visa promover independentemente de haver lei específica, tarefa maior incumbe à sociedade como um todo: a de protestar contra os casos de flagrante violação, direta ou oblíqua, denunciando e expondo os violadores, e não admitindo mais como representantes aqueles que assim se valem. Só a rejeição nas urnas é capaz de solucionar de vez o problema cultural mais grave que caracteriza a questão.

7 Referências

AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

AVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v.12, p. 205-236, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

RIBEIRO, Mari Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da impessoalidade e abuso do poder de legislar. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 5, p. 152-178, 1994.

ZAGO, Livia Maria Armentano Koenigstein. *O princípio da impessoalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

1.7

HIBRIDISMO DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E ASCENÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE NORMATIVA DO DIREITO

JOSÉ ARILDO VALADÃO DE ANDRADE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Aproximação entre as jurisdições de *common law* e *civil law*. 3 Paradoxo metodológico brasileiro. 4 A jurisprudência como fonte primária do direito. 5 Conclusão. 6. Referências.

1 Introdução

Na atual compostura das nações e dos povos, até mesmo como reflexo de um mundo cada vez mais universal estimulado pela ascendente globalização, as culturas, crenças, opções filosóficas e políticas, conhecimento científico e qualquer outra manifestação do saber humano tende a estabelecer uma aproximação pontual de influências recíprocas.¹ Vive-se hoje na era tecnológica, a era a jato, da conquista espacial e das telecomunicações, de tal modo que o isolamento de qualquer grupo em relação aos demais não se justifica mais.² Esse pensamento não é menos exato com relação às ciências culturais, como o Direito, por isso, não seria diferente. Segundo Barbosa Moreira “raríssimos são os casos em que alguma sociedade se haja mantido impermeável, por ter dilatado, à influência de ordenamentos jurídicos estrangeiros. Em universo como o de hoje, semelhante isolamento seria decididamente inconcebível”.³

* Mestre em Direito Processual Civil pela Ufes. Pós-graduado em Direito Tributário pela FGV. Advogado.

- 1 Referindo-se a tal influência entre o *common law* e o direito brasileiro, disserta Miguel Reale: “Na realidade são expressões diversas que, nos últimos anos, têm sido objeto de influências recíprocas, pois enquanto as normas legais ganham cada vez mais importância no regime do *common law* (sic), por sua vez, os *precedentes* judiciais desempenham papel sempre mais relevante no Direito de tradição romanística”. (REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 142).
- 2 ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. p. 71.
- 3 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: _____. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo, 2004. p. 255.

O Estado de Direito, no Brasil, nesse pormenor e na linha do que até aqui analisado, com a Constituição de 1891 consagrou sentenciosamente a superposição

de modelos jurídicos. Trouxe ao abrigo da Constituição princípios estruturadores das decisões políticas fundamentais características do ordenamento norte-americano, tipicamente de *common Law*. Coexistem, pois, duas tradições jurídicas de origens distintas para forma-se um novo modelo jurídico norteadado a proteção dos Direitos fundamentais. De um lado, vivencia-se o Direito fundamentado na doutrina do *rule of law*, de essência do *common law*; de outro, absorve-se o Estado de Direito, de essência romano-germânica⁴. Verifica-se um complexo intercâmbio de modelos entre sistemas do *common law* e sistemas do *civil law*.⁵ Da combinação de ambos os sistemas jurídicos exsurge um modelo, por assim dizer, total-integral que leve às últimas consequências a tutela dos Direitos e garantias fundamentais.

2 Aproximação entre as jurisdições de *common law* e *civil law*

Civil law e *Common law*, conforme assinalado por Barbosa Moreira, tiveram que manter um convívio *sui generis*, de tal modo que a alusiva dualidade iria grassar toda a posterior evolução do ordenamento jurídico brasileiro.⁶ Observa-se, nesse es-

4 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: UFRGS, 2002. p. 186, nos fornece exemplos de modelos mistos, segundo o autor: "No Canadá, a província de Quebec pratica um direito ordinário de estilo francês. A Escócia, até hoje, no Reino Unido, tem seu próprio direito de ascendência romano-germânica. Nos Estados Unidos, o Estado da Louisiana mantém o direito civil de inspiração francesa". No mesmo sentido, também, Hermes Zaneti Júnior: "Todo o conhecimento parte do espanto como sua premissa filosófica. O estudo do mandado de segurança coletivo, tema de dissertação de mestrado que antecedeu esta tese, legou a perplexidade diante do 'paradoxo metodológico' do direito processual civil brasileiro. Tal espanto leva a uma contraposição entre os modelos das duas principais tradições jurídicas contemporâneas. De um lado, o processo constitucional predominantemente formado pelo ideal de justiça e de prevalência da ação ao direito (*the remedies precede rights*), que caracterizam a tradição de *common law* e deitam duas raízes na recepção do direito constitucional norte-americano na 1ª República (Constituição Republicana de 1891); de outro, o processo infraconstitucional predominantemente voltado à realização dos direitos individuais e centrado no direito privado, predominantemente de tradição romano-germânica, principalmente após o advento do Código de Processo Civil de 1973". (ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51).

5 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.28, n. 110, p. 141 – 158, abr./jun. 2003.

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: _____. *Temas de direito processual civil: oitava série*. São Paulo, 2004. p. 260.

talão, que há tempo, dentro do mundo do *civil Law*, se manifestam fortes influências advinentes dos modelos de *common law*, máxime do modelo estadunidense.⁷ Hoje, portanto, não se tem como negar que muito dessa divisão é, de fato, mais aparente do que real, e até certa feita desatualizada.⁸

A Constituição de 1981, pois, inovou a ordem jurídica brasileira ao levar à Constituição Republicana os influxos do Direito norte-americano, de tal sorte a criar um sistema jurídico híbrido⁹, aproximando, assim, as jurisdições do *common law* e *civil law*, de modo a afrouxar os vínculos em função dos quais poderia identificar o modelos em uma outra família do Direito.¹⁰ Ora, é cristalino que os sistemas que adotam um modelo em que se aproximam ambas as tradições jurídicas – *common law* e *civil law* –, e a experiência brasileira demonstra isso, terminam por atender, muitas vezes, com mais eficiência as demandas da sociedade. Subsequentemente, tal situação de iminência

7 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003. O Autor como corolário dessa afirmação fornece o exemplo do Japão: "é sabido que o ordenamento processual japonês se inspirou no modelo germânico a partir do fim do século XIX, de sorte que desde então o país pertenceu a justo título à classe dos sistemas processuais de tipo europeu. No entanto, após o fim da Segunda Guerra Mundial, manifestou-se com grande intensidade a influência americana, de modo que o Código de Processo Civil japonês em vigor desde 1998 desenha um sistema 'misto', no qual elementos de origem norte-americana (por exemplo, a *cross examination*) se combina com elementos residuais de origem germânica (sobretudo com relação ao esquema do procedimento) e com elementos autóctones (em particular, a conciliação). Outras influências norte-americanas podem facilmente descobrir-se em vários ordenamentos de *civil law*: basta penar na recepção de formas de tutela jurisdicional dos interesses difusos, concebidas segundo o modelo de *class action* (recepção que se deu, ou se está dando, no Brasil e noutros países do *civil law*). Esses exemplos servem inclusive para chamar atenção para o fato de que variações e interferências não ocorrem somente no nível dos modelos 'globais' de procedimento: antes são mais frequentes, e não menos importantes, os intercâmbios, as interferência e os 'transplantes' relativos a institutos processuais específicos".

8 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 166.

9 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

10 TARUFFO, Michele. *Iceberg do common law e civil law?* Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.35, n. 181, p. 169, mar. 2010. Vide, também, Mauro Cappelletti para quem: Apresso-me em advertir não constituir propósito das páginas que seguem sugerir, inteiramente, a existência de um profundo fosso entre as maiores famílias jurídicas do mundo contemporâneo. Tal fosso, se acaso existiu, vem sendo superado pelo menos em parte, como de resto confirmado pelo próprio fato, repetidamente observado, de que, em linha de princípio, os resultados deste estudo – sobre a inevitável criatividade da função judiciária, a crescente e aumentada necessidade e a intensificação de tal criatividade em nossa época etc. – aplicam-se a ambas famílias jurídicas. O propósito dos apontamentos que seguem é apenas o de fazer uma primeira tentativa naquele trabalho de qualificações e distinções, ao qual aludi no início deste parágrafo. Além disso, semelhante tentativa poderá também oferecer a pista para compreender as razões pelas quais os países de 'civil law' não se encontram inteiramente na vanguarda do grande movimento evolutivo evidenciado neste estudo, ou tiveram que adotar inovações radicais, para poder se encontrar em tal posição, como a criação de tribunais constitucionais especiais". (CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 116 e ss).

dos modelos jurídicos proporciona o efetivo desenvolvimento dos Direitos fundamentais dos cidadãos, permitindo-se, assim, “fazer melhor a justiça entre os componentes da comunidade jurídica”.¹¹

A tradição brasileira, como acenada por Hermes Zaneti, agrupa tanto tradições europeias e norte-americanas; vem daí seu hibridismo¹². Babosa Moreira, com a argúcia que lhe é peculiar, destaca os sinais de abertura do ordenamento pátrio ao Direito norte-americano do *common law*. Nesse sentido:

Não há dúvida de que em época muito anterior já havíamos importado institutos do mundo do *common law*: assim, para nos cingirmos a dois exemplos relevantíssimos, o *habeas corpus*, ainda no Império, e o recurso extraordinário, após a proclamação da República. Tratava-se, porém, de casos isolados. Na segunda metade do século, e de modo particular nas últimas décadas, é que a infiltração anglo-saxônica se expande e, em determinados setores, parece destinada a modificar de maneira mais abrangente a índole do ordenamento pátrio. Não é de se estranhar o fenômeno, visto que a Alemanha reforma seu Direito falimentar de olhos postos no modelo norte-americano, e a Itália edita novo Código de Processo Penal sensivelmente influenciado por princípios e tendências peculiares aos Estados Unidos. Se países do continente europeu, com liderança reconhecida no universo do *civil law*, se vão deixando atrair, em maior ou menor medida, pelo fascínio de ideias florescentes no outro campo, espantoso seria que nos conservássemos imunes a semelhante atração.¹³

Essa tendência se manifestou, principalmente, nas Cartas Constitucionais promulgadas no pós-término da segunda grande guerra mundial, combinando instituições de justiça constitucional tanto do modelo americano, como do regime centralizado

11 ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. p. 80.

12 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

13 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: _____. *Temas de direito processual civil: oitava série*. São Paulo, 2004. p. 262.

em um tribunal constitucional como idealizado por Kelsen, promovendo, dessarte, as bases de um ordenamento jurídico híbrido de justiça constitucional temperado ao sabor dos elementos erigidos nos dois modelos de sistema jurídico tradicionalmente conhecido na longitude ocidental. Isso ocorre, sobretudo, em virtude da constitucionalização dos Direitos, alicerçada a sua principialização, “ou seja, a mediação judicativa-decisório dos princípios jurídicos relevantes para a solução materialmente justa dos feitos submetidos à decisão jurisdicional”.¹⁴

A expansão da justiça constitucional, e a conseqüente expansão da criatividade judiciária nas sociedades modernas¹⁵, propiciou, dessa forma, a aproximação de sistemas jurídicos até então considerados antagônicos. Francisco Fernández Segado é conclusivo no sentido versado:

Esta expansión sin limites de la justicia constitucional, como no podia acontecer de otro modo, ha incidido frontalmente sobre la clásica contraposición bipolar a la que durante bastante tiempo trataron de ser reconducidos los distintos sistemas de la justicia constitucional: el sistema americano y el europeo-kelseniano, o si se prefiere, el modelo de la ‘judicial review of legislation’ y el de la ‘*Verfassungsgerrichtsbarkeit*’.¹⁶

Esse fenômeno provocou a simbiose e convergência de modelos jurídicos antitéticos que se imaginavam inconciliáveis, em virtude da fundamentação histórico-político-ideológica em que se alicerçavam os tradicionais sistemas jurídicos, cada um ao seu argumento.¹⁷ Por isso, hoje se verifica uma perda da grande utilidade analítica da dicotomia de sistemas jurídicos, compreen-

14 CANOTILHO, José Gomes. A ‘principialização’ da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 98, p.83, abr./jun. 2000.

15 CAPPELETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 112.

16 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 6.

17 Segundo Francisco Fernández Segado: “*En último término, conviene no olvidar que las divergências entre ambos modelos de control de constitucionalidad dimanam de unos presupuestos histórico-políticos e ideológicos contrapuesto que constituyen la última y más profunda ‘ratio’ de su bipolaridad.* (SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p 23).

dados em departamentos teóricos estanques inaplicáveis, as duras caras, da realidade vivida do ordenamento jurídico. Pode-se extremar-se ao ponto de afirmar inexistirem modelos jurídicos puros, ambos são influenciados mutuamente, com o fito de velar pelo garantismo dos Direitos fundamentais e resgatar o conteúdo material da Constituição, orientada segundo uma justificação substantiva da justiça constitucional.

Hermes Zaneti Júnior, em exemplário armado ao propósito, disserta:

Não há modelos puros, mas, simplificando na comparação, apresentam-se os modelos como na arquitetura, na qual se define o estilo de uma construção pelas suas características mais marcantes e pela ênfase em determinados elementos no desenho do prédio. Nada obsta que a unidade externa seja quebrada ou desmentida pelo interior da morada, contudo as características de sua fachada ainda assim permitem identificar uma forma de fazer arquitetura.¹⁸

Assim, de uma perspectiva histórica, e isso fica claro ao fitarem-se os olhos na linear trajetória da Constituição brasileira, que a vetusta cizânia em que se sustentava a bipolaridade dos sistemas jurídicos, em razão do modo de justiça constitucional adotado, perde seus traços característicos, sendo, por certo, relativizada, de modo a excogitar a formação de um sistema jurídico de natureza híbrida que contenha elementos de ambos os modelos jurídicos conhecidos. Segundo Francisco Fernández Segado, “*Por lo demás, una opinión doctrinal muy extendida en nuestro días, si es que no casi generalizada, subtraya la existência de una clara tendência convergente entre os dos clásicos modelos.*”¹⁹

Essa novel abordagem hermenêutica torna artificiosa a distinção entre os sistemas jurídicos originários da família do *common law* e do *civil law* referente à função judicial. Perelman sobre aproximação entre os dois sistemas jurídicos assim leciona:

18 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 52.

19 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p 28.

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao Direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de Direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de Direito não escritas, representadas pelos princípios gerais de Direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Esta nova concepção acresce a importância do Direito pretoriano, fazendo jus o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente ela aproxima a concepção continental do Direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*.²⁰

Francisco Fernández Segado, nesse particular, apoiado em Pegorato, visualiza uma terceira espécie de modelo jurídico que combina elementos de ambos os modelos tradicionalmente conhecidos. Nos dizeres do autor:

El propio Pegorato visualiza una especie de tercer modelo, una suerte de 'tertium genus', que compendiaría rasgos del sistema americano y del kelseniano, encerrando una mixtura de fórmulas o mecanismos precesales cuyo denominador común consistiría en que el control centralizado, ubicándose el elemento 'de difusión' en la fase introductoria del proceso, que no en la decisoria.²¹

Essa virada paradigmática é sentida com mais intensidade nas hostes do controle de constitucionalidade²², na experiência

20 PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 185.

21 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 93.

22 Também Lincoln Magalhães da Rocha atribui ao *common Law* a contribuição no campo do direito público, em especial, ao direito constitucional: "Já o *common law*, aparecido como uma manifestação do poder real, apresenta o seu forte no campo do direito público, que é da essência do seu ser. Daí suas grandes contribuições no campo do direito constitucional, como o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo e do Executivo através do Judiciário, tese criada pela Suprema Corte do Estados Unidos no julgamento do caso *Murbury v. Madison*, através, sobretudo, do voto de Justice Marshall. Também a '*equal protection of the law*' e o '*due process of law*' são outras duas grandes contribuições do gênio do *common law* para o aperfeiçoamento dos sistemas romanísticos". (ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987. p. 80).

da justiça constitucional da segunda pós grande guerra onde se divisa “*la contatación de la posibilidad de combinar la técnica del controle incidental (de tipo norteamericano) con la técnica del control concentrado (de tipo austríaco-kelseniano)*”.²³ Isso decorre, principalmente, em virtude do aumento da função e responsabilidades assumidas pelo Poder Judiciário, sensíveis às substanciosas transformações do mundo real, do qual a justiça constitucional é a expressão maior dessa nova responsabilidade do judiciário.²⁴ Sem dúvida, esse fator de responsabilidade atribuída ao judiciário roborava a aproximação dos sistemas do *civil law* e do *common law*.

Para Francisco Fernández Segado “*sí se puede apreciar un progresivo deslizamiento del controle de constitucionalidad de la ley al control con ocasión de la aplicación de las leyes, rasgo tendencial que a su vez se conecta íntimamente con el caso vez mayor protagonismo de una jurisdicción constitucional de la libertad, en perfecta coherencia con el lugar realmente de privilegio, con la centralidad, que los derechos y libertades ocupan en los códigos constitucionales de nuestro tiempo*”.²⁵

3 Paradoxo metodológico brasileiro

Referindo-se a essa aproximação dos sistemas da família do *commow law* e do *civil law*, no âmbito do processo civil brasileiro, Dinamarco constata “o paradoxo metodológico”, para quem a cultura processual brasileira acolhe conceitos e propostas técnico-processuais hauridas nas obras de mestres europeus; no instante que consagra fórmula político-constitucional de separação dos poderes do Estado tem muito mais do modelo norte-americano.²⁶ O paradoxo decorre, portanto, da própria contraposição de tradições jurídicas, adotando além da tradição

23 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p 34.

24 CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 46.

25 SEGADO, op. cit., p 141.

26 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 195.

constitucional norte-americana arraigada a partir da Constituição Republicana de 1891, a tradição processual civil da Europa verificada no Código Buzaid de 1939.²⁷ Isso forjou um modelo garantista do processo civil brasileiro, “no duplo sentido de que toda a vida do processo civil deve necessariamente ser permeada da mais estrita fidelidade aos princípios ditados na Constituição Federal; e de que o sistema processual inclui medidas de tutela específica destinadas à preservação das liberdades e dos valores da cidadania”.²⁸ Assiste-se, assim, ao descerramento de várias crises dos modelos ao quais, secularmente, se pensava a distinção entre sistemas processuais de *common law* e de *civil law*.²⁹

De fato, se se pretende uma justiça constitucional direcionada à máxima harmonia, racionalidade e respeito aos Direitos fundamentais, é crível que haveria de combinar as fórmulas tanto de um como do outro modelo, a fim de perseguir tais escopos. “Por tudo isso, o Brasil tem uma enorme vantagem decorrente da sua formação híbrida, a vantagem dos mestiços, uma tônica maior da justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos a *priori*, ao Direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida”.³⁰

Não se pode olvidar, porém, que a base de criação judicial, típica dos sistemas jurídicos filiados da família do *common law*, repousa na regra do precedente (*the rule of precedent*), que fundamenta os juízes a decidirem de acordo com os precedentes judiciais ou normas elaboradas por órgãos judiciais anteriores (*stare decisis et quia non movere*). Nesse sentido, acentua Mitidiero, aludindo-se ao *common law*, que nele “a fonte primária do Direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do Direito, orientada pelo sen-

27 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

28 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1, p. 200.

29 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.28, n. 110, p. 141-158, abr./jun. 2003.

30 ZANETI JUNIOR, op. cit. p. 55.

so natural do justo em concreto”.³¹ Em tirocínio semelhante, assevera Hermes Zaneti Junior, segundo o qual “a tradição do *common law* apresenta-se ligada ao Direito como argumento, ao controle do poder por meio do juiz. [...] A jurisprudência aparece ‘como fonte primária do Direito’”.³² Essa vinculação é ainda mais acentuada com relação à jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores, notadamente, no caso Brasileiro, do Supremo Tribunal Federal.

A aproximação entre os grandes sistemas clássicos de controle de constitucionalidade possibilita a unidade do sistema jurídico. Contudo, como acertadamente observa Francisco Fernández Segado, “*es el sistema americano el que se nos presenta con una posición verdaderamente central*”.³³ Ou seja, o modelo americano³⁴ ocupa espaço proeminente na formação dos modelos jurídicos advenientes da fusão dos modelos jurídicos tradicionais. Isso implica admitir ordenamentos jurídicos até então considerados sobranceiramente filiados à tradição românico-germânico, institutos originários do *common law*, dos quais o maior exemplo que diz de perto com essa dissertação é a adoção do efeito vinculante das decisões judiciais proferidas pelo órgão de cúpula encarregado da vigília do Texto Magno, entre nós, o

31 MITIDIERO, Daniel. *Proceso civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 16.

32 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Proceso constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 53.

33 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 59.

34 Essa centralidade do sistema americano não é casual e decorre, sobretudo, em função da ameaça do legislador descomprometido as liberdades públicas, nos termos do autor: “*Esta centralidad del sistema americano no es casual, sino que responde a unas concretas circunstancias históricas, que mucho tienen que ver con el hecho de que en Alemania e Italia haya sido el legislador la principal amenaza para las libertades durante un crucial periodo histórico, lo que explicará el diseño por los constituyentes de ambos países de la segunda posguerra de un mecanismo de control de la constitucionalidad de la leyes encaminado a precaverse frente a una hipotética legislación arbitraria y vulneradora de los derechos y libertades*”. (SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 60). No mesmo sentido, leciona Eduardo García de Enterría: “*En esta segunda posguerra vuelve a retornar esa influencia, pero ya de una manera completamente diferente. Se há vivido, sobre o todo em los dos grandes países europeos que adoptan el sistema, Alemania e Itália, la trágica experiencia, la enorme experiencia de que el legislador pase a ser ça mayor amenaza para la libertad, frente a la concepción tradicional del Estado de Derecho, como un Estado que se somete a las leyes; la ley, hasta ahora vista como garantía, com escudo de la libertad, aparece aqui, con un legislador arbitrário dueño del poder de hacer leyes, como la posibilidad de introducir injusticias sistemáticas, de pervertir el ordenamiento jurídico nacionalsocialista. Esta experiencia es la que fuerza a los constituyentes de los dos países a fijarse otra vez en la técnica de los Tribunales Constitucionales, para precaverse frente a una actividad legislativa arbitraria, una vez que se ha concretado en el texto constitucional un cuadro de valores supremos y tendencialmente inalterables*”. (ENTERRIA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1981. p. 133).

Supremo Tribunal Federal. Por antiga tradição, igualmente, se reconhece nos sistema de *civil law* a autoridade dos precedentes judiciais³⁵, embora por força de uma hipocrisia teórica os consideram apenas como forma persuasiva e não vinculante.

Acendem, nesse aspecto, as reformas constitucionais que ora se avizinham no sentido de atribuir eficácia vinculante a precedentes judiciais, emanados dos Tribunais Superiores, ou pelo menos, do Supremo Tribunal Federal. Essa é uma nota específica muito mais pertinente ao sistema jurídico do *common law* do que a do *civil law*,³⁶ a insinuar o estreitamento dos dois sistemas, é certo que entre as duas famílias do Direito existam diferenças, contudo, não é menos verdade que se tenha observado nos sistemas de *civil law* o surgimento do moderno fenômeno da crescente criatividade da jurisprudência.³⁷ “Resta, certamente, uma diferença *de grau*, mas que também está desaparecendo e se atenuando. De vários anos a esta parte, ocorreu efetivamente poderoso movimento de recíproco avizinhamento entre as duas grandes famílias jurídicas, cujos efeitos manifestam-se igualmente sobre o plano do ordenamento judiciário e do Direito jurisprudencial”.³⁸

Francisco Fernández Segado bem resume a questão da aproximação dos sistemas jurídicos, que pela importância, merece a citação, ainda que longa:

Em resumen, los hechos históricos de los años previos a la Segunda Guerra Mundial, que revelan que es el legislador el más peligroso enemigo del ordenamiento constitucional de los derechos, propiciarán un giro radical por parte de los constituyentes alemanes e italianos, y de resultas, en décadas sucesivas, de los de otros países, que para tratar de evitar los peligros de años atrás vuelven la vista al constitucionalismo norteamericano, esto es, a una Constitución regida por valores materiales que há de imponerse a todos los

35 CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 122.

36 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: _____. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo, 2004. p. 264.

37 *Ibid.*, p. 123.

38 *Ibid.*, p. 124.

poderes públicos, también al legislador, a cuyo efecto, en una clara aproximación al modelo anglosajón, se considerará necesario fortalecer notablemente el rol constitucional de los jueces, de unos jueces que ya no levantan suspicacias que suscitaram na Alemanha weimariana y que, aún hallándose sujetos a la ley, asumirám una función relevante en lo que al control de constitucionalidad de las leyes se refiere.³⁹

O judiciário e, conseqüentemente, a justiça constitucional, nesse pormenor, irão situar-se numa posição de excelência no atual Estado de Direito, partindo de um conceito material da jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal, pois, irrompe como garantidor dos Direitos fundamentais, escudado numa interpretação substantiva da Constituição resultante de uma atuação criativa que superlativa a jurisprudência como fonte normativa do Direito.

No campo da justiça constitucional, portanto, o potencial de criatividade da jurisprudência nos sistemas de *civil law* intensificou-se, em virtude da criação de novos tribunais constitucionais,⁴⁰ os quais, em função da “sua mais compacta estrutura e organização, pela nomeação política dos juizes, em sua maior parte não de carreira, e pelo âmbito mais concentrado da sua competência, assemelham-se muito mais às tradicionais cortes de *civil law* às cortes supremas de países de *common law*, especialmente dos que conhecem um sistema de controle judiciário das leis”⁴¹, de modo que tal semelhança resta ainda mais candente quando se pensa no efeito *erga omnes*, ou seja, na eficácia dos precedentes vinculativos das decisões tomadas por essas cortes constitucionais.⁴²

A isso se assoma a concepção de uma Constituição muito próxima da norte americana, que consagre uma justiça constitucional preocupada em proteger o conteúdo material da Consti-

39 SEGADO, Francisco Fernández Segado. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p 68-69.

40 CAPPELETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 126.

41 *Ibid.*, p. 127.

42 *Ibid.*, p. 127.

tuição, concebida como uma lei superior encimada na pirâmide jurídica do ordenamento, com eficácia normativa capaz de provocar a invalidade das normas que com ela conflitem.

Referindo-se a essa eficácia normativa da Constituição, pontifica Francisco Fernández Segado:

Esta eficácia normativa superior de la Constitución no podrá explicarse, como advertiera Bachof, más que por la enérgica pretensión de validez de las normas materiales de la Constitución, por un orden de valores que vincula directamente a los três poderes del Estado, tal como se manifesta expressamente en la regulación de los derechos fundamentales, por un orden de valores que las Constituciones vienen a considerar anterior a ellas mismas, em cuanto que, además, no há sido creado por ellas, que se limitan a reconocerlo y garantizarlo, y cuyo último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una ideia de hombre que descansa en estos valores.⁴³

Igualmente, versando sobre a eficácia normativa da Constituição leciona Konrad Hesse:

O Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional, e que, portanto, compete a ele (Direito Constitucional) “realçar, despertar e preservar a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung), que, indubitavelmente, constitui a maior garantia de sua força normativa.⁴⁴

Marcadamente uma das características mais evidentes da justiça constitucional pós-segunda guerra, inspirando todo o ordenamento jurídico, e o Brasil faz coro, consiste na amplitude dos pronunciamentos dos Tribunais Constitucionais, encarregados que são de impulsionar a eficácia normativa da Constitui-

43 SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p 61.

44 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991. p. 27.

ção, postando-se não apenas passivamente na inquebrantável fórmula do legislador negativo, pensada por Kelsen, mas também positivo. As vantagens da ficção que tomava o juiz, como simples emissário da lei, cedeu ante as suas desvantagens, particularmente, nas sociedades democráticas, nas quais o processo legislativo tornou-se lento, obstruído e pesado, forçando, desse modo, o aumento do grau de criatividade da função judiciária.⁴⁵

Como afirma Mauro Cappelletti, “para além das muitas diferenças ainda hoje existentes, potentes e múltiplas tendências convergentes estão ganhando ímpeto, à origem das quais encontra-se a necessidade comum de confiar ao ‘terceiro gigante’, de modo muito mais acentuado do que em outras épocas, a responsabilidade pela formação e evolução do Direito”.⁴⁶

Isso representa uma verdadeira virada na óptica pela qual se concebia o ordenamento jurídico brasileiro, no sentido que os pronunciamentos emitidos pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal constituem, com efeito, precedentes judiciais com eficácia vinculante, de modo a constituírem natureza de fonte do Direito em sentido próprio. Nos falares de Hermes Zaneti, “com a constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei”.⁴⁷

A aproximação entre as jurisdições do *civil law* e *common law*, nesse passo, conduz à necessidade de dobrar-se a força vinculante dos precedentes no Direito brasileiro, de tal arte a assegurar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica.⁴⁸

Assim, embora o Brasil tenha reconhecidamente buscado suas primeiras inspirações no sistema jurídico romanista, não descartou o espírito do *stare decisis* quando importou elementos característicos do Direito norte-americano, típicos do *common*

45 CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 132.

46 *Ibid.*, p. 133.

47 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

48 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre a jurisdição de *civil law* e de *common law* e a necessidade aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 176, jun. 2009.

law, influência direta e originária da Constituição Republicana de 1891⁴⁹. Dessa forma, admitiu-se a jurisprudência como fonte formal do Direito, atribuindo-lhe força obrigatória aos precedentes pronunciados pelo plenário da Corte Constitucional.

Enfim, concluindo com o mestre da escola de Florença, Mauro Cappelletti, observa-se “nos últimos anos ou decênio, em crescente número de países de *civil law*, o fenômeno do aumento de criatividade jurisprudencial surgiu com aspecto substancialmente muito similar e contornos não menos dramáticos do que os países de *commo law*. Longe de ser insuscetível de análise comparativa, esse fenômeno em grande medida é análogo, senão idêntico, nas duas grandes famílias jurídicas”.⁵⁰ Dessarte, impõe investigar, em nota seguinte, a jurisprudência como fonte normativa do Direito no esquadro apresentado neste tópico.

4 A jurisprudência como fonte primária do direito

A crescente valorização da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro, até então concebido como filiado tradicionalmente à família do *civil law*, representa, de certa forma, aquiescência em aceitar a influência do *common law* no sistema pátrio, que como visto em passagem anterior, resta inevitável ante a configuração da Constituição da República de 1988, que combina elementos de ambas as famílias. Verifica-se, assim, um salutar prestigiamto das decisões judiciais no Brasil. Indício claro disso são os chamados efeitos vinculantes, cada vez mais presentes no Direito nacional, atribuído às decisões tomadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade, seja no âmbito de controle difuso.

A evolução do *civil law*, sobretudo estofado no movimento constitucionalista, superestimou a função do juiz conferindo-lhe um poder aproximado ao do juiz do *common law*, particularmente ao juiz americano, franqueando-lhe o poder de controlar a lei a partir da Constituição. Na medida em que a lei perder sua áu-

49 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 56.

50 CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 128.

rea de legitimidade, dobrando-se ao texto constitucional, muda-se não apenas o conceito do Direito, mas na mesma dimensão o significado de jurisdição. O juiz, descendo de uma postura apenas passiva diante da lei assume o dever de aplicá-la na medida dos Direitos positivados na Constituição, sobretudo na perspectiva dos Direitos fundamentais.⁵¹ O constitucionalismo, nesse aspecto, fez acender nova fonte do Direito no sistema do *civil law* ao admitir que o juiz decida que uma lei é inválida por conflitar com a Constituição, rompendo com o míope dogma da separação de poderes e rendendo ensanchar para que o juiz aqui, também, crie o Direito.⁵²

A afirmação de que os juízes não criam o Direito, nos países de tradição românica, é resultado da falsa impressão, segundo a qual é preferível um governo das leis a um governo de juízes, isto é, de que mais vale a certeza das normas à versatilidade dos homens.⁵³

José Puig Brutau, nesse pormenor, escreve:

Os que têm por ocupação profissional prevenir ou resolver os conflitos de interesses são, esses, os que promovem de uma maneira decisiva a evolução do Direito. Certas expressões como *solvitur ambulando*, *ex facto oritur ius* e *ubi remedium ibi ius*, simbolizam a presença viva de um método que, como acreditamos ter demonstrado, prevaleceu e foi a nota distintiva – tanto do Direito Romano Clássico como do Direito Anglo-Saxão. E a mesma realidade, por igual, é a que impera – ainda que mais ou menos desfigurada – em todo e qualquer sistema jurídico que normalmente se desenvolva. Acontece, porém, que na Europa Continental, precisamente, nos sistemas jurídicos cujas instituições foram as recebidas do Direito

51 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 187, jun. 2009.

52 A respeito da conformação do *statute* ao *common law*, são valiosas as palavras de ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do *common law*. *Revista de Direito Público*, n. 35-36, p. 20, jul./ dez. 1975.: "Aliás, a relação entre *statute* e o direito comum não fica suficientemente refletida com esta distinção rígida. Uma vez publicada a lei, os tribunais interpretam-na, e as suas interpretações obedecem de novo à regra do precedente. Aqui os conceitos não são muito precisos, porque se utilizam várias noções de *common law*, mas parece podemos dizer que o jurista do sistema anglo-americano que aplica uma lei, tal como interpretada por decisões judiciais, está a utilizar simultaneamente o *statute* e o *common law*. Quer dizer, as decisões judiciais vão integrando o *statute*, elemento heterogêneo, no tecido contínuo do Direito *commum*".

53 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 84.

Privado Romano, subsiste a convicção aposta. Especialmente a partir das grandes codificações chegou-se a crer que o Direito resulta tão-somente de um ato de soberania do poder público, qual seja o da promulgação de um corpo autorizado de normas. Além do que, e embora a afirmação receba um flagrante desmentido na prática quotidiana, se costuma acrescentar que um tal corpo constitui um sistema fechado, dentro do qual têm de ser encontrados, se não os preceitos que expressamente resolvam o caso em litígio, pelo menos os princípios gerais capazes de conduzir a uma solução que se possa imputar ao sistema normativo posto e mantido em vigor pelo poder público. Em consequência, e em aberta oposição ao que em verdade ocorre, estima-se que os juizes não criam o Direito, limitando-se a aplicá-lo; e que a interpretação não significa mais que determinar o sentido de uma norma geral para fazê-la incidir sobre o caso particular.⁵⁴

Nessa medida, a Lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, equivale dizer que deixa de ter somente legitimação formal, senão que entretecida a peias dos Direitos positivados na Constituição⁵⁵. Eleva-se, nesse contexto, a jurisprudência como fonte normativa do Direito. A lei não mais

54 BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977. p. 131.

55 Luigi Ferrajoli com a percepção que lhe particular bem retratada essa mutação do princípio da legalidade e, a consequente, virada de paradigma que culminou com a superlativação do princípio da legalidade substancial. Segundo o autor: “*El constitucionalismo, tal como resulta de la positivización de los derechos fundamentales como límites y vínculos substanciales a la legislación positiva, corresponde a una segunda revolución en la naturaleza del derecho que se traduce en una alteración interna del paradigma positivista clásico. Si la primera revolución se expresó mediante la afirmación de la omnipotencia del legislador, es decir, del principio de mera legalidad (o de legalidad formal) como norma de reconocimiento de la existencia de las normas, esta segunda revolución se ha realizado con la afirmación del que podemos llamar 'principio de estricta legalidad (o de legalidad substancial)'. O sea, con el sometimiento también de la ley a vínculos ya no solo formales sino substanciales impuesto por los principios y los derechos fundamentales contenidos en las constituciones. Y si el principio de mera legalidad había producido la separación de la validez y de la justicia y el cese de la presunción de justicia del derecho vigente, el principio de estricta legalidad produce a separación de la validez y de la vigencia y de la cesación de la presunción apriorística de validez del derecho existente. Em efecto, en un ordenamiento dotado de Constitución rígida, para que una norma sea válida además de vigente no basta que haya sido emanada con las formas predispuestas para su producción, sino que es también necesario que sus contenidos substanciales respeten los principios y los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. A través de la estipulación de la que en el apartado 4 he llamado la esfera de lo indecible (de lo indecible que, que se expresa en los derechos de libertad, y de lo indecible que no, que lo hace en los derechos sociales), las condiciones sustanciales de validez de las leyes, que en el paradigma premoderno se identificaban con los principios del derecho natural y que en el paradigma paleopositivista fueron desplazadas por el principio puramente formal de la validez como positividad, penetran nuevamente en los sistemas jurídicos bajo la forma de principios positivos estipulados en normas supraordenadas a la legislación*”. (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 23)

é autoreferenciada e evidente em si mesma⁵⁶, mas, ao contrário, demanda a sua adequação aos direitos fundamentais. As leis, nesse aspecto, devem agora estar em conformidade com os Direitos fundamentais.⁵⁷ Tal exigência decorre de uma concepção do Direito adequada à Constituição, na qual os Direitos fundamentais são princípios que possuem aplicabilidade direta e fundamentam as decisões judiciais.⁵⁸ Essa tarefa foi, na vertente do constitucionalismo que visa reforçar a substância da Constituição, confinada ao Poder Judiciário. O jurista ocidental, seja filiado ao Direito românico-germânico ou à tradição anglo-americana, aprecia a matéria social a ser regulada pelo Direito de modo similar, pois emergido no interior da mesma civilização.⁵⁹ Nada obstante, o jurista de formação no *civil law* possui uma visão até certo ponto toldada da concepção do valor da lei nos tempos coevos, que em muitas vezes resulta num preconceito em admitir que as decisões judiciais assentem à estatura de fonte normativa do Direito. Uma visão que muitas vezes vem de encontro à vontade e realidade que a sociedade demanda.

Celso de Albuquerque Silva parece estar com a razão quando afirma que “o que faz diferença, para reconhecer às decisões judiciais o *status* de fonte formal do Direito é o modelo de função social da jurisdição porventura adotado no país. Assim, países de mesma tradição jurídica, mas com visão distinta da função social desempenhada pelo judiciário, possuem visões diferentes acerca da obrigatoriedade de se seguir o precedente judicial”.

⁶⁰ A abordagem feita em tópico predecessor a respeito da posi-

56 Tereza Arruda Alvim Wambier diante das vicissitudes da dinâmica social assevera a fragilidade da lei, para quem “esse fenômeno fez com que muitos pensadores percebessem que o *texto da lei* tinha se tornado um instrumento insuficiente para resolver todos os problemas levados ao Judiciário, já que as multifacetadas feições das sociedades contemporâneas, somadas ao fato de o judiciário ter-se tornado mais acessível, acabou por obrigar o juiz dos nossos tempos a decidir de acordo com as novas particularidades de cada caso. Isso significa que, de algum modo, deve haver *flexibilidade*”. (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 128, jun. 2009).

57 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre a jurisdição de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 209, jun. 2009.

58 MAUÉS, Antonio Moreira. Ensaio sobre harmonização da jurisprudência constitucional. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 111, p. 27, 2008.

59 ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do common law. *Revista de Direito Público*, n. 35-36, p. 6, jul./ dez. 1975.

60 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 169.

ção do judiciário na escalada democrática nos tempos de hoje, principalmente, a partir da atuação através da jurisdição constitucional, amparada numa justificação substancial, comprova a assertiva do professor Celso nos dia que correm. O judiciário ocupa hoje uma função de destaque na estrutura democrática. Nele repousa a dignidade da democracia ante um legislativo mastodonte e um executivo leviatã, para usar a expressão de Cappelletti. O judiciário, nessa quadra, é o mensageiro da sociedade, o alvissareiro da democracia. Inquestionavelmente, o juiz na sociedade contemporânea deve guiar-se segundo os valores assumidos na sociedade. Esse deve ser seu objetivo. Por essa perspectiva, pautado nos escólios de Celso de Albuquerque Silva, diante da função desempenhada, hodiernamente, pelo judiciário no tecido social, nos permite elevar as decisões à categoria de fonte formal do Direito.⁶¹

Essa também é a lição de Fernando Pinto, embora ministrada nos idos de 1971, encontra-se atualizadíssima para nosso tempo. Segundo o professor, “o juiz de nosso tempo não pode manter-se como ente inanimado de Montesquieu; passa, antes, cada vez mais a ser *iustum animatum* de que falava o Aquinaté, o outrora indiferente e marmóreo aplicador da lei cedeu passo para o julgador que sente, vibra e participa das hipóteses que lhe deparam, sem, contudo, julgá-las a seu talento, senão com base na lei, mas igualmente nos casos omissos, confrontando os textos legais e corrigindo os contratos a fim de harmonizar o Direito com às necessidades da vida e as exigências da justiça, como dissera Gaston Morin”.⁶²

Dessume-se, pois, nessa quadra da história, em que o Judiciário é arrostado a resgatar a substância do texto constitucional, libertando os juízes para interpretar o conteúdo da lei, aproximando-a de um ideal moral de justiça, um movimento direcionado a outorgar as decisões judiciais, pelo menos as pro-

61 Ainda apoiado na lição de Celso de Albuquerque Silva, verifica-se que a jurisdição constitucional não se resume a mecânica de garantir a supremacia da Constituição, mas contribui para o desenvolvimento de princípios do Estado de Direito, o princípio do Estado Social, o princípio Democrático e o princípio Federativo. (SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 169).

62 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 83.

feridas pelo Supremo Tribunal Federal, um prestígio superlativo, de modo a identificar-se no espírito da doutrina do *stare decisis*, cujo escopo, primordial, está exatamente em reconhecer esse prestigiamento das decisões judiciais. Nesse particular, defende François Rigaux que “entre as fontes que se acumulam assim ao longo dos anos figuram em bom lugar as próprias decisões judiciais. A doutrina do precedente é uma verdadeira ciência cujos refinamentos desafiam toda explicação simples”.⁶³ Realmente, a função criativa dos juízes nos sistemas jurídicos, até então imaginados, tradicionalmente filiados ao *civil law*, tem aumentado vertiginosamente, nomeadamente em razão de cláusulas abertas como boa-fé, abusividade, interesse público, aproximando sua atuação daquela desempenhada pelo juiz anglo-saxão.⁶⁴ “A dificuldade de ver o papel do juiz sob o neoconstitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*”.⁶⁵

As nações de *civil law*, tal como as famílias do *common law*, desejam a estabilidade, a previsibilidade e certeza do Direito. O fato de o *civil law* contar com legislação escrita não significa, de per si, seja capaz de assegurar esses efeitos⁶⁶. Doce dissabor! Somente uma uniformização da jurisprudência alteando-a ao patamar de fonte normativa é capaz de provocar esse desejável efeito na sociedade contemporânea. Tem razão, Tereza Arruda Wambier, quando alerta para o fato de que “a rigidez que poderia esperar encontrar nos sistemas de *civil law*, como uma de suas principais características, tem um contrapeso, que pode gerar um imenso desequilíbrio (como ocorre no Brasil): juízes podem

63 RIGAUX, François. *A lei dos juizes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

64 SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 168.

65 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre a jurisdição de *civil law* e de *common law* e a necessidade aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 213, jun. 2009.

66 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais v. 34, n. 172, p. 134, jun. 2009.

decidir de acordo com as suas próprias opiniões a respeito do sentido da lei”.⁶⁷

A jurisprudência no Direito brasileiro, nesse aspecto, passa a gozar o status de fonte formal do Direito, criando normas jurídicas obrigatórias quando fixadas pelo Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, os juízes *ad quo* estão obrigados a julgar em conformidade com a jurisprudência da Corte Suprema. Exatamente porque o controle da constitucionalidade, em última análise, pertence ao Supremo Tribunal Federal. A necessidade de adotar-se um sistema de precedente se torna mais candente no Direito pátrio, uma vez não estão em disputa tão apenas a unificação da interpretação do Direito infraconstitucional, mas igualmente a própria afirmação judicial do significado da Constituição.⁶⁸ “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria do *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica”.⁶⁹ A prevalecer essa tal orientação, fragilizaria o sistema e dificultaria o acesso à justiça e à efetividade da prestação jurisdicional sem dilações indevidas.⁷⁰

Dissertando a respeito do sistema de precedentes no Direito judicial brasileiro, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

Nesta dimensão importa que o sistema judicial brasileiro está mais perto do americano do que do de controle reservado unicamente ao Tribunal Constitucional. O sistema judicial americano certamente teria tido grande dificuldade para se desenvolver se o seu juiz ordinário estivesse autorizado a divergir da sua Suprema Corte. Na verdade, há absoluta falta de lógica em se dar ao juiz ordinário a possibilidade de negar o significado atribuído à Constituição, quando se sabe que os Supremos Tribunais têm como, principal missão, a definição da interpretação da Constituição. E tal ausência de lógica é

67 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n.172, p. 137, jun. 2009.

68 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre a jurisdição de civil law e de common law e a necessidade aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n.172, p. 215, jun. 2009.

69 *Ibid.*, p. 231.

70 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo: uma reengenharia necessária. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n.164, p. 357, out. 2008.

ainda mais visível num país de sistema misto de controle de constitucionalidade, como o Brasil, em que se dá ao Supremo Tribunal não só a função de dar a última palavra sobre a questão constitucional no processo concreto, mas igualmente a função de realizar a função de realizar o controle abstrato da constitucionalidade da lei.⁷¹

Assim, ante a influência recíproca dos sistemas jurídicos, é compreensível que do julgamento de cada *case* se extraia critério para os julgamentos futuros, a fim de preservar a estabilidade e segurança para a confiança do próprio Direito. Pelo crivo judiciário de casos concretos, é lícito aguardar a evolução do Direito, segundo a dinâmica social e evolução das perspectivas axiológicas, antes concebidas inextricavelmente nas rígidas formas legais do positivismo. Nesse panorama, a influência da jurisprudência tem sido sentida cada vez com mais vigor nos países do *civil law*, muito embora, isso não seja confessadamente expressado.⁷² A ideia de desconsiderar a jurisprudência como fonte formal do Direito é apenas uma idiosincrasia, quando na prática do foro as decisões do pretório são acatadas, no geral, pacificamente. Fernando Pinto, na Constituição de 1981, no § 2º, do art. 59, já destacava a importância de considerar as decisões do Pretório como fonte do Direito, cujo teor determinava que a Justiça Federal consultasse a jurisprudência dos tribunais locais nos casos em que houvessem de aplicar as leis dos Estados e quando as justiças estaduais houvessem de interpretar as leis da União.⁷³

Nesse toar, Teresa Arruda Wambier esposa entendimento, segundo o qual a jurisprudência dominante constitui fonte do Direito. Eis o relato da autora;

Pensamos poder dizer que a jurisprudência dominante, mesmo nos países de *civil law*, é fonte do Direito e ao mesmo tempo é o *próprio Direito*. Esta concepção encontra apoio na

71 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre a jurisdição de civil law e de common law e a necessidade aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 215, jun. 2009.

72 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, p. 138, jun. 2009.

73 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p.65.

visão do Direito como sendo um sistema autopoietico. Trata-se de um conceito emprestado da biologia que se refere às células que nascem de si mesmas. Luhmann transportou esse conceito biológico para o plano da sociedade, dizendo, *grosso modo*, que o Direito nasce de si mesmo. [...] Pensamos, e mais à frente desenvolveremos esta ideia, que nestes casos, um juiz de *civil law* cria o Direito, proferindo uma decisão nova para um caso percebido de um modo diferente. Essa decisão, todavia, embora não esteja de acordo com a letra da lei, está de acordo com o sistema jurídico visto como um todo.⁷⁴

Haroldo Valladão, a seu tempo e época, já acenava na Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, cujo anteprojeto é de sua autoria, Decretos nº 51.005 de 1961 e 149 de 1962, a força vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal para os juízes e tribunais ao atribuir, no art. 7º, compulsoriedade às resoluções da Corte pelas quais fixava a interpretação da lei federal.⁷⁵

Na justificação do texto, nos informa o professor Fernando Pinto, Haroldo Valladão reconhece, decisivamente, a jurisprudência como fonte do Direito. Veja-se o trecho:

Apresentamos uma outra fonte do Direito de recurso contínuo, 'a jurisprudência que dá as aproximações necessárias para adaptar a generalidade dos textos ao caráter complexo e mutável dos fatos sociais, constituindo a verdadeira tábua de logaritmos dos juristas [...] Segundo temos sempre acentuado: a jurisprudência dos tribunais superiores, as regras jurídicas proclamadas em reiteradas decisões, constitui nos países de língua inglesa uma *fonte positiva*, expressa, e, noutros, declaradamente, uma fonte retórica, mas, *de fato, também positiva*. [...] Forma-se ao lado da lei um Direito jurisprudencial, mais modável, reformável pelos próprios tribunais, mais vivo, particularizado, e que é o Direito positivo corrente. O Direito científico e o Direito popular, das fontes teóricas e dos usos e costumes dos particulares, mostram

74 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n.172, p. 138, jun. 2009.

75 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 58.

ao legislador o caminho para a feitura e alteração das leis, mas, principalmente, *orientam a jurisprudência*, passando por intermédio das contínuas decisões dos tribunais a constituir verdadeiro Direito vigente. O Direito jurisprudencial une o Direito presente ao futuro, é a ponte entre o *jus constituto* e o *jus constituendo*.⁷⁶

Hector Fix-Zamudio, a seu turno, referindo-se à jurisprudência da Suprema Corte de Justiça mexicana a reconhece, sentencialmente, como fonte formal do Direito. Nos falares do autor, “en nuestro sistema constitucional y legal, la jurisprudencia de Suprema Corte de Justicis, en los términos y condiciones establecidos por los artículos 192, 193 y 193 bis de la Ley Orgánica del Juicio Constitucional, tiene carácter obligatorio y por lo mismo constituye fuente formal de derecho. De acuerdo con los mencionados preceptos, la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia solo puede referirse a la Constitución, leyes federales y tratados celebrados con potências extranjeras, aunque de hecho, la própria abarca la interpretación de las leyes de los Estados, además de que las autoridades locales respetan normalmente el critério del más Alto Tribunal de la República”.⁷⁷

Fernando Pinto voltando-se para o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de confirmar a tese de que a jurisprudência pode ser tida como fonte formal do Direito pátrio, cita o exemplo de decisão *contra legem* ilustrado por Washington de Barros Monteiro, segundo o qual a impossibilidade de se reconhecer filhos de desquitados, até que, e mercê de longa série de julgados, o entendimento legal de antanho fosse alterado pelo Decreto-lei nº 4.737 de 24/05/42, e da Lei nº 883 de 21/10/49, que vieram a possibilitar tal reconhecimento, após a dissolução da sociedade conjugal.⁷⁸ Cuida-se da jurisprudência ferindo a realidade social, forcejando a alteração da lei. Agora, se a jurisprudência não for fonte do Direito, a que nome se daria a essa singular situação? Como aplicar os

76 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 1977. p. 58.

77 ZAMUDIO, Hector Fix. *Estúdio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*. In: CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: Imprenta Universitária, 1961. p. 234 - 235.

78 PINTO, op. cit. p. 91.

preceitos contidos nos art. 557, § 1º, 475, § 3º, 544, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil que permitem o julgamento com base na jurisprudência dominante, assim como o Código Civil que adota cláusulas abertas que deverão ser interpretadas e densificadas pela jurisprudência no átimo em que as leis se constitucionalizam e a Constituição se principaliza?⁷⁹ Evidentemente que se trata de fonte formal do Direito, com força jurígena para alterar o Direito positivo, como sói vem acontecendo em muitos casos recentes e no passado, tal como confirmado no exemplo prefalado.

De qualquer sorte, a jurisprudência, de uma forma ou de outra, impõe ao legislador uma nova visão dos institutos jurídicos, alterando-os, forcejando à expedição de leis que consagrem sua orientação. Desse modo, é inquestionável que a jurisprudência constitua uma importantíssima fonte de norma jurídica.⁸⁰

O *justice* Oliver Wendell Homes Junior, aproximando-se do realismo jurídico concebe, em seu escrito de 1897, a jurisprudência como apta a inserir enunciados jurídicos no ordenamento, constituindo, pois, fonte jurígena do Direito:

Se quiserdes conhecer o Direito, nada mais que o Direito, segui o exemplo do homem mau (*bad man*) que só se preocupa com as consequências materiais que semelhante conhecimento lhe permite antecipar, à diferença do homem bom que trata de justificar a sua conduta, tanto dentro como fora do campo do Direito, apenas com as vagas sanções da sua consciência. [...] Considera o problema fundamental: diversa do que decidem os Tribunais de Massachusetts ou da Inglaterra, que é um sistema racional, que se alicerça em algo deduzido de princípios éticos, de axiomas indubitáveis, ou do que mais seja que pode ou não coincidir com o que lhe falem em que decidirão, concretamente, os Tribunais de Massachusetts e da Inglaterra. Pois eu estou com o homem mau. O Direito, para mim, se resume sem mais nem menos nas profecias sobre a ação efetiva dos Tribunais.⁸¹

79 ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 245.

80 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 294.

81 HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The path of the law*. 10 Harvard Law Reviews 457, 1897. Disponível em: http://www.constitution.org/ltrev/owh/path_law.htm. Acesso em: 09 ago.2010.

Por isso, a influência dos precedentes na ordem jurídica brasileira emerge como mais de que um conselho e mais do que uma ordem, mas como verdadeira fonte primária do Direito, dotada de imperatividade. A partir dos precedentes jurisdicionais, as pessoas conhecem os riscos que correm, caso contem com situações jurídicas negadas pelos tribunais, em sua linha costumeira de julgamentos; os juízes, a seu turno, sabem da provável reforma de seus julgamentos, caso optem por uma linha divergente. Tudo isso, em última análise, permite a estabilização da sociedade e o salutar desenvolvimento dos Direitos fundamentais.

A jurisprudência tem, dessa forma, influência na personalidade das pessoas, de modo a infundir, de alguma maneira, algum peso em suas decisões e conduta. Trata-se, evidentemente, de fonte normativa do Direito e, obviamente, acompanhado de coerção ou sanção, com força, por assim dizer, rescindendo sobre as orientações divergentes. Usando linguagem política, destarte, diga-se então que a jurisprudência constitui positivamente de poder, poder esse, lembre-se, de dimensão jurídica.

Consoante lição de José Eduardo Faria, “o poder objetivado é aquele exercido de acordo com certas normas impessoais que se desligam das vontades que o prescreveram, convertendo-se em intencionalidades objetivas”⁸². No Direito brasileiro, indubitavelmente os precedentes emanados da Corte Suprema são portadores dessas intencionalidades objetivas e constituem, decerto, atos de positivação do poder, com caráter de universalidade com que se dá a positivação mediante lei, o que equivale a dizer, fonte normativa de Direito.

Embora o Código de Processo Civil seja explícito a propósito ao estabelecer a eficácia da sentença nos confins do objeto do processo, traçando com clareza os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada material, porém o recrudescimento da decisão de mérito apenas aos sujeitos envolvidos na relação processual no limite do *decisum* não se coaduna mais com atual perspectiva do constitucionalismo moderno que absorve, com

82 FÁRIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 42.

clareza, elementos do *common law*, entre eles a essência do *stare decisis*, de tal sorte que os fundamentos da decisão, igualmente, ficam acobertados pela autoridade da coisa julgada. Tal construção afirma a vocação da atividade jurisdicional à condição de fonte do Direito. Resta, portanto, constituída por normas gerais e obrigatórias criadas pela prática consuetudinária do Poder Judiciário portadora de normatividade influenciando no fenômeno de produção do Direito normativo.⁸³

As decisões judiciais contêm um *holding*, que é a parte em que enuncia normas de eficácia vinculativa para o futuro. Logo, é preciso esclarecer que nem todos os argumentos enunciados na decisão compõem a *ratio decidendi*, somente aqueles ditos determinantes. Calha o parêntese uma vez que o que vincula as instâncias inferiores e a Administração é a proposição jurídica abrangida na *ratio decidendi*; eis a interface da decisão do *decisum* que opera como fonte normativa do Direito.

Assim, impõe-se no Direito brasileiro a adoção da doutrina do *stare decisis* diante dos precedentes constitucionais emitidos pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo em via de recurso extraordinário. A não ser desse modo, esvaziaria de sentido um sistema (no Direito brasileiro não se passa diferente) fundado no Direito a igualdade das decisões, na segurança jurídica e na previsibilidade das decisões judiciais, se os precedentes constitucionais restassem desobedecidos.⁸⁴

5 Conclusão

Em síntese, sobressai o peculiar sistema brasileiro de controle de constitucionalidade definido como sistema eclético ou misto, coexistindo no âmbito da justiça constitucional o controle difuso e concentrado, transformando em condições de possibilidade para compreensão do modelo de controle de constitucionalidade como um dos mais completos no sentido de assegurar

83 DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 293.

84 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.34, n.172, p. 201 - 207, 2009.

a vigência da Constituição. Essa constatação, com efeito, nos conduz na aproximação de sistemas jurídicos que até então eram compreendidos como, tradicionalmente, antagônicos. Trata-se dos sistemas do *civil law* e do *common law*.

Não é demais lembrar, nessa medida, que no que concerne ao campo político-constitucional, o Direito brasileiro abeberou-se nas fontes do Direito norte-americano. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro se caracteriza pelo seu hibridismo ao congregar elementos de ambas as tradições jurídicas, num movimento cíclico de influência.

Nesse contexto, portanto, pode-se admitir que são dotados de efeito vinculante não apenas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concentrado de constitucionalidade, via ação direta de inconstitucionalidade, declaratória de constitucionalidade e nas arguições de descumprimento de preceito fundamental, mas, igualmente, as proferidas em controle difuso de constitucionalidade. Por outro giro verbal, no Brasil, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade são fontes formais do Direito. Daí forçoso concluir impossível olvidar o papel que a jurisprudência desempenha na formação do Direito, realçando os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, para o qual a invariável sequência dos julgamentos torna-se como que o suplemento da própria legislação.⁸⁵ Afinal, “um precedente da Suprema Corte, durante o tempo de vida deste precedente, é ‘lei’ porque o precedente determina o que a *Constituição significa* até que a Suprema Corte mude o precedente num caso posterior”.⁸⁶

6 Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A verticalização das decisões do STF como instrumento de diminuição do tempo do processo:

85 PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977. p. 92.

86 COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 92, p. 73, out./dez. 1998. (não destacado no original)

uma reengenharia necessária. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n 164, p. 342-359, out. 2008.

ASCENÇÃO, J. Oliveira. Fontes do direito no sistema do common law. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 35-36, jul./dez.1975.

BRUTAU, José Puig. *A jurisprudência como fonte do direito*. Tradução Lenine Nequete. Porto Alegre: Ajuris, 1977.

CANOTILHO, José Gomes. A 'principlialização' da jurisprudência através da Constituição. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 25, n. 98, abr./jun. 2000.

CAPPELETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

COLE, Charles D. Precedente judicial: a experiência americana. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 23, n. 92, out./dez. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. v.1.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1981.

FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

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

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The path of the law*. 10 Harvard Law Reviews 457, 1897. Disponível em: http://www.constitution.org/lrev/owh/path_law.htm. Acesso em: 27 set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009.

MAUÉS, Antonio Moreira. Ensaio sobre harmonização da jurisprudência constitucional. *Revista Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 111, 2008.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importação de modelos jurídicos. In: _____. *Temas de direito processual civil*: oitava série. São Paulo, 2004.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PINTO, Fernando. *Jurisprudência fonte formal do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Tradução Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. *A Constituição Americana: dois séculos de direito comparado*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

SEGADO, Francisco Fernández. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergência de los sistemas americano y europeo-Kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

TARUFFO, Michele. Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o problema da verificação da verdade. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, n. 181, mar. 2010.

_____. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 28, n. 110, abr./jun. 2003.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, n. 172, jun. 2009.

ZAMUDIO, Hector Fix. Estúdio sobre la jurisdicción constitucional Mexicana. In: CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. México: Imprenta Universitária, 1961.

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

1.8

ICMS ECOLÓGICO

JÚLIO CESAR COVRE*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Repartição de receitas tributárias. 2.1 Direito financeiro: despesas e receitas públicas. 2.2 Receitas tributárias e sua repartição constitucional. 2.2.1 Repartição de receitas tributárias no ICMS. 3 O ICMS ecológico. 3.1 A Constituição da República e o direito ambiental. 3.2 Políticas públicas. 3.3 Fundamentos e generalidades do ICMS ecológico. 3.4 Experiências. 3.4.1 Paraná. 3.4.2 Perspectivas de implantação no Estado do Espírito Santo. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 Introdução

Desde o surgimento do conceito de Estado na antiguidade clássica, o mesmo tem por fundamento uma organização política, econômica e jurídica que, na atualidade, tem por escopo basilar resguarda os direitos individuais e fundamentais do homem, bem como os direitos coletivos e os difusos. Nesse sentido, para o Estado suprir as necessidades públicas, deve o mesmo ter uma fonte de custeio, sendo esta, em sua maior parte, proveniente da arrecadação de tributos.

No Estado brasileiro, depois de arrecadados, os tributos são divididos equitativamente por meio da repartição das receitas tributárias, consoante dispõe o texto constitucional. Desse modo, garante-se que todos os entes terão a sua autonomia financeira plena e a devida receita proveniente da arrecadação geral dos tributos individualizada na partição correta de cada quota parte.

Nesse diapasão, vislumbrou-se, por meio da política pública do ICMS Ecológico, a possibilidade de utilização da receita proveniente do repasse dos estados membros aos municípios a título de ICMS (art. 158, parágrafo único da Constituição Federal - CRFB), de forma a privilegiar as municipalidades que dete-

* Advogado. Mestrando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós graduando em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET/SP.

nam práticas de caráter ambiental. Assim, corroborando para a preservação do meio ambiente, nos termos do estudo abaixo formulado.

2 Repartição de receitas tributárias

Antes de iniciar o estudo acerca da proposta do ICMS Ecológico, convém ressaltar, mesmo que de forma perfunctória, as noções gerais sobre a repartição das receitas tributárias elencadas no texto constitucional, especialmente o caso do ICMS.

2.1 *Direito financeiro: despesas e receitas públicas*

A Constituição de um Estado consiste na organização dos elementos essenciais do mesmo. Assim sendo, a Constituição detêm em seu cerne determinadas atividades que são obrigatoriamente prestadas pelo Estado, como é o caso das necessidades públicas.

Nesse contexto, temos a atividade financeira do Estado, isto é, o fluxo de obtenção e dispêndio dos recursos necessários ao funcionamento da máquina estatal que presta os citados serviços de necessidade pública, sendo que tal atividade financeira é disciplinada juridicamente pelo Direito Financeiro, nos termos dos artigos 163 a 169 da CRFB (atualmente regulamentados pela Lei Complementar n.º 101/2000).

Na seara do Direito Financeiro, resalta-se a necessidade de analisar o conceito de orçamento público para, então, extrair-se os conceitos de despesas e receitas públicas.

O orçamento público, sinteticamente, consiste em um plano administrativo no qual o Estado delimita, previamente, os gastos que serão realizados na efetivação das necessidades públicas (despesas públicas) e, ainda, como será realizada a captação de recursos para atender tais gastos (receitas públicas), conforme o artigo 165 da CRFB.

Dessa forma, restringindo-se a análise às receitas públicas, as mesmas podem ser classificadas em receita originária e receita derivada, nos termos da doutrina alemã.

As receitas originárias, assim, são as decorrentes do exercício privado do Estado sobre os seus bens, ou seja, economia privada e, de outro vértice, as receitas derivadas são as de economia pública do Estado, típico exercício do seu poder de impor à sujeição aos seus cidadãos (*ius imperii* estatal).

O tributo, deste modo, é o principal exemplo da receita pública derivada, bem como a multa, o confisco, a perda de bens, a reparação de guerra, etc. Portanto, sem adentrar ao mérito das diferentes espécies de tributos, bem como aos seus princípios norteadores, vale ressaltar, nesse esteio, a existência de uma subespécie doutrinária das receitas derivadas que a classifica por sua origem, qual seja, as denominadas receitas transferidas.

As receitas transferidas caracterizam-se por receitas que são transferidas por um ente e percebidas por outro ente, sendo que este não tem competência para criá-la e, tampouco, cobrá-la do particular. Como exemplo de receita transferida tem-se o art. 158, inciso IV, da Constituição, que prescreve que estado membro é obrigado a transferir 25% (vinte e cinco por cento) do produto de sua arrecadação de ICMS para os municípios.

Mais ainda: o município recebe do estado membro a sua quota parte de participação, que é uma receita derivada, no caso, uma receita derivada transferida que ostenta a modalidade obrigatória, haja vista o município receber do estado membro por expressa disposição constitucional.

2.2 Receitas tributárias e sua repartição constitucional

A receita pública derivada dos tributos pode ser denominada simplesmente de receita tributária e, como já visto, é aquela proveniente do exercício do poder de autoridade do Estado, exercendo uma constrição no patrimônio do particular sem o intuito de puni-lo e, de tal modo, tem por único fundamento a garantia da co-participação dos contribuintes no rateio dos encargos públicos.

Nesse ínterim, convém destacar que as receitas tributárias, no atual Estado Moderno, são as mais importantes fontes de receita, uma vez que correspondem à maior parte da receita auferida pelo Estado.

Em análise desta atividade financeira do Estado, qual seja, a captação de recursos por meio das receitas de natureza tributária, que se encontra disciplinada no Título VI do texto constitucional, ressalta-se a incidência da já explorada receita derivada de transferência obrigatória. Isto quer dizer que a CRFB, com o límpido escopo de distribuir equitativamente às receitas oriundas dos tributos, estipulou, obrigatoriamente, a incidência de receitas transferidas em determinadas fontes de receita tributária, visando, unicamente, a manutenção do princípio federativo encartado no art. 1.º, caput, da citada carta.

Para fins deste trabalho interessa analisar as normas de repartição da receita tributária encartadas no texto constitucional, especialmente a receita transferida pelos estados membros aos municípios a título do produto da arrecadação do ICMS por aqueles, nos termos do art. 158, inciso IV, a seguir analisado.

2.2.1 Repartição de receitas tributárias no ICMS

A transferência das receitas tributárias provenientes do ICMS vem sendo, nos últimos anos, a principal fonte de financiamento de alguns municípios, a qual é distribuída pelos estados membros por meio dos ditames constitucionais, bem como de leis complementares.

Nesse sentido, o art. 158, inciso IV, da CRFB, acima citado, já leciona que 25% do produto da arrecadação do ICMS pelos estados membros deve ser transferido para os municípios.

A transferência, pelo estado membro, da quota parte do produto da arrecadação do ICMS para os municípios não é uma faculdade, mas, sim, uma obrigação imposta àquele por expressa disposição constitucional, pois cabe ao estado membro disponibilizar aos seus municípios às respectivas quota parte, de acordo com os ditames elencados no texto constitucional (Vide Súmula 578 do STF).

Assim, constitui-se obrigação do estado membro a transferência da quota parte correspondente a 25% do produto da arrecadação do ICMS para os municípios, sendo que, em seu

parágrafo único, o citado artigo dispõe acerca dos critérios que norteiam o repasse.

Eis o teor do art. 158, parágrafo único, da CRFB:

Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;

II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

Note-se que a CRFB, na definição dos critérios de repartição das receitas tributárias, primou pela equidade e pela compensação dos municípios, mas, por outro lado, manteve uma pequena parcela de discricionariedade administrativa ao executivo para o manejo de uma quota parte do ICMS.

Portanto, o texto constitucional facultou aos estados membros dispor acerca da quota parte do ICMS pertencente aos municípios, instituindo o Índice de Participação do Município (IPM) desde que respeitadas às disposições do parágrafo único do art. 158.

Impende, nessa toada, ressaltar que a distribuição da quota parte do ICMS institui uma transferência financeira do tipo geral, a qual tem por escopo o ressarcimento dos municípios pela perda da chance de auferir receita proveniente do citado tributo que é instituído e cobrado em seu território pelos estados membros, em uma perspectiva compensatória.

Como exemplo, aborda-se os pontos fixados pela Lei Estadual n.º 4.288/1989 do Espírito Santo, que institui e regulamenta os índices de distribuição da quota parte dos municípios na participação do produto do ICMS arrecadado pelo Estado do Espírito Santo, citado por Rogério Zanon Silveira e Luiz Humberto Klewer em publicação oficial:

OS FATORES QUE COMPÕEM O IPM E OS RESPECTIVOS PESOS

Fator	Peso %
1 Valor Adicionado	75,0
2 Número de Propriedades Rurais	7,0
3 Produção Agrícola e Hortigranjeira	6,0
4 Área do Município	5,0
5 Gasto com Saúde e Saneamento Básico	3,0
6 Gestão Avançada de Saúde	2,5
7 Consórcio para Prestação de Serviços de Saúde	1,0
8 10 maiores Municípios em Valor Adicionado	0,5
Total	100,0

Fonte: Rogério Zanon Silveira e Luiz Humberto Klewer (2000, p.7)

Portanto, analisadas as noções gerais sobre a repartição das receitas tributárias elencadas no texto constitucional, especialmente os critérios de participação dos municípios na receita proveniente da arrecadação do ICMS pelos estados membros, evolui-se no tópico seguinte para a análise específica acerca do ICMS Ecológico.

3 O ICMS ecológico

Neste item da pesquisa analisam-se os aspectos conceituais do ICMS Ecológico e a sua inserção no contexto das repartições das receitas tributárias, entretanto, em primazia à didática, convém vislumbrar uma breve consideração acerca do Direito Ambiental e os princípios constitucionais aplicáveis ao caso em estudo, especialmente o meio ambiente saudável como direito fundamental, bem como a sistemática das políticas públicas ambientais no âmbito tributário-financeiro.

3.1 A Constituição da República e o direito ambiental

Como já demonstrado anteriormente, as funções desempenhadas pelo Estado para a sua manutenção, bem como para conservar o bem estar social e, ainda, a garantia dos direitos fundamentais, estão inseridas na CRFB e, dessa forma, representam a contraprestação do Estado pelos tributos cobrados dos cidadãos.

No âmbito brasileiro, com o advento da CRFB de 1988, o meio ambiente passou a ser tutelado constitucionalmente e, mais ainda, incumbiu-se ao Estado, bem como ao povo, a função precípua defendê-lo e preservá-lo, de acordo com o *caput* do art. 225 da CRFB, o que, de fato, demonstra a importância do estudo do meio ambiente saudável como direito fundamental, nos termos da evolução constitucional acerca do tema.

No que tange aos aspectos da pesquisa, de acordo com as disposições do art. 225, o legislador constituinte originário reconheceu ao meio ambiente o *status* de direito fundamental, mesmo sem este estar contido no rol exaustivamente exemplificativo do artigo 5.º do texto constitucional, haja vista o meio ambiente ser bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida e, de certa forma, até mesmo um direito inerente à própria existência do homem para a posteridade.

Tanto é assim, que sendo a vida o direito fundamental por excelência, seguido pela liberdade, igualdade, segurança e propriedade, nos termos do *caput* do art. 5.º da Carta Magna, tem-se, em análise sistemática, o meio ambiente saudável como necessário à manutenção dos demais direitos fundamentais, tal qual a dignidade da pessoa humana, logo, conclui-se a natureza fundamental do meio ambiente saudável, haja vista desempenhar uma atividade tanto de fim quanto de meio na garantia dos direitos fundamentais.

3.2 Políticas públicas

As políticas públicas, como a própria etimologia da junção das palavras, consistem em políticas administrativas realizadas pelo poder estatal, geralmente com objetivos sócio-econômicos,

cuja finalidade é concretizar metas por meio do seguimento de planos de trabalho pré-determinados.

No que tange a sua importância para o Direito, as políticas públicas estabelecem, em sua essência, regras jurídicas que visam tutelar direitos difusos e coletivos, eis que: “[...] *as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.*” (BUCCI, 2006, p. 253).

Dessa forma, o Estado, por meio das políticas públicas, pode, e boa parte da doutrina moderna entende ser um poder-dever, preparar estratégias administrativas com objetivos de salvaguardar direitos difusos e coletivos no âmbito ambiental, como é o caso do ICMS Ecológico.

Nesse prisma, o Direito Tributário e o Direito Financeiro exercem fundamental intervenção nas atividades vinculadas ao custeio do Estado, logo, são instrumentos de caráter político-social-econômico na implantação de políticas públicas ambientais, assim, sendo uma alternativa para a concretização do direito fundamental ao meio ambiente saudável e equilibrado.

Dessa maneira, Ana Carolina Couto Matheus conclui pela instrumentalidade da adoção das formas tributárias e financeiras em prol da defesa ambiental e, assim, garantir o direito fundamental do meio ambiente saudável e equilibrado para toda a sociedade, ou seja: “*É preciso adaptar os princípios constitucionais tributários às necessidades dos recursos ambientais. Essa adaptação caracteriza um sistema de tributação voltado para a defesa do meio ambiente.*”(2007, p. 25).

Destarte, os tributos, seja na arrecadação propriamente dita, seja na repartição de suas receitas entre os entes federativos, constituem forte elemento instrumental para a implementação de políticas públicas ambientais, cuja meta é a garantia do direito fundamental ao meio ambiente saudável, desse modo, é nesse contexto que o ICMS Ecológico surge como proposta de alteração do critério de repartição de receita tributária proveniente do ICMS na participação dos municípios, como abaixo se analisa.

3.3 Fundamentos e generalidades do ICMS ecológico

Na atualidade, observa-se que os entes federativos suportam inúmeras dificuldades para levar a efeito suas atividades-funções, sobretudo dificuldades econômicas. Aos olhos do contribuinte os tributos por ele pagos não são utilizados com o seu devido fim, sobressaindo à concentração de riqueza e a insatisfação.

Nesse compasso, urge salientar que, de fato, tem-se uma verdadeira injustiça fiscal em determinadas áreas, por força da inadequada distribuição das receitas oriundas da arrecadação de tributos por parte dos entes federativos. No caso da repartição do ICMS, alguns municípios (geralmente pequenos ou interioranos que detêm vastas áreas de reservas naturais tuteladas ambientalmente) ficam fragilizados financeiramente em razão do critério utilizado na repartição das receitas provenientes da arrecadação desse imposto. Assim, tendo comprometido seu desenvolvimento nas mais diversas áreas por receberem pequena parcela daquela receita.

Como se salientou no início do estudo, o artigo 158, inciso IV, da CRFB preceitua que 25 % (vinte e cinco por cento) da receita da arrecadação do ICMS dos Estados deve ser repassada aos municípios. Trata-se de espécie de repartição das receitas tributárias, ou seja, trata-se da participação dos municípios na receita auferida pelo estado membro. A referida participação atende aos critérios de partição elencados no parágrafo único do citado artigo.

O legislador constituinte deixou uma margem de discricionariedade no inciso II desse parágrafo único, na qual se insere a proposta do ICMS Ecológico em comento.

Nesse sentido, insta salientar que o ICMS Ecológico é um instrumento de política pública, por meio do qual se confere aos municípios que realizam ações de preservação ambiental, em seus territórios, uma maior participação na repartição das receitas oriundas do repasse do ICMS. É como se o município recebesse receita por preservar reservas naturais, privilegiando políticas ambientais.

O ICMS Ecológico, portanto, consiste em uma forma instrumental concreta na utilização de políticas públicas ambientais

por meio do Direito Tributário e do Direito Financeiro para a proteção do meio ambiente.

Os municípios que detêm amplas Áreas de Preservação Ambiental (APA) têm dificuldades na utilização das mesmas como instrumento econômico para o seu desenvolvimento, em comparação com municípios que, em razão da ausência das citadas áreas em seus territórios, utilizam todo este como área economicamente ativa. Tais municípios se encontram em posição de desvantagem no que concerne ao desenvolvimento econômico-social. Daí a utilidade do ICMS Ecológico como forma de adequar o repasse de receitas oriunda do fundo de participação dos municípios ao fim de promover a redução de desigualdades.

Assim sendo, vislumbra-se a possibilidade dos municípios beneficiados com o ICMS Ecológico incrementarem seu desenvolvimento econômico-social, haja vista que terão um aumento significativo em sua receita, podendo aplicar nas mais diversas áreas, tais quais educação, cultura, saneamento, dentre outras. Podendo, assim, proporcionar uma melhor qualidade de vida para os contribuintes (MARCOLINO; LEAL; ALVES, 2006), com a citada possibilidade baseada na conciliação dos conceitos constitucionais de: “[...] *modo a também incentivarem a conservação dos recursos naturais, proporcionando, ao menos, algum meio de compensação financeira aos municípios que sofrem limitações de ordem física para o desenvolvimento produtivo.*” (TUPIASSU, 2006, p. 195).

A forma de concretizar o implemento do ICMS Ecológico como alteração do critério de repartição de receitas tributárias provenientes do ICMS na participação dos municípios não necessita da realização de modificações complicadas na estrutura legislativa. Denise Lucena Cavalcante e Ana Stela Vieira Mendes coadunando com tal entendimento elucidam que:

[...] Como se sabe, o ICMS é um imposto de competência estadual, sendo, dentre estes, o que gera maior receita para o respectivo ente federado responsável pela arrecadação. A sua distribuição de receitas se dá entre o Estado (75% do total) e seus Municípios (25% restantes). Desta quota cabida aos Municípios, a Constituição da República, em seu art. 158, parágrafo único, estabelece que três quartos serão re-

passados de acordo com o valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços realizadas em seu território, e, até um quarto do restante, pode ser determinado de acordo com a autonomia legislativa estadual. É nessa fresta que se admite a destinação de recursos à proteção e defesa do meio ambiente (2009).

Dessa forma, por mera Lei Estadual é possível que um determinado estado membro modifique o critério de repartição das receitas tributárias provenientes do ICMS na participação dos municípios. Ou seja, dos 25% (vinte e cinco por cento) da participação dos municípios, $\frac{1}{4}$ (hum quarto) é discricionariamente dividido pelo estado membro, logo, sendo esse um fator de implementação de políticas públicas de incentivo aos municípios.

O cerne da política pública do ICMS Ecológico, dessa forma, não é a instituição de novos tributos aos contribuintes, mas sim, uma readequação da repartição das receitas tributárias, logo, tendo um gravame ínfimo em sua operacionalidade, haja vista o Estado já deter toda a estrutura administrativa para realizar os repasses financeiros.

Portanto, com o implemento do ICMS Ecológico e a correta aplicação dos sistemas de fiscalização dos repasses financeiros, com facilidade: “[...] *será construída uma consciência ecológico-social que, numa cadeia positiva, incentivará a otimização das ações ambientais realizadas pelos municípios [...]*” (TUPIASSU, 2006, p. 199), uma vez que estes terão em vista o aumento de suas participações na repartição das receitas tributárias, bem como a possibilidade de aplicação dessas receitas na ampliação do bem-estar social e o desenvolvimento municipal, como será demonstrado no item seguinte pela experiência de implantação do ICMS Ecológico no Paraná.

3.4 Experiências

Atualmente, 14 (quatorze) estados membros implantaram ou estão em fase de implantação do critério ambiental, ICMS Ecológico, na repartição de receitas tributárias provenientes do ICMS para os municípios, são eles: Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Minas Gerais,

Pernambuco, Ceará, Piauí, Tocantins, Mato Grosso, Rondônia, Amapá e Acre.

Nesse sentido, dá-se foco ao Estado do Paraná, uma vez que esse foi o estado membro pioneiro na implantação da política pública em análise.

3.4.1 *Paraná*

O Estado do Paraná foi o estado membro pioneiro na implantação do ICMS Ecológico, haja vista a necessidade de contornar as dificuldades financeiras enfrentadas por grande parte de seus municípios, em decorrência de grandes APA, economicamente inativas, em seus territórios.

Como salientou Lise Vieira da Costa Tupiassu em sua tese sobre o assunto:

Até o fim da década de 1980, uma grande parte dos municípios do estado do Paraná se encontrava diante de um problema financeiro aparentemente sem saída. Em função de comprometerem às vezes parte significativa de seu território com APA ou mananciais de abastecimento, dificilmente obtinham licenciamentos ambientais para atividades econômicas; em consequência, detinham limitadas possibilidades de geração de ICMS e se viam extremamente prejudicados pelo repasse estadual das verbas de tal tributo, cujo critério majoritário era exatamente a quantidade de valor adicionado produzida pelo município (2006, p. 206-207).

Cabe, nesse sentido, colacionar a elucidativa dissertação de Wilson Loureiro:

O ICMS Ecológico surgiu da aliança entre um movimento de municípios e o Poder Público estadual, mediado pela Assembleia Legislativa. Os municípios sentiam suas economias combatidas pela restrição de uso do solo, originada por serem mananciais de abastecimento para municípios vizinhos e por integrarem 53 unidades de conservação. O Poder Público sentia a necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública. Nascido sob a égide da compensação, o ICMS Ecológico evoluiu, transformando-se em mecanismo de incentivo à conservação ambiental, o que mais o caracte-

riza, representando uma promissora alternativa na composição dos instrumentos de política pública para a conservação ambiental no Brasil (2009, p. 52-53).

Dessa forma, diante de situação tão inusitada, bem como a forte pressão exercida por parte das autoridades administrativas dos municípios prejudicados, suscitou-se que a: “[...] *alternativa pensada para a redução de tais prejuízos seria a adoção de instrumentos normativos que implementassem novos critérios de repartição de receitas.*” (TUPIASSU, 2006, p. 206-207), tendo por alicerce a liberalidade disposta no art. 158, parágrafo único, inciso II, da CRFB.

Assim sendo, após emenda à Constituição Estadual do Paraná, precisamente no art. 132 que trata dos critérios de repartição de receitas tributárias, foi acrescentado dispositivo autorizando a implementação do ICMS Ecológico, como a seguir descrito:

Art. 132. A repartição das receitas tributárias do Estado obedece ao que, a respeito, determina a CRFB.

Parágrafo único. O Estado assegurará, na forma da lei, aos Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àqueles com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158, parágrafo único, II, da CRFB.

Após a expressa disposição na Constituição Estadual, a Lei Estadual do Paraná n.º 9.491/1990, incumbiu-se de estipular o percentual de 5% (cinco por cento) ao citado artigo constitucional e, assim, o Paraná instituiu o ICMS Ecológico por meio da Lei Complementar Estadual n.º 59/1991, regulamentada pelo Decreto Estadual n.º 974/1991 e que, por sua vez foi reformulada por meio do Decreto Estadual n.º 2.791/1996. Tais propostas legislativas: “[...] *desde então, vem representando uma das mais significativas e promissoras alternativas de gestão ambiental no Brasil.*” (2009, p. 293), nos termos de Simone Martins Sebastião.

Com a adoção de nova forma de repartição de receitas tributárias no texto constitucional do Estado do Paraná, no que tange

ao ICMS, houve significativa evolução no estímulo à preservação ambiental, como assevera a supracitada doutrinadora:

Dentre os critérios de rateio, o Poder Legislativo do Estado do Paraná estabeleceu que podem receber esses recursos os Municípios que possuem Unidades de Conservação e outras áreas especialmente protegidas, tais como as áreas de terras indígenas e as reservas florestais legais, as áreas de preservação permanente, os sítios especiais e outros tipos de florestas nos entornos das Unidades de Conservação, ou que possuam mananciais de abastecimento público (2009, p. 294).

Anteriormente a 1991, o Estado do Paraná utilizava-se de 06 (seis) critérios quantitativos para realizar a distribuição da quota parte do ICMS pertencente aos municípios. Entretanto, com a criação do ICMS Ecológico, um critério ambiental foi inserido no rateio, aumentando os critérios quantitativos para 07 (sete). Dessa forma, não se está a criar um novo tributo direcionado ao contribuinte, mas sim: “[...] *um novo conceito de redistribuição.*” (SEBASTIÃO, 2009, p. 295).

No início da implantação do ICMS Ecológico, os critérios adotados para o rateio da parte ambiental eram aferidos apenas de forma quantitativa. Entretanto, devido a própria evolução do novo sistema de repartição, o critério ambiental passou a ser aferido não só sobre o enfoque quantitativo mas, também, qualitativo. Portanto, o valor do repasse ao município não leva em conta apenas a quantidade das áreas de preservação, mas, principalmente, a qualidade de seu manejo na preservação.

Nesse sentir, como já lecionado por Simone Martins Sebastião:

Percebeu-se também, que as próprias Prefeituras envolvidas, em função do “ICMS Ecológico”, passaram a tomar maior contato com os outros critérios de repasse do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de Transportes interestadual e intermunicipal e Comunicações de forma a aprimorá-los (2009, p. 297).

O que, aliás, evidencia o verdadeiro papel de fomento à preservação ambiental, com posterior potencial desenvolvimento das municipalidades nas mais diversas áreas, em decorrência do acréscimo de receita.

A tabela abaixo demonstra a relação de municípios, com os valores em reais repassados à título de ICMS Ecológico, seguido pelo impacto percentual do critério ambiental no rateio total do ICMS repassado:

**RELAÇÃO MUNICÍPIOS, VALORES RECEBIDOS
A TÍTULO DE ICMS ECOLÓGICO E IMPACTO NO RATEIO
TOTAL DO ICMS NO EXERCÍCIO DE 1998**

MUNICÍPIO	UNIDADE DE CONSERVAÇÃO (R\$)	MANANCIAS (R\$)	TOTAL (R\$)	IMPACTO (%)
Piraquara	13.904,26	733.966,81	747.871,07	82,09
Serranópolis do Iguaçu	343.091,86	0,00	343.091,86	75,59
São Jorge do Patrocínio	204.430,73	0,00	204.430,73	70,36
Guaraqueçaba	201.695,03	0,00	201.695,03	70,23
Campo Magro	14.385,67	264.463,54	278.849,21	62,62
Espigão Alto do Iguaçu	118.240,19	14.602,30	132.842,49	61,61
Fernandes Pinheiro	52.037,76	95.717,88	147.755,64	61,49
Céu Azul	417.116,20	0,00	417.116,20	59,36
São Manoel do Paraná	60.860,14	0,00	60.860,14	58,94
Matelândia	324.465,51	0,00	324.465,51	56,91
Adrianópolis	118.056,99	0,00	118.056,99	56,81
Flor da Serra do Sul	509,65	74.650,17	75.159,82	53,88
Tunas do Paraná	46.427,28	0,00	46.427,58	53,78
Vila Alta	120.428,83	0,00	120.428,83	51,34
Morretes	106.655,67	0,00	106.655,67	48,89
Santa Terezinha de Itaipu	15.047,63	158.173,62	173.221,26	46,60
Mariópolis	0,00	99.728,03	99.728,03	44,22
Diamante do Norte	65.495,42	0,00	65.495,42	41,14
Lunardelli	42.861,36	0,00	42.861,36	41,08
Lobato	82.538,97	0,00	82.538,97	40,47
Santo Antônio do Paraíso	0,00	35.260,99	35.260,99	40,15
Diamante do Oeste	32.105,53	0,00	32.105,53	37,81
Santa Mônica	29.547,47	0,00	29.547,47	35,15

MUNICÍPIO	UNIDADE DE CONSERVAÇÃO (R\$)	MANANCIAIS (R\$)	TOTAL (R\$)	IMPACTO (%)
Congonhas	0,00	43.877,32	43.877,32	32,23
Altônia	101.032,97	649,59	101.682,56	33,15
Nova América da Colina	0,00	31.032,40	31.032,10	32,61
Quatro Barras	13.280,01	149.052,40	162.332,41	31,99
Antonina	75.353,78	0,00	75.353,78	31,70
Nova Laranjeiras	60.413,86	0,00	60.413,86	30,58
Turvo	97.093,45	0,00	97.093,45	28,92
Campina Grande do Sul	21.653,67	80.092,78	101.746,44	27,14
Guaratuba	76.518,53	0,00	76.518,53	26,73
São Sebastião da Amoreira	0,00	46.982,99	46.982,99	26,40
Marmeleiro	0,00	58.298,29	58.298,29	23,86
Quatiguá	0,00	20.248,06	20.248,06	23,27
Planalto	0,00	45.543,07	45.543,07	22,38
Sabaúdia	0,00	40.088,49	40.088,49	22,34
Fênix	29.623,22	0,00	29.623,22	21,29
Santa Lúcia	4.096,85	14.565,26	18.662,12	20,94
Inácio Martins	39.687,80	0,00	39.687,80	20,58
Cambira	0,00	20.692,32	20.692,32	20,44
Almirante Tamandaré	6.118,27	115.813,21	121.931,48	19,96
Nova Fátima	0,00	21.324,83	21.324,83	18,12
Corumbatai do Sul	11.973,30	0,00	11.973,30	17,75
Nova Esperança do Sudoeste	0,00	16.123,91	16.123,91	17,53
Japira	0,00	13.857,55	13.857,55	17,52
Matinhos	14.878,02	10.357,76	25.235,78	17,37
Joaquim Távora	0,00	23.120,60	23.120,60	16,74
Pontal do Paraná	11.875,97	0,00	11.875,97	16,70
Cambé	2.435,49	243.012,64	245.448,13	16,31

Fonte: Simone Martins Sebastião (2009, p. 297-299)

Como exemplo, com base na tabela acima, bem como nas informações obtidas por Carlos José Caetano Bacha e Lise Vieira da Costa Tupiassu, a municipalidade de Piraquara tem praticamente a totalidade do seu território abrangida por APA, especialmente:

[...] mananciais de abastecimento para a cidade de Curitiba. Antes de 1992, o município recebia apenas 40 mil reais mensais de repasse de ICMS (enquanto o município industrializado de Araucária recebia 3,5 milhões de reais por mês). Com a introdução do critério ecológico, Piraquara passou a receber quase 10 vezes mais (340 mil reais por mês) (TUPIASSU E BACHA).

Nesse sentido, em 1998, ainda com base na tabela acima, obtêm-se o montante de aproximadamente 747 milhões de reais a título de repasse de ICMS ao município de Piraquara, quase 19 vezes maior que os repasses realizados antes de 1992. Portanto, não restam dúvidas quanto ao potencial desenvolvimento municipal gerado pelo acréscimo da receita em decorrência da alteração no critério de repartição do ICMS para os municípios do Paraná.

A evolução do número de municípios do Estado do Paraná beneficiados pelo ICMS Ecológico é notória, haja vista os benefícios auferidos por estes.

Segundo Wilson Loureiro, estima-se que desde a instituição do ICMS Ecológico no Estado do Paraná pela Lei Complementar Estadual n.º 59/1991, às criações de APA pelos municípios aumentaram em 950 % (1997).

Assim sendo, conclui Lise Vieira da Costa Tupiassu:

Além de tais benefícios, o ICMS Ecológico vem contribuindo para o desenvolvimento de novos mecanismos de proteção ao meio ambiente, incluindo projetos de educação ambiental, orientação ecológica dos produtores rurais, melhoria da qualidade da água, implementação de políticas para os resíduos sólidos, investimentos em massa em territórios indígenas e criação de reservas naturais do patrimônio particular, entre muitos outros.

Ademais, a análise qualitativa realizada para a definição dos repasses, fez com que as administrações municipais reinvis-tam, pelo menos, uma parte do dinheiro recebido, em melhorias e manutenção não apenas das unidades de conservação, mas também em políticas sociais, com influência direta na qualidade de vida da população (2006, p. 209).

De tal modo, exemplo clarividente de desenvolvimento municipal é a Lei Municipal de Pato Branco n.º 1.612/1997, que dispõe acerca das diretrizes para elaboração do orçamento do exercício de 1998 nesse município. Busca-se implementar a produção de mudas de árvores para plantio urbano e rural, logo, gerando impactos sociais positivos, tais quais a garantia de um meio ambiente cada vez mais saudável para os cidadãos. Eis o teor do anexo I da citada lei: “[...] *produção de mudas para arborização urbana e rural para atender a lei do ICMS Ecológico.*”

Em arremate, outros pontos positivos da implementação do ICMS Ecológico no Estado do Paraná foram suscitados por Simone Martins Sebastião, ao dispor sobre o aumento da geração de trabalho e renda:

Isso se deve ao fato de inúmeros professores, guarda-parques e operários terem sido contratados, sobretudo pelo poder público. Por sua vez, o setor privado encarregou-se de instalação de equipamentos – lanchonetes, pousadas, entre outros – e da organização de viagens e visitas, gerando muitos empregos indiretos pela exploração do ecoturismo, além de promoção de consultorias especializadas (2009, p. 299-300).

Portanto, diante de inúmeros fatores positivos após a sua implantação no Estado do Paraná, o ICMS Ecológico tornou-se estímulo para outros estados membros implantarem políticas públicas ambiental-tributárias em prol do desenvolvimento social em todas as áreas de atuação do poder público.

Em especial, analisa-se a seguir, sucintamente, as perspectivas para manejo do critério ambiental no Estado do Espírito Santo.

3.4.2 *Perspectivas de implantação no Estado do Espírito Santo*

Conforme foi analisado nos itens anteriores, o ICMS Ecológico representa um grande avanço nas políticas públicas ambientais. Mais ainda: é exemplo de aplicação do Direito Tribu-

tário e do Direito Financeiro em prol do desenvolvimento dos municípios com a devida preservação ambiental.

Nesse sentido, a Organização Internacional “*The Nature Conservancy*”, com o auxílio da Fundação Internacional ALCOAL, elaborou um sítio digital específico acerca do ICMS Ecológico – www.icmsecologico.org.br – com todas as informações pertinentes ao critério ambiental de repartição de receita tributária do estado proveniente do ICMS. Dessa forma, o pioneirismo do Estado do Paraná em criar uma política pública de tal mote foi reconhecido por inúmeras entidades, até mesmo entidades internacionais, como abaixo expostos:

O ICMS Ecológico foi reconhecido por diversas entidades e organismos como um instrumento de incentivo à conservação, chegando, inclusive, a receber premiação internacional.

Em 1995, foi considerado pela União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais – IUCN, uma das sete experiências exitosas, para a conservação da biodiversidade, na América Latina e no Caribe, pós Rio-92.

Em 1996, foi considerado pela Fundação Getúlio Vargas, uma das cem experiências mais importantes em administração pública no Brasil. Ainda no mesmo ano, foi considerada pelo Ministério do Meio Ambiente, uma das cem experiências exitosas em gestão ambiental para o desenvolvimento sustentável, na Rio + 5.

Um ano após, em 1997, ganhou o prêmio Henry Ford de Conservação Ambiental, na Categoria “Negócios em Conservação”, organizado pela Conservação Internacional do Brasil – CI, com apoio da Ford do Brasil Ltda. Mais recentemente, em 2008, a edição de n.º 2.077 da revista *Veja* promoveu o encontro de diversas personalidades para discutir e propor ações para um Brasil melhor e, no rol de 40 prioridades totais, no tópico ambiental teve destaque o ICMS Ecológico como mecanismo de premiação às prefeituras pela preservação ambiental (ICMS ECOLÓGICO).

Deste modo, em 1996, por iniciativa legislativa do Deputado Estadual Cláudio Vereza, foi promulgado no Estado do Espírito Santo a Lei Estadual n.º 5.265/1996, cujo escopo é estabelecer: “[...] mecanismos de compensação financeira aos municípios com áreas protegidas no Estado do Espírito Santo.”.

Já em seu artigo 1.º a citada lei autoriza o Poder Executivo a criar mecanismos de compensação para os municípios que mantiverem APA em seus territórios, eis o seu teor:

Fica o Poder Executivo autorizado a criar mecanismos de compensação financeira para repasse aos municípios que sofram restrições de uso de solo por abrigarem, em seus territórios, áreas protegidas por unidade de conservação, áreas naturais em avançado estado de regeneração, reservatórios e mananciais de abastecimento público.

Parágrafo único - Serão obedecidos os seguintes critérios na distribuição das compensações referidas no “caput” deste artigo:

I - Metade, na razão direta da relação percentual entre a área verde de cada município e a área verde total do Estado.

II - Metade, na razão direta da relação percentual entre o acervo azul de cada município e o acervo azul total do Estado.

Como visto, a Lei Estadual n.º 5.265/1996 define claramente a possibilidade legal de implantação do ICMS Ecológico no Estado do Espírito Santo por meio de decreto executivo, bem como mantém implicitamente o conceito do ICMS Ecológico em seu bojo. Tanto é assim, que o artigo 5.º da citada lei retrata os objetivos efetivamente buscados pela lei nos seguintes termos:

ART. 5.º- São objetivos da presente Lei:

I - Criação, implantação e proteção de unidades de conservação e sua efetiva implantação, no território do município ou intermunicípios;

II - Proteção e recuperação de bacias hidrográficas, mananciais e reservatórios com fins de abastecimento público;

III - Desenvolvimento de atividades econômicas sustentáveis nas áreas protegidas e no entorno, conforme indicação do Plano de Manejo;

IV - Proteção e promoção sócio-econômica de populações tradicionais;

V - Educação ambiental;

VI - Apoio e co-participação em projetos de organizacionais não governamentais sem fins lucrativos e iniciativa privada.

Parágrafo único - O Poder Executivo revisará e atualizará anualmente, os índices e critérios de repasse a cada município, em função maior ou menor grau de efetivo cumprimento dos objetivos previstos neste artigo.

Objetivos esses que deverão ser cumpridos por meio dos recursos proveniente dos fundos estipulados no artigo 3.º da citada lei, com a delimitação dada pelo artigo 4.º e a conceituação do artigo 2.º da citada lei.

Malgrado a autorização legislativa para a implementação do critério ambiental no Estado do Espírito Santo, a criação do decreto executivo prescrevendo o ICMS Ecológico está sendo postergada desde então, sob o argumento de que: “[...] *os municípios que compõem a região do Caparaó, e os de Sooterama e Linhares teriam um retorno positivo, enquanto os da região norte e noroeste sofreriam um retorno negativo.*” (ESPÍRITO SANTO). É o que se extrai das informações oficiais obtidas por meio da imprensa da Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo.

Por outro lado, apesar de até o momento não existir decreto executivo instituindo o critério ambiental, em consonância com a notícia veiculada pela Secretaria de Comunicação do Espírito Santo (SECOM-ES) no dia 07.11.2007, o Governador do Estado admitiu a proposta de redistribuição de ICMS formulada pela Associação dos Municípios do Estado do Espírito Santo, da seguinte forma:

**OS FATORES QUE COMPÕEM OS CRITÉRIOS DA PROPOSTA
DE RATEIO DO ICMS AOS MUNICÍPIOS COM
A IMPLANTAÇÃO DO ICMS ECOLÓGICO**

Critério	Peso
VAF	75%
Área	5%
Nº. de propriedades rurais	3%
Produção agrícola	6%
População	6%
ICMS Ecológico	2%
Percentual fixo	3%
TOTAL	100%

Fonte: SECOM-ES

Conforme analisado no presente trabalho, a autorização legal da possibilidade de concretização do ICMS Ecológico no Estado do Espírito Santo está prevista na CRFB, ao combinarmos o critério de repartição do artigo 158, parágrafo único, inciso II, com o direito fundamental ao meio ambiente constante no art. 225. Já em âmbito estadual, existe autorização expressa nesse sentido por meio da Lei Estadual n.º 5.265/1996. Deste modo, a compilação legislativa da proposta do ICMS Ecológico, juntamente com a experiência meritória da implantação do critério ambiental em outros estados membros, constitui os elementos formais e materiais para a efetivação no Estado do Espírito Santo.

Portanto, as perspectivas de implantação do ICMS Ecológico no Estado do Espírito Santo são, do ponto de vista legislativo, viáveis e harmonicamente balanceadas com o cenário das políticas públicas advindas da tributação ambiental dos demais estados membros que aderiram ao critério ambiental. Em contrapartida, a concretização é extremamente morosa no que tange ao aspecto político, de tal modo, prejudicando o potencial desenvolvimento dos municípios possivelmente beneficiados no Estado do Espírito Santo.

4 Considerações finais

O Estado, como se viu, representa uma organização política, administrativa, financeira e jurídica, cuja finalidade máxima é desempenhar suas funções precípua na defesa dos direitos individuais, coletivos e difusos, bem como as garantias fundamentais do homem, sempre com fulcro em satisfazer plenamente as necessidades públicas nos termos de sua Constituição. Para tanto, necessita da captação de recursos para a efetivação de suas funções-atividades, o que, em sua grande parte, é percebida por meio da instituição, arrecadação, administração e fiscalização dos tributos.

Dessa forma, ao tratar-se da sistemática do Estado brasileiro atualmente constituído, com foco exclusivo no objeto da presente pesquisa, ou seja, a implantação da política pública do ICMS Ecológico como fator gerador de potencial desenvolvimento municipal, abordou-se no capítulo concernente à repartição de receitas tributárias, a estrutura lógica do Estado por meio do Direito Tributário e Financeiro. O intuito foi basilar em demonstrar a garantia que todos os entes administrativos têm de sua autonomia financeira plena, por meio da arrecadação geral dos tributos, individualizada na repartição correta de cada quota parte repassada aos mesmos. No caso vertente, especificamente o critério de participação dos municípios na arrecadação do ICMS pelos estados membros, prescrito no art. 158, inciso IV, parágrafo único, da CRFB.

Em continuidade, evoluiu-se à análise específica acerca da proposta de implantação de um novo critério de repartição das receitas tributárias provenientes da arrecadação do ICMS pelos estados membros. Dessa forma, com a caracterização do direito difuso ao meio ambiente saudável como um direito fundamental do homem, assim, o devido resguardo do mesmo pelo Estado brasileiro por meio de políticas públicas de caráter tributário e financeiro como o ICMS Ecológico. Didaticamente, conceituou-se o ICMS Ecológico como uma política pública na qual se confere aos municípios que realizam ações de preservação ambiental em seus territórios uma maior participação na repartição das receitas oriundas do repasse do ICMS aos municípios.

Em arremate, por meio das pesquisas acadêmicas previamente elaboradas sobre o tema, demonstrou-se a instrumentalidade do ICMS Ecológico como fator gerador de potencial desenvolvimento municipal, haja vista a experiência exitosa realizada pelo Estado do Paraná. Mais ainda, que o ICMS Ecológico representa um aumento significativo na receita dos municípios agraciados, logo, conseqüente aumento, também, nas mais diversas áreas, tais quais educação, cultura, saneamento, bem como a possibilidade de geração de empregos na exploração do turismo de forma vigiada nas APA.

Concluiu-se, então, que as perspectivas de implantação do ICMS Ecológico no Estado do Espírito Santo são, do ponto de vista legislativo, completamente viáveis, por expressa liberalidade do texto constitucional, bem como autorizada por Lei Estadual. Dessa forma, juntamente com a experiência meritória da implantação do critério ambiental em outros estados membros, constituem-se os elementos formais e materiais para a efetivação no citado Estado, entretanto, sob a ótica política, as perspectivas são extremamente morosas, de maneira a atrasar o potencial desenvolvimento dos possíveis municípios agraciados com o critério ambiental.

5 Referências

BACHA, Carlos José Caetano; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. Experiências brasileiras na implementação do ICMS Ecológico. In: CASIMIRO FILHO, Francisco; SHIKIDA, Pery Francisco Assis. (Org.). *Agronegócio e desenvolvimento regional*. Cascavel: Edunioeste, 1999.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAVALCANTE, Denise Lucena; MENDES, Ana Stela Vieira. *Constituição, direito tributário e meio ambiente*. Fortaleza: Anais Conpedi, 2008. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

ESPÍRITO SANTO. Assembléia Legislativa. *Audiência Pública de 12 de setembro de 2005*. Vitória, 2005. Disponível em: < www.al.es.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. *Secretaria de Comunicação do Estado do Espírito Santo – SECOM-ES*. Notícias. Vitória, 2007. Disponível em: <www.es.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2010.

ICMS Ecológico. *Histórico no Brasil*. 2010. Disponível em: <www.icmsecologico.org.br>. Acesso em: 10 fev. 2010.

LOUREIRO, Wilson. *Contribuição do ICMS ecológico à conservação da biodiversidade no estado do Paraná*. Curitiba, 2002. Disponível em: < <http://www.ambientebrasil.com.br>>. Acesso em: 09 set. 2009.

_____. ICMS Ecológico: Incentivo econômico à conservação da biodiversidade, uma experiência exitosa no Brasil. *Revista de Administração Municipal*, Rio de Janeiro, v. 44, n. 221, p. 49-60, 1997.

MARCOLINO, Geraldo Celso Cavalcante; LEAL, Hiram Rodrigues; ALVES, Maria Margarete. *Valoração de ativos e passivos ambientais: o ICMS sócio-ambiental no estado de Rondônia situação e perspectivas*. Fortaleza, 2006. Disponível em: < <http://www.ibape.org.br> >. Acesso em: 10 fev. 2010.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. A aplicação concreta do ICMS Ecológico como opção das políticas públicas ambientais. In: DE PAULA, Jônatas Luiz Moreira (Org.). *Direito ambiental e cidadania*. Leme: JH Mizuno, 2007.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de direito financeiro e direito tributário*. 16. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SEBASTIÃO, Simone Martins. *Tributo ambiental: extrafiscalidade e função promocional do direito*. Curitiba: Juruá, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Rogério Zanon; KLEWER; Luiz Humberto. *O índice de participação dos municípios no Espírito Santo*. 2000. Disponível em: < <http://www.sefaz.es.gov.br> >. Acesso em: 10 fev. 2010.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. *Tributação ambiental: a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implementação do direito ao meio ambiente saudável*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

1.9

CONSTITUCIONALIDADE E BASES PARA NÃO APLICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES ÀS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA, CONFORME O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

LUCIANA MERÇON VIEIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Precedentes de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal sobre restrições à concessão de tutela jurisdicional liminar. 2.1 Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 223-6. 2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4. 2.3 Abrangência da decisão e efeitos transcendentais da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 em relação à Lei 12.016/2009. 3 Bases para aplicação e não aplicação das regras contidas no art. 7º, § 2º, segunda parte, e no § 5º, da Lei n. 12.016/2009. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 Introdução

Propõe-se com o presente artigo estabelecer critérios para aplicação e, também, para não aplicação, das regras contidas no art. 7º, § 2º, segunda parte, e no § 5º, da Lei n. 12.016/2009, conforme os precedentes do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais se destaca a ação direta de constitucionalidade n. 4, proposta em 1998 e definitivamente julgada em 2008.

A regra contida no art. 7º, § 2º, segunda parte, da Lei 12.016/2009, que veda a concessão de medida liminar que tenha por objeto a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, reproduziu, fundamentalmente, o conteúdo do art. 5º, da Lei n. 4.348/1994¹, bem como

* Mestre em Direito pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória. Procuradora do Estado do Espírito Santo.

1 Dispõe a Lei 4.348/1964, art. 5º: “Não será concedida a medida liminar do mandado de segurança impetrado visando a reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão do aumento ou extensão de vantagens.”

do art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966², ambas revogadas pela Lei n. 12.016/2009, em seu art. 29.

Enquanto o § 5º, do mesmo art. 7º, reproduziu o conteúdo do art. 1º, da Lei n. 9.494/1997³, que não fora expressamente revogada pela nova lei, cujo enunciado normativo determina aplicar à tutela antecipada prevista no art. 273 e 461, do Código de Processo Civil, a norma contida nos artigos acima mencionados, isto é, art. 5º, da Lei n. 4.348/1994, bem como art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966.

Inserta no Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, a previsão da concessão de mandado de segurança, firma-se, para os fins desta abordagem, um dogma: o mandado de segurança constitui direito fundamental⁴ em si mesmo. Intuitiva, por conseguinte, outra proposição: sua restrição em abstrato desde sempre fecundou em considerável parte da doutrina a imputação da inconstitucionalidade⁵.

O Supremo Tribunal Federal, órgão do poder jurisdicional ao qual a Constituição Federal atribuiu a competência originária para decidir, mediante efeito vinculante, sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, pronunciou na ação declaratória de constitucionalidade n. 4, ser constitucional o art. 1º, da Lei n. 9.494/1997.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou no sentido da inaplicabilidade de sua decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 4, como paradigma restritivo em circunstância que contorne, por exemplo, natureza previdenciária, decisão consignada no verbete da Súmula n. 729⁶.

2 Versa a Lei 5.021/1966, art. 1º, § 4º: "Não se concederá medida liminar para efeitos de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias."

3 Resulta da Lei 9.494/1997, art. 1º: "Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei n. 5.021, de 09 de julho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei 8.437, de 30 de junho de 1992."

4 A assertiva propositadamente dogmática reveste-se da justificativa segundo a qual, o debate em torno da fundamentalidade do direito à concessão de mandado de segurança, por si só, ensejaria extensa explanação, cujo corte deste artigo não recomenda.

5 Cassio Scarpinella Bueno propõe: "A vedação da liminar em mandado de segurança, destarte, é inconstitucional."(2007, p. 264);

6 Resulta da Súmula n. 729 o seguinte enunciado: A decisão na ação direta da constitucionalidade n. 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária.

Noticia-se, ademais, que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos 15 de setembro de 2009, propôs a ação declaratória de inconstitucionalidade n. 4.296, veiculando como um dos dispositivos legais questionados, o art.7º, § 2º, da Lei 12.016/2009.

Avulta, por conseguinte, em importância a análise, sob a égide da Lei 12.016/2009, dos fundamentos e abrangência da decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 4. Isto é, sobre a constitucionalidade das regras contidas no art. 7º, § 2º, segunda parte, e no § 5º, da Lei n. 12.016/2009, bem como sobre as bases para não aplicação dessas regras, conforme o Supremo Tribunal Federal.

2 Precedentes de controle concentrado do Supremo Tribunal Federal sobre restrições à concessão de tutela jurisdicional liminar

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 223-6

Anteriormente à ação declaratória de constitucionalidade n. 4, dois precedentes em controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal sinalizavam o rumo para o qual se verteria o julgamento. São eles, os acórdãos proferidos em medida cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 223-6 e n. 1.576.

A ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6 fora distribuída aos 28/3/1990, indicaram-se como dispositivos legais questionados os enunciados normativos da medida provisória n. 173, tendo o acórdão relativo à medida cautelar correlata sido publicado aos 29/6/1990. Porém, em decorrência da não conversão da medida provisória em lei, fora o processo extinto sem o julgamento do mérito, por perda superveniente de interesse processual.

Relativamente à ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576, fora distribuída em 1/4/1997, indicaram-se como dispositivos legais questionados alguns enunciados normativos da medida provisória 1.570, tendo o acórdão concernente à medida cautelar sido publicado aos 6/6/2003. Entretanto, em decorrência da

reedição da medida provisória sem o respectivo aditamento da petição inicial, fora o processo extinto sem o julgamento do mérito, também pela perda superveniente de interesse processual.

Em comum, as ações indicavam como enunciados legais inconstitucionais restrições à prestação liminar de tutela jurisdicional. Enquanto a medida provisória n. 173 vedava a concessão de medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes das medidas provisórias números 151, 154, 158, 160, 162, 164, 165, 167 e 168.

A medida provisória n. 1.570 determinava a aplicação à tutela antecipada prevista no art. 273 e 461 do Código de Processo Civil, a restrição contida no art. 5º, da Lei n. 4.348/1994, bem como do art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966, isto é, continha a norma impugnada da medida provisória n. 1.570 o mesmo conteúdo do atual, e vigente, art. 1º, da Lei 9.494/1997.

As medidas cautelares em ambas foram indeferidas. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal elidiu *prima facie* a inconstitucionalidade das restrições ao deferimento de medida liminar em mandado de segurança e de antecipação de tutela que versassem reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão do aumento ou extensão de vantagens, ou o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias.

Os fundamentos utilizados no acórdão proferido nessas medidas cautelares foram utilizados na petição inicial, bem como nos votos condutores do acórdão proferido na ação declaratória de constitucionalidade n. 4 e serão, na medida em que essenciais a presente abordagem, sistematizados a partir de suas noções centrais.

Cumprе advertir, entretanto, que tendo a ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576 impugnado a norma da medida provisória convertida no art. 1º, da Lei 9.494/1997, objeto da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, apenas para fins didáticos – notadamente para o trabalho não incorrer em repetições fastidiosas – seus fundamentos serão tangenciados conjuntamente.

Prossegue-se, em decorrência, na análise do acórdão da medida cautelar proferido na ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6. Possível estremar três noções centrais, primeira-

mente, o fundamento do voto do Ministro relator, Paulo Brossard, vencido integralmente. Seguidamente, o fundamento do voto do Ministro Celso de Mello, também vencido integralmente. Por fim, os votos vencedores proferidos pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Célio Borja, Octávio Galloti, Aldir Passarinho e Moreira Alves.

O voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard, que deferiu em parte a medida cautelar para suspender a eficácia da medida provisória n. 173 quanto à restrição imposta à concessão de medida liminar em mandado de segurança, e a denegou em relação às demais restrições, ou seja, quanto à vedação de concessão de liminar em ação cautelar e em ação ordinária, fundamentou-se, essencialmente nas seguintes proposições.

Sustentou, inicialmente, que, embora o Supremo Tribunal Federal não houvesse pronunciado a inconstitucionalidade de normas anteriores à medida provisória n. 173 – dentre as quais mencionou o art. 5º, da Lei 4.348/1964 e o art. 1º, da Lei 5.021/1966 – que igualmente restringiam a concessão de tutela jurisdicional liminarmente, a medida provisória n. 173 não mereceria idêntico tratamento, por sua amplitude, generalidade e extensão⁷. E prosseguiu aduzindo que a restrição em relação ao mandado de segurança excluiria do poder jurisdicional a prestação de tutela contra a ameaça de lesão porque, ordinariamente, essa via qualifica-se como célere, e o direito líquido e certo a reclama⁸, circunstância que somada ao assento constitucional do mandado de segurança, ensejaria uma simulação do próprio instituto constitucional.

Relativamente ao voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, que deferiu integralmente a medida cautelar para suspender a eficácia da medida provisória n. 173, assentou-se, fundamentalmente, na impossibilidade de se inibir genericamente o

7 Enuncia o voto do Ministro Paulo Brossard: “No caso vertente, o que chama desde logo a atenção é a amplitude e generalidade da medida, que envolve nada menos de dez medidas provisórias, com mais de uma centena de dispositivos, bem como sua extensão.” (1990, p. 11).

8 Prossegue o Ministro: “Ora, o direito que ele visa a tutelar há de ser líquido e certo, a reclamar e exigir a pronta custódia judicial. Por ser direito líquido e certo, seu rito é sumarríssimo. Obstar-lhe a marcha rápida e eficaz, como o faz a medida provisória 173, é desnatura-lo até a deformação. E quando um direito líquido e certo é de natureza e assento constitucional essa deformação chega à contrafação do instituto constitucional. Não digo o mesmo, com vistas à concessão da cautelar requerida, quanto às ações ordinárias e cautelares, a que se refere a Medida 173.” (1990, p. 14).

Poder Judiciário de conceder provimentos liminares⁹. Pontuou, outrossim, o Ministro, que a existência de mecanismos de contra cautela, como a suspensão da segurança prevista no art. 4º, da Lei 4.348/1964, seriam suficientes para a proteção dos legítimos interesses do Estado, sendo, pois, desnecessária aquela vedação.

Dos votos vencedores, o Ministro Sepúlveda Pertence também mencionou as normas anteriores à medida provisória n. 173 que restringiram a concessão de provimentos liminares em determinadas hipóteses. Destacou que referidas normas objetivaram coibir casos típicos de abuso do poder cautelar, circunstância que, em seu entendimento, seria defensável¹⁰. Entretanto, salientou o Ministro que a medida provisória n. 173 seria genérica e imprecisa – diferente das normas que lhe antecederam – razão pela qual seria impossível, em abstrato, determinar se a restrição aos provimentos liminares seria razoável ou abusiva. Apontou, seguidamente, como solução, manter a vedação normativa, ou seja, indeferir a medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade, mas outorgar em controle difuso a análise da constitucionalidade ou não da restrição o que, na época, era possível, pois o julgamento ocorreu anteriormente à emenda constitucional n. 3¹¹, que previu o efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de constitucionalidade, e posteriormente fora importado para ambas as ações de controle concentrado.

Importante observação lançou o Ministro Sepúlveda Pertence ao voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard quanto ao mandado de segurança, aduziu que a diferença entre o mandado de segurança e a ação ordinária reside na liquidez e certeza do direito, isto é, na aferição da existência do direito mediante o

9 Propôs o Ministro Celso de Mello: "A proteção jurisdicional imediata, dispensável a situações jurídicas expostas a lesão atual ou potencial, não pode ser inviabilizada por ato normativo de caráter infraconstitucional que, vedando o exercício liminar da tutela jurisdicional cautelar pelo Estado, enseje a aniquilação do próprio direito material." (1990, p. 35).

10 Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence: "Nessa linha é que, em princípio, sem prejuízo de melhor exame, quando estiverem em causa, me parecem defensáveis os precedentes legislativos que, uns mais, outros menos, tiveram sempre a preocupação de vedar liminares de conteúdo preciso, aos quais se atribuiu, mal ou bem, um sentido definitivamente satisfativo, que contraria as próprias limitações finalísticas do processo cautelar e a sua própria natureza essencialmente provisória." (1990, p. 47)

11 Sobre a Emenda Constitucional n.3, e o conceito de efeito vinculante nos precedentes do Supremo Tribunal Federal ver Paula Arruda (2006).

cotejo de prova pré-constituída, fato que não poderia ser decisivo para a concessão da proteção jurisdicional imediata.

Quanto ao voto proferido pelo Ministro Sydney Sanches indispensável ressaltar sua peremptória afirmação no sentido de que nenhuma das normas restritivas anteriores à medida provisória n. 173, havia sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja incidentalmente, seja em ação direta de inconstitucionalidade, mesmo quando pertinentes ao mandado de segurança¹². Mas não é só - e nisso reside sua singularidade -, empreendeu o Ministro o seguinte raciocínio: exceto a previsão do art. 102, I, "p" da Constituição Federal, ou seja, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, a Constituição não trata de medidas cautelares. Constitui apnágio das leis infraconstitucionais fazê-lo, logo, em tese, não se elide a possibilidade de restringi-las, desde que presentes elementos que as tornem razoáveis.

Seguiram-se os votos proferidos pelos Ministros Célio Borja, Octavio Galloti, Aldir Passarinho e Moreira Alves, todos no sentido de indeferir a medida cautelar, dos quais, para os fins deste trabalho, não se extrai elemento novo em relação aos votos que lhes antecederam.

2.2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4

Esclareceu-se, anteriormente, que tendo por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576 objetivado a impugnação da norma da medida provisória n. 1.570, que fora convertida no art. 1º, da Lei 9.494/1997, e, conseqüentemente, objeto da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, os fundamentos de ambas seriam tangenciados conjuntamente. Em decorrência, seguem as explanações pertinentes.

Convém advertir que pela simples justaposição da ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6 e da ação declaratória de

12 Concluiu o Ministro Sydney Sanches: "Quanto à norma ora impugnada, não retira do controle do Judiciário o deferimento de mandados de segurança, nem o acolhimento final de ações ordinárias ou cautelares. Apenas impede a concessão de medidas liminares, autênticas e sumárias antecipações jurisdicionais, como aconteceu em inúmeros diplomas, aqui já focalizadas, todos com restrições não desautorizadas pelo controle constitucional do Supremo Tribunal Federal." (1990, p. 62).

constitucionalidade n. 4 é possível estremar alguns de seus atributos extrínsecos: (i) a primeira constitui ação direta de inconstitucionalidade, enquanto a segunda constitui ação declaratória de constitucionalidade; (ii) a formação do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6, difere da formação que julgou a medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade n. 4; (iii) e esta última formação, difere da que julgou o mérito da ação declaratória de constitucionalidade n. 4.

Coube ao Ministro Sydney Sanches a relatoria da ação declaratória de constitucionalidade n. 4. Reitera-se que o dispositivo legal questionado nesta ação fora o art. 1º, da Lei 9.494/1997, cujo teor determina aplicar à tutela antecipada, dentre outras regras, as restrições contidas no art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966. Reitera-se, igualmente, que a Lei 12.016/2009, em seu art. 29, não revogou a Lei 9.494/1997, embora tenha revogado a Lei n. 4.348/1994 e a Lei n. 5.021/1966. Por outro lado, a Lei 12.016/2009 reproduziu o art. 1º, da Lei 9.494/1997 no art. 7º, § 5º, e reproduziu, fundamentalmente, o art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966, no art. 7º, § 2º.

Atente-se que não tendo sido a Lei 9.494/1997 revogada expressamente pela Lei 12.016/2009, não se subsumindo outra forma de revogação de leis prevista no art. 2º, § 1º, segunda e terceira figuras, do Decreto-Lei n. 4.657/1942 – lei de introdução ao Código Civil -, seja pela ausência de incompatibilidade, seja pela não regulamentação integral da matéria, os fundamentos da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 aproveitam inquestionavelmente à regra contida na Lei 12.016/2009, art. 7º, § 5º - já que reproduz fielmente o art. 1º, da Lei 9.494/1997 em vigor.

Quanto ao aproveitamento desses fundamentos à regra contida na Lei 12.016/2009, art. 7º, § 2º, que reproduziu o art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966, porém, pode-se suscitar alguma dúvida, pois essas leis foram expressamente revogadas pela lei 12.016/2009, art. 29. Mais ainda, suas respectivas normas não compuseram, ao menos imediatamente, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade

n. 4. Talvez sejam por essas razões que a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.296, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, veiculou o § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, mas não veiculou o § 5º, porque em relação ao § 5º vige o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade n. 4.

Participaram do julgamento da medida cautelar da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 os Ministros Celso de Mello, Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Galloti, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. O relator, Ministro Sydney Sanches, conheceu e deferiu a medida cautelar vislumbrando a plausibilidade jurídica da ação, em decorrência do indeferimento de idêntica medida na ação direta de inconstitucionalidade n. 1576-1.

Pronunciou-se o Ministro no sentido segundo o qual, se na anterior ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576, o Supremo Tribunal Federal indeferiu a medida cautelar, porque entendeu não haver inconstitucionalidade em relação à mesma norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, nessa, igualmente, deveria pronunciar a constitucionalidade da norma, mas, dada a inversão do pedido – constitucionalidade *versus* inconstitucionalidade – deferir a medida cautelar. Relativamente ao perigo na demora, sustentou o relator que a determinação de pagamento imediato, sem precatório, pela Administração Pública, nas hipóteses versadas na norma objeto da ação, seria fundamento suficiente para subsunção desse perigo.

Os Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves, Celso de Mello – este modificando o posicionamento adotado nas ações diretas de inconstitucionalidade 223-6 e 1.576 -, acompanharam o voto do relator quanto à admissão e deferimento da medida cautelar. O Ministro Marco Aurélio indeferiu a medida cautelar e fora acompanhado pelo Ministro Ilmar Galvão, mas deve-se atentar para o fundamento do seu voto. Entendeu o Ministro Marco Aurélio que o deferimento dessa medida importaria, não na suspensão de ato normativo, mas de atos judiciais, sem que referidos atos estivessem sendo submetido ao julgamento do Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, sua cognição não se verteu à constitucionalidade ou não da norma objeto daquela ação. Soma-se, ademais, que na anterior ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576, na qual se impugnou norma de teor idêntico, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, proferiu seu voto no julgamento da medida cautelar no sentido de indeferi-la, logo, compreendeu que a norma não seria inconstitucional, ao revés, a vedação de concessão de medida liminar em antecipação de tutela seria compatível com o art. 100, da Constituição Federal, que prevê o procedimento de precatórios para o pagamento devido pela Fazenda Pública, em virtude de sentença – ou decisão – judiciária. Por fim, declinou que o tema – das restrições de provimentos jurisdicionais liminares – já se encontrava pacificado como constitucional pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Consigna-se que na ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576, com exceção dos Ministros Celso de Mello e Néri da Silveira, todos os demais Ministros acompanharam o voto do relator Marco Aurélio, e entenderam que a regra contida na medida provisória 1.570, convertida no art. 1º, da Lei 9.494/1997, não seria inconstitucional e o fundamento central, nos termos do voto do relator, repousa no fato da Lei 4.348/1964 e Lei 5.021/1966, as quais se reportam o art. 1º, da Lei 9.494/1997, procuraram adequar ao mandado de segurança, à medida cautelar e à antecipação de tutela, a execução própria da Fazenda Pública, estabelecida pelo art. 100, da Constituição Federal. Logo, referidas normas não são inconstitucionais, ao revés, conformam o art. 100, da Constituição Federal.

Por fim, passa-se a análise do mérito da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, cujo julgamento findou-se em 1º de outubro de 2008. Inicialmente, proferiram julgamento de procedência da ação os Ministros Sydney Sanches, Nelson Jobim, Maurício Corrêa, Ilmar Galvão e Celso de Mello, enquanto o Ministro Marco Aurélio julgou improcedente a ação. Posteriormente, proferiram julgamento de procedência da ação os Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Menezes Direito. Destaca-se que não participaram da votação os Ministros Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau e a Ministra Cármen Lúcia, por sucederem, respectivamente, os

Ministros Sydney Sanches, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

A partir da abordagem analítica dos acórdãos que precederam à ação declaratória de constitucionalidade n. 4, notadamente, os acórdãos proferidos nas ações diretas de inconstitucionalidade n. 223-6 e 1.576, é possível discernir que, à exceção do Ministro Paulo Brossard, que entendeu ser inconstitucional a restrição, em mandado de segurança, frise-se, a concessão de tutela jurisdicional liminarmente, todos os demais Ministros do Supremo, desde o ano de 1990 – quando julgada a medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6 – entenderam, uns mais cedo, outros mais tarde, como o Ministro Celso de Mello – que referidas restrições não são inconstitucionais.

Dos fundamentos esposados pelos Ministros em seus votos sobressaem: (i) as restrições não excluem da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, apenas diferem-na; (ii) as restrições veiculadas em normas infraconstitucionais não violam a previsão de concessão do mandado de segurança, art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, pois essa norma constitucional não prevê a prestação da tutela liminarmente, esse apanágio verte-se às normas infraconstitucionais, que tanto criaram a possibilidade de concessão da medida liminar, como podem limitá-la, desde que concorram elementos razoáveis para essa restrição, e a restrição circunscreva-se às situações em que os elementos razoáveis se apresentem; (iii) as restrições concernentes às hipóteses versadas no art. 5º, da Lei n. 4.348/1994, art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/1966, e, art. 1º, da Lei 9.494/1997 conformam a norma do art. 100, da Constituição Federal, por tal razão, não se qualificam como inconstitucionais.

2.3 *Abrangência da decisão e efeitos transcendentais da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 em relação à Lei 12.016/2009*

Repetidamente, afirmou-se que o dispositivo legal questionado na ação declaratória de constitucionalidade n. 4 fora o art. 1º, da Lei 9.494/1997, cujo teor determina aplicar à tutela ante-

cipada, dentre outras regras, as restrições contidas no art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966.

Resulta da Lei 4.348/1964, art. 5º, o seguinte enunciado normativo: “Não será concedida a medida liminar do mandado de segurança impetrado visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão do aumento ou extensão de vantagens”. Enquanto prescreve a Lei 5.021/1966, art. 1º, § 4º: “não se concederá medida liminar para efeitos de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

A Lei 12.016/2009, em seu art. 29, não revogou a Lei 9.494/1997, mas revogou a Lei n. 4.348/1994 e a Lei n. 5.021/1966. Por outro lado, a Lei 12.016/2009 reproduziu o art. 1º, da Lei 9.494/1997 no art. 7º, § 5º, e reproduziu, fundamentalmente, o art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966, no art. 7º, § 2º.

Ao não revogar a Lei 9.494/1997, a Lei 12.016/2009, propositalmente ou não, já que o conteúdo da Lei 9.494/1997 constitui mais amplo do que o seu § 5º, art. 7º, acabou preservando a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 4. Dúvida, portanto, não há, sobre a constitucionalidade do § 5º, art. 7º, da Lei 12.016/2009, que reproduziu o art. 1º, da Lei 9.494/2009, declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A dúvida, entretanto, poderia repousar na constitucionalidade do § 2º, art. 7º, da Lei 12.016/2009. Isso porque seu enunciado normativo reproduziu as revogadas Leis 4.348/1964 e 5.021/1966. Mais ainda, suas respectivas normas não compuseram, ao menos imediatamente, o objeto da ação declaratória de constitucionalidade n. 4.

Talvez, conforme se destacou, essas sejam as razões pelas quais a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.296, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, veiculou o § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, mas não veiculou o § 5º, porque em relação ao § 5º vige o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade n. 4.

Com todo respeito daqueles que divergem^{13 14 15 16 17 18}, temos que a decisão proferida na ação declaratória de constitucionalidade n. 4 abrange o § 2º, art. 7º, da Lei 12.016/2009. E não poderia ser diferente, pois julgar constitucional uma norma – o art. 1º, da Lei 9.494/1997 – que determina a aplicação de outras – art. 5º da Lei 4.348/1964, e art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966 – impõe reconhecer, como *prius* necessário, a constitucionalidade dessas.

O acórdão proferido, sobretudo, na medida cautelar da ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6 elide qualquer questionamento a esse respeito, pois todos os ministros, inclusive o Ministro Paulo Brossard que deferiu a medida, declinaram em seus votos que o art. 5º da Lei 4.348/1964, e o art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966 jamais foram declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, quer incidentalmente, quer em controle concentrado. Ao revés, a constitucionalidade dessas normas, conforme o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio na medida cautelar da ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1.576, já se encontra pacificada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Acrescenta-se, não fosse pelo dispositivo da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, a constitucionalidade do art.

13 Obrigatória a leitura das proposições de Cassio Scarpinella Bueno: "As previsões são todas, sem exceção, flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional e do modelo por ela criado para o mandado de segurança, individual e coletivo. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão para assegurar a fruição integral e *in natura* de bem da vida [o que decorre imediatamente no art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal] sejam obstaculizadas, frustradas ou, quando menos, minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional" (2009, p. 45).

14 Declina Luís Otávio Sequeira de Cerqueira ao se reportar ao § 2º, art. 7º, da Lei 12.016/2009: "Tendo em vista que a tutela de urgência tem natureza de garantia constitucional esse parágrafo é claramente inconstitucional, o que deverá ser declarado pelos Tribunais." (2009, p. 90)

15 No mesmo sentido Eurico Ferraresi: "As hipóteses de vedação descritas no dispositivo comentado sempre foram inconstitucionais, mesmo à época de sua edição, em pleno regime militar [Lei n. 4.348/1964]" (2009, p. 51).

16 Fernando da Fonseca Gajardoni, Marcio Henrique Mendes da Silva e Olavo A. Vianna Alves Ferreira também comungam desse entendimento: "Concordamos com este entendimento da doutrina, de que a situação do servidor que tem direito líquido e certo violado deve ser reparada liminarmente, sob pena de afronta ao princípio da tutela jurisdicional efetiva" (2009, p. 69).

17 Somam-se aos defensores da inconstitucionalidade das regras Rodrigo Klippel e José Antônio Neffa Junior que propõem a seguinte técnica para se contornar a restrição legal: "É muito importante definir qual acepção se adotar na hora de se interpretar o termo 'medida liminar' contido no § 2º do art. 7º da nova lei de mandado de segurança, visto que: a) caso se defenda que o legislador utilizou *medida liminar* para representar, genericamente, a tutela de urgência no procedimento mandamental, antes ou após o contraditório realizado, via de regra, pela autoridade coatora, ter-se-á como consequência uma maior amplitude das vedações do aludido § 2º; b) caso se defenda que o legislador utilizou *medida liminar* para representar somente as decisões urgentes tomadas antes da instauração do contraditório por parte do poder público, seu campo de atuação será bastante reduzido" (2009, p. 167).

18 Consultar, outrossim, Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.91).

5º da Lei 4.348/1964, e do art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966, por conseguinte, do § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, resultaria do efeito vinculante dos motivos determinantes da decisão.

Os efeitos transcendentais dos motivos determinantes das decisões de controle concentrado e abstrato de normas fundamentam inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal¹⁹ 20. Importa assinalar que no projeto de emenda constitucional n. 130/1992, alcunhado de projeto Roberto Campos, que inspirou a emenda constitucional n. 3/1993, referiu-se sobre o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, instituto do direito processual alemão que outorga não apenas ao dispositivo, mas também aos seus fundamentos determinantes, a força vinculante da decisão, possibilitando-se a extensão de seus limites objetivos às denominadas normas paralelas²¹.

19 Resulta da reclamação constitucional n. 5470: “[...] A tese da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, já adotada pelo Tribunal, confirma esse papel renovado da reclamação como ação destinada a resguardar não apenas a autoridade de uma dada decisão, com seus contornos específicos [objeto e parâmetro de controle], mas a própria interpretação da Constituição levada a efeito pela Corte. Esse entendimento é reforçado quando se vislumbra a possibilidade de declaração incidental da inconstitucionalidade de norma de teor idêntico a outra que já foi objeto de controle abstrato de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal” (2007).

20 No mesmo sentido a reclamação constitucional n. 2986: “[...] Sustenta-se, nesta sede processual - presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI - que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado: [...]. O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato [ADI 2.868/PI], examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA. Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da “transcendência dos motivos que embasaram a decisão” proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria ‘ratio decidendi’, projetando-se, em consequência, para além da parte dispositiva do julgamento, ‘in abstracto’, de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.” [...] Essa mesma orientação, que reconhece o caráter transcendente e vinculante dos fundamentos determinantes de decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida em sede de controle normativo abstrato, veio a ser reafirmada no julgamento plenário da Rcl 2.363/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, quando o eminente Relator da causa fez consignar, em expressiva passagem do seu douto voto, o que se segue: “[...] Assinala-se que a aplicação dos fundamentos determinantes de um ‘leading case’ em hipóteses semelhantes tem-se verificado, entre nós, até mesmo no controle de constitucionalidade das leis municipais” (2005).

21 Contém o Projeto Roberto Campos as seguintes justificações, conforme Gilmar Ferreira Mendes: “Além de conferir eficácia ‘erga omnes’ as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no direito brasileiro o conceito de *efeito vinculante* em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional, assegurando força vinculante não apenas à parte dispositiva da decisão, mas também aos chamados *fundamentos* ou *motivos determinantes* (*tragende Gründe*). A declaração de nulidade de uma lei não obsta à sua reedição, ou seja, a repetição de seu conteúdo em outro diploma legal. Tanto a coisa julgada quanto a força de lei (eficácia *erga omnes*) não logriam evitar este fato. Todavia, o efeito vinculante, que deflui dos fundamentos determinantes (*tragende Gründe*) da decisão, obriga o legislador a observar estritamente a interpretação que o tribunal conferiu à Constituição. Consequência semelhante se tem quanto às chamadas normas paralelas. Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma Lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de normas de conteúdo semelhante no Estado B ou C [...]” (2009, p. 596).

Em síntese, as razões de decidir expendidas no julgamento de determinada ação de controle concentrado e abstrato de normas, não se restringem à respectiva ação, tão pouco ao seu dispositivo. Há uma transcendência em relação aos seus fundamentos para que ações, cujo objeto tangencie os motivos que determinaram o julgamento da ação antecedente sejam, igualmente, submetidas ao efeito vinculante.

Assim, como a constitucionalidade do art. 5º da Lei 4.348/1964, e do art. 1º, § 4º, da Lei 5.021/1966, embora não tenha sido objeto do dispositivo da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, fora objeto dos motivos que determinaram seu julgamento, o § 2º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009 – que reproduz o enunciado daquelas normas – encontra-se abrangido pelo acórdão da ação declaratória de constitucionalidade n. 4.

3 Bases para aplicação e não aplicação das regras contidas no art. 7º, § 2º, segunda parte, e no § 5º, da Lei n. 12.016/2009

Dos fundamentos externados no acórdão da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, destaca-se, como corte metodológico para os fins de análise crítica neste ensaio, a elisão da violação ao art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, isto é, da previsão de concessão do mandado de segurança, pelas normas infraconstitucionais restritivas à concessão de medidas liminares em mandado de segurança, justamente o conteúdo normativo do art. 7º, §§ 2º e 5º, da Lei 12.016/2009.

Fixou-se, inicialmente, como dogma, constituir o mandado de segurança um direito fundamental por si mesmo. Os direitos fundamentais não são absolutos²², podem sofrer restrições quando necessário à tutela de outros bens jurídicos que a Constituição hospeda, dentre os quais, o interesse público. Comumente as restrições aos direitos fundamentais se operam no plano

22 Daniel Sarmiento propõe: "Já se tornou lugar-comum a afirmação de que, apesar da relevância ímpar do papel que desempenham nas ordens jurídicas democráticas, os direitos fundamentais não são absolutos. A necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos, também revestidos de envergadura constitucional, pode justificar restrições aos direitos fundamentais" (2006, p. 69).

concreto, ou seja, em dado conflito concretamente estabelecido exsurge a denominada colisão autêntica - entre direitos fundamentais -, e o julgador deverá utilizar métodos para a solução do conflito, como a ponderação.

Ao legislador, entretanto, não se veda a possibilidade de, igualmente, restringir direitos fundamentais. Nessa hipótese, as restrições se operam no plano abstrato das normas. José Joaquim Gomes Canotilho²³ aponta três possibilidades para a restrição abstrata dos direitos fundamentais: (i) quando a própria Constituição a estabelece; (ii) quando a Constituição a autoriza; (iii) ou mesmo quando a Constituição não as estabelece nem as autoriza expressamente. A primeira variante dispensa maiores observações. Relativamente a segunda vertente, acrescenta Gilmar Ferreira Mendes²⁴ que, da autorização constitucional expressa, podem decorrer duas possibilidades: o constituinte não determina a finalidade da restrição; trata-se dos direitos fundamentais submetidos à reserva legal simples, ou o constituinte a determina; trata-se dos direitos fundamentais submetidos à reserva de lei qualificada.

A restrição do direito fundamental ao mandado de segurança subsume-se a terceira variante acima. Antes, porém, de se prosseguir na linha das ideias externadas pelos doutrinadores citados, aduz-se que a circunstância do direito ao mandado de segurança constituir direito fundamental, não impede, e a técnica legislativa recomenda, que seu regime jurídico seja objeto de normas infraconstitucionais.

23 Sintetiza José Joaquim Gomes Canotilho: "Existe uma restrição legal de direitos fundamentais quando o âmbito de proteção de um direito fundado numa norma constitucional é directa ou indirectamente limitado através da lei. De um modo geral, as leis restritivas de direito 'diminuem' ou limitam as possibilidades de acção garantidas pelo âmbito de proteção da norma consagradora desses direitos e a eficácia de proteção de um bem jurídico inerente a um direito fundamental" (2003, p. 1276).

24 Declina Gilmar Ferreira Mendes: "A Constituição autoriza, em diversas disposições, a intervenção do legislador no âmbito de proteção de diferentes direitos individuais. Assim, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva é assegurada, *nos termos da lei* (CF, art. 5º, VII). [...] Tem-se uma reserva legal ou restrição legal qualificada quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados. Dessarte, prevê-se, no art. 5º, XIII, da Constituição, ser 'livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. [...] No caso de direitos fundamentais sem reserva legal expressa, não prevê a Constituição, explicitamente, a possibilidade de intervenção legislativa. Também nesses direitos vislumbra-se o perigo de conflitos em razão de abusos perpetrados ou de desenvolvimento de situações singulares. Todavia, no caso dos direitos fundamentais sem reserva legal expressa não pode o legislador, em princípio, ir além dos limites definidos no próprio âmbito de proteção" (2008, p. 306 e seguintes).

Nisso consiste o fundamento do voto, originariamente, proferido pelo Ministro Sydney Sanches, secundado pelo Ministro Moreira Alves, na ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6, segundo o qual, exceto a previsão do art. 102, I, “p” da Constituição Federal, ou seja, a competência originária do Supremo Tribunal Federal para conhecer de medida cautelar em ações diretas de inconstitucionalidade, a Constituição não trata de medidas cautelares. Constitui apanágio das leis infraconstitucionais fazê-lo, logo, em tese, não se elide a possibilidade de restringi-las, e a inferência aproveita as liminares em mandado de segurança, e as antecipações de tutela, desde que presentes elementos que as tornem razoáveis.

Em outros termos, as leis infraconstitucionais estabeleceram, desde sempre, o regime jurídico do mandado de segurança, e se não há previsão constitucional sobre a possibilidade de restrição das medidas liminares em mandado de segurança, também não há comando proibitório, legitimando-se as leis infraconstitucionais restringirem aquelas medidas, desde que presentes elementos que as legitimem.

Sem contradizer esses argumentos, há a possibilidade de se sustentar por outra perspectiva a mesma conclusão. Propõe Daniel Sarmento que a Constituição hospeda direitos, bens e outros princípios que, concretamente, podem colidir, sem que o constituinte tenha fixado critérios para solução desses conflitos. Em hipóteses tais, o postulado da unidade da Constituição autoriza, ainda que não expressamente, que o legislador ordinário estabeleça restrições aos direitos fundamentais, objetivando o seu convívio com outros bens constitucionais. Acrescenta o doutrinador que é preferível que assim o seja, para se conferir maior previsibilidade e segurança jurídica²⁵.

25 Nas palavras do autor: “Contudo, a possibilidade de restrições não autorizadas deriva da própria Constituição. Ela se origina do fato de que as constituições em geral – e a nossa não é exceção – hospedam com alguma frequência direitos e outros princípios que podem colidir em casos concretos, e, na maioria dos casos, o constituinte não fixa de antemão os critérios para solução destes conflitos. Esta circunstância torna muitas vezes necessário, em nome do postulado da unidade da Constituição, que, mesmo sem expresse permissivo constitucional, se consinta com o estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais, visando a possibilitar o seu convívio com outros bens de estatura constitucional. E é preferível que tais restrições sejam fixadas de antemão pelo legislador, do que se fique sempre a depender das ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas pelo aplicador do Direito, seja ele o juiz, ou pior ainda, o administrador. O caráter legislativo da restrição confere, por um lado, maior previsibilidade e segurança jurídica ao cidadão, e, por outro, crisma com maior legitimidade democrática a ponderação realizada” (2006, p. 79).

Nessa linha de ideias resta concluir se o § 2º, segunda parte, e § 5º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009, apresentam elementos legitimadores para as restrições que os mesmos abrigam. Temos que sim. E a análise perpassa, sobretudo, pelo § 2º, segunda parte, que prevê a vedação de se conceder, por medida liminar, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Ressalta-se que a restrição encontra-se circunscrita a situações bem delimitadas. Com isso, afasta-se o fundamento do voto do Ministro Paulo Brossard, proferido na ação declaratória de inconstitucionalidade n. 223-6, na qual se impugnava a medida provisória n. 173. Essa medida provisória, inquestionavelmente, abrangia situações de ordem vária, circunstância alheia à espécie. Ao revés, o § 2º, segunda parte, do art. 7º, da Lei 12.016/2009 encerra hipóteses fáticas restritas para sua subsunção.

Acrescenta-se ao argumento precitado um fundamento mais denso: as ações que versam a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza, propostas individualmente, coletivamente, ou em litisconsórcio multitudinário, desafiam invariavelmente interesses plúrimos – dos servidores públicos em geral -, e a repercussão econômica constitui manifesta em detrimento do escasso, porém programado, orçamento público.

Razão assiste, portanto, aos ministros que, majoritariamente – a unanimidade não se formou em decorrência de aspectos conexos à admissibilidade de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade – declararam a constitucionalidade do art. 1º da Lei 9.494/1997, ao excogitarem como um dos fundamentos de seus votos, a harmonização, pelas restrições à tutela jurisdicional liminar nessas hipóteses, entre o art. 100 e o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal. Por conseguinte, apesar do mandado de segurança constituir direito fundamental, apesar da inexistência de norma constitucional autorizando a restrição à concessão das medidas liminares, a ponderação pelo legislador infraconstitucional é possível, e se legitima pela ponderação

entre o direito ao mandado de segurança e outro bem constitucionalmente tutelado.

Por outro lado, também é possível sustentar com base em método como o *distinguishing*, e os postulados da razoabilidade e ponderação, a não aplicação das regras restritivas do § 2º, segunda parte, e § 5º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009. O verbatim da Súmula 729 do Supremo Tribunal Federal anuncia que o acórdão proferido na medida cautelar da ação declaratória n. 4 não se aplica à antecipação de tutela em causa de natureza previdenciária. Os precedentes que deflagraram a edição da súmula, em linhas gerais, consignam que benefícios previdenciários não se equiparam aos vencimentos e vantagens dos servidores públicos, logo, não atrairiam a subsunção do art. 1º, da Lei 9.494/1997.

Referidas decisões estreparam o conceito de benefícios previdenciários das hipóteses versadas no art. 1º, da Lei 9.494/1997, e afastaram o efeito vinculante da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 para hipóteses tais²⁶, procedendo-se à aplicação do método denominado *distinguishing* ou distinção, que se presta à elisão do efeito vinculante de um precedente, a partir da fundamentação deste. A distinção, portanto, conforma uma hipótese para a não aplicação das regras restritivas do § 2º, segunda parte, e § 5º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009.

Relativamente ao postulado da razoabilidade adverte-se que a doutrina clássica propõe sua incidência para estruturar a aplicação de princípios. Entretanto, não há incompatibilidade para que a razoabilidade estruture, igualmente, a aplicação de outras espécies normativas, como – e principalmente – as regras²⁷. Humberto Bergman Ávila identifica três dimensões para

26 Por todos ver Caio Márcio Gutterres Taranto (2005, p. 48 e seguintes).

27 Sobre o tema constitui obrigatória a leitura de Humberto Bergman Ávila: "A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. [...] Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige relação de equivalência entre duas grandezas" (2006, p. 139).

a aplicação da razoabilidade – que o mesmo denomina de postulado normativo aplicativo por tratar-se de meta-norma.

Razoabilidade como equidade, para fins de harmonização da norma geral com o caso individual (2006, p. 139). Como congruência, para fins de harmonização das normas com o suporte empírico existente (2006, p. 142), E como equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona (2006, p. 145).

Possível sustentar para fins de elisão das regras do art. 7º, § 2º, segunda parte, e § 5º, da Lei 12.016/2009, sob a égide do postulado da razoabilidade, que determinado caso concreto exija uma harmonização das mesas em decorrência de elementos que individualizem determinado suporte fático. Nessa mesma linha de ideias, também se afirma que pela dimensão da equivalência poder-se-ia afastar as restrições legais quando, por exemplo, os critérios que as justificam não se revelarem equilibrados em determinado caso concreto.

Por fim, a ponderação pelo julgador também se revela como meio hábil para se afastar a aplicação das regras do art. 7º, § 2º, segunda parte, e § 5º, da Lei 12.016/2009.

4 Conclusões

As experiências em controle concentrado de constitucionalidade das ações diretas de inconstitucionalidade n. 223-6 e n. 1576, somadas à ação declaratória de constitucionalidade n. 4, revelam que as limitações à concessão de tutela jurisdicional liminar em mandado de segurança não são inconstitucionais, desde que presentes elementos legitimadores, como a tutela de outro bem constitucionalmente previsto.

As regras do § 2º, segunda parte, e § 5º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009 encontram-se abrangidas pelo efeito vinculante que da ação declaratória de constitucionalidade n. 4 emerge. Quanto ao § 5º, por reproduzir o art. 1º, da Lei 9.494/1997, objeto dessa ação. Relativamente ao § 2º, entendemos que também se junte ao dispositivo da ação declaratória de constitucionalidade n. 4, conclusão que não infirma esteja abrangido - não em função do dispositivo -, mas dos motivos que determinaram a decisão.

Entretanto, a existência desse precedente não afasta a possibilidade de não aplicação do § 2º, segunda parte, e § 5º, do art. 7º, da Lei 12.016/2009 utilizando-se métodos como o *distinguishing*, e os postulados da razoabilidade e ponderação.

5 Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação declaratória de constitucionalidade n. 4*. Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados. Relator: Ministro Sydney Sanches. Relator para acórdão: Ministro Celso de Mello. Brasília, 27 de novembro de 1997. Disponível em <www.stf.jus.gov>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 223-6*. PDT – Partido Democrático Trabalhista e Presidente da República. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 28 de março de 1990. Disponível em <www.stf.jus.gov>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. _____. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.576*. PL – Partido Liberal e Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 1º de abril de 1997. Disponível em <www.stf.jus.gov>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. _____. *Reclamação constitucional n. 2.986*. Estado de Sergipe e Juíza do Trabalho da 5ª Vara do Trabalho de Aracaju. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 24 de novembro de 2005. Disponível em <www.stf.jus.gov>. Acesso em: 25 nov. 2009.

_____. _____. *Reclamação constitucional n. 5.470*. Município de Moju e Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, Juiz do Trabalho da 1ª Vara do Trabalho de Abaetuba. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 21 de agosto de 2007. Disponível em <www.stf.jus.gov>. Acesso em: 25 nov. 2009.

ARRUDA, Paula. *Efeito vinculante: ilegitimidade da jurisdição constitucional estudo comparado com Portugal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ÁVILA, Humberto B. *Teoria dos princípios*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Mandado de segurança*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de Cerqueira. *Comentários à nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRARESI, Eurico. *Do mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SILVA, Márcio Henrique Mendes da; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves. *Comentários à nova lei de mandado de segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Método, 2009.

KLIPPEL, Rodrigo; NEFFA JUNIOR, José Antônio. *Comentários à lei do mandado de segurança: Lei 12.016/09, artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. A utilização do método *distinguishing* pelo Supremo Tribunal Federal: a experiência da medida cautelar na ADC n. 4-6/DF e da Súmula 729. *Juris Poiesis: Revista do Curso de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, 2005.

1.10

NATUREZA JURÍDICA DA REQUISIÇÃO DE INTERVENÇÃO ESTADUAL POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM OU DECISÃO JUDICIAL: DOS MEIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS À IMPUGNAÇÃO DA REQUISIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LUIZ COLNAGO NETO*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 1.1 Intervenção estadual por descumprimento de ordem ou decisão judicial. 2 Natureza jurídica do provimento requisitório do Tribunal de Justiça. 3 Meios de impugnação. 3.1 Do mandado de segurança. 3.2 Da arguição de descumprimento de preceito fundamental. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 Introdução

O instituto da intervenção é caracterizado pela doutrina constitucional moderna como um fenômeno jurídico decorrente da adoção do Estado Federal, “sendo fórmula de garantia da União em sua indissolubilidade e proteção dos Estados contra ameaças internas e externas” (PELEGRINI, 2000, p. 16).

Com efeito, o principal elemento do princípio federativo se configura pela concessão, através do próprio Texto Constitucional, de autonomia aos membros integrantes da federação, despontando o ato interventivo como uma medida de caráter excepcional capaz de afastar temporariamente a liberdade de atuação dos entes políticos.

Nesse quadrante, foi com o abandono da monarquia centralizadora e a adoção do republicanismo federativo que a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 encontrou um campo fértil para implementar pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de intervenção da União nos Estados-membros,

* Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

visando, em última *ratio*, manter a integridade e o equilíbrio do sistema federal então adotado.

Agora, de outra parte, não se pode olvidar que na história do nosso constitucionalismo republicano os Municípios, assim como os Estados-membros, também foram contemplados com certo grau de autonomia, ainda que em menor expressão. Com isso, malgrado os debates doutrinários ocorridos ao longo do século passado, a autonomia das comunas acabou viabilizando a instituição da chamada “intervenção estadual” com o advento da Constituição Federal Republicana de 16 de julho de 1934.

Após os avanços e retrocessos ocorridos sob o pálio das Constituições de 1937, 1945, 1967/69 e, enfim, com as profundas transformações perpetradas pela Constituição Federal de 05 de outubro 1988, a autonomia política e administrativa dos Municípios restou definitivamente consolidada e, via de consequência, a intervenção estadual sedimentou-se como forma de resguardar o federalismo brasileiro.

Tal instituto está atualmente disciplinado no artigo 35 da *Lex Mater* e dentre as inúmeras proposições ali insertas, a análise da intervenção para assegurar o cumprimento de ordem ou decisão judicial se revela de suma importância, porquanto não há no direito comparado situação similar em que a competência para requisitar a medida excepcional nesses moldes tenha sido delegada ao Poder Judiciário.

A maior peculiaridade dessa hipótese interventiva se refere ao fato de que o Poder Executivo, na figura do Governador, só intervirá no Município caso o Tribunal de Justiça (TJ) dê provimento à representação proposta com essa finalidade. Dentro desse contexto surgem as dúvidas objeto de análise: considerando que é atribuição da cúpula do Judiciário estadual avaliar se a situação realmente caracteriza descumprimento de ordem ou decisão judicial, qual seria a natureza jurídica do provimento requisitório emanado do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, quais seriam os instrumentos processuais mais adequados a impugná-lo na eventualidade de erro de avaliação da Corte estadual.

Cumpre alinhar que:

O constitucionalismo pressupõe a existência de instrumentos jurídicos que garantam a aplicação do modelo de ordenamento prescrito pela Constituição, sujeitando-os a controle judicial, seja por Tribunais ordinários ou pelos denominados Tribunais Constitucionais. (TAVARES, 2003, p. 133).

Colige-se, portanto, que a sistemática processual apta à oposição das possíveis violações à ordem jurídica provocadas pelo Tribunal de Justiça depende inicialmente da constatação do regime jurídico da requisição para só então haver o descortino dos meios mais eficazes a promover o retorno à legalidade.

1.1 Intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial

A hipótese de intervenção estadual para assegurar a execução de ordem ou decisão judicial está prevista no artigo 35, inciso IV, *in fine*, da Constituição Federal de 1988, entretantes desde a Constituição Federal de 1891 exista a previsão constitucional de igual teor voltada à intervenção federal.

E é somente com o advento da Lei Maior de 1969 que se disciplinou pela primeira vez a possibilidade de intervenção estadual nesses moldes. Repetida na Carta Magna de 1988, a medida de exceção é admitida nos seguintes termos:

Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:

[...]

IV – o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou prover a execução de lei, de ordem ou decisão judicial.

A doutrina ao investigar o *telos* dessa regra constitucional caracteriza sua importância na necessidade de dar efetividade às decisões judiciais e assim garantir a tranquilidade social. Em verdade, o desprestígio do Poder Judiciário só permitira a fragmentação do próprio Estado Democrático de Direito e a falência dos direitos e garantias individuais (PELEGRINI, 2000, p. 182).

Na distinção de significado entre as palavras “ordem” e “decisão” para qualificar “descumprimento” o critério adotado reside na vinculação das partes envolvidas no processo judicial. Segundo Enrique Lewandowski (1994, p. 104):

[...] Na verdade, uma ordem consiste numa determinação assinalada por uma corte ou um magistrado, dentro ou fora de uma lide, para que se faça ou deixe de fazer algo, ao passo que uma decisão constitui o derradeiro ato de um processo, colocando fim a uma demanda, em que se atribui razão a uma das partes.

As autoridades competentes das unidades federadas estão obrigadas não só a obedecer estritamente às ordens e decisões judiciais que sejam destinatárias, como também a dar-lhes sustentação quando dirigidas a terceiros, inclusive com o auxílio da força policial se necessário.

De outra parte, se o objetivo colimado pela Constituição Federal é prestigiar o primado do Poder Judiciário e dar máxima efetividade aos seus provimentos, não há espaço para o entendimento de que a pendência de recurso impede a intervenção, porquanto também os comandos judiciais provisórios podem ser dotados de eficácia imediata desde que ausente o efeito suspensivo do supedâneo recursal eventualmente interposto. Ademais, “o próprio Texto Constitucional não faz alusão à decisão transitada em julgado, mas apenas à decisão judicial, não permitindo, portanto, interpretação contrária” (PELEGRINI, 2000, p. 188).

Além disso, ao impedir o cumprimento da determinação judicial as autoridades competentes da comuna deverão agir dolosamente, isto é, deve haver uma atuação manifestamente deliberada do ente federado no sentido de obstar a execução da decisão.

Nesse particular, vale acentuar que a impossibilidade material de dar cumprimento à decisão deve ser vista como um óbice à decretação da intervenção, já que levá-la a cabo desvirtuaria a própria finalidade do instituto que é garantir o respeito aos atos judiciais decisórios. Em verdade, “poderia o Poder Executivo atingido deixar de dar cumprimento à decisão, e não por des-

respeito, colocando em xeque a autoridade do Poder Judiciário, mas por absoluta incapacidade” (PELEGRINI, 2000, p. 196).

O STF (2003) vem decidindo paulatinamente que somente a ação dolosa enseja a intervenção federal:

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. [grifo nosso]

Em suma, após deliberação discricionária sobre a situação fática apresentada, o Tribunal de Justiça estará vinculado a prover a representação e, por conseguinte, requisitar ao Governador do Estado-membro que decrete a intervenção no Município.

2 Natureza jurídica do provimento requisitório do Tribunal de Justiça

O problema em torno da natureza jurídica do provimento do Tribunal de Justiça que requisita ao Governador a intervenção estadual não é puramente teórica como parece, mas dele depende a identificação e escolha dos instrumentos processuais mais adequados a impugnar a medida interventiva.

As primeiras dificuldades surgem porque não há no direito comparado situação similar em que a Constituição tenha delegado ao Poder Judiciário a competência para requisitar de ofício a intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial e, por outro lado, porque “o fenômeno processual não é exclusivo da jurisdição, antes é característica das várias funções do Estado e do tipo de vontade que elas expressam” (SUNDFELD *apud* HARGER, 2001, p. 46).

Por essa razão, é indubitável que o real enquadramento do provimento requisitório do TJ perpassa antes pela criteriosa distinção entre as funções administrativa e jurisdicional, vez que “a função traduz o dever de agir com vistas ao alcance de certa finalidade prevista em lei, enquanto o processo representa o modo pelo qual essa ação se processa” (HARGER, 2001, p. 54).

Vem à tona, então, uma nova ordem de obstáculos, porquanto a doutrina ainda não construiu uma diferenciação segura entre esses atos estatais. Em verdade:

Enquanto o conceito de função legislativa decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização, o mesmo não sucede com o das funções administrativa e jurisdicional. Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como funções de execução. (FAGUNDES, 1984, p. 4)

Fundamentalmente são dois os critérios apresentados para caracterizar as funções estatais: a) orgânico ou subjetivo, no qual ganha relevo a identificação do órgão que exerce a função, e; b) objetivo, que toma em consideração a atividade exercida e o seu objeto, subdividindo-se no critério objetivo-material e no objetivo-formal (MELLO, 2001, p. 30-31).

Do ponto de vista orgânico, a natureza da função estatal dependeria do órgão que estivesse praticando os atos funcionais. Porém, a utilização isolada desse critério pode ser considerada insatisfatória, já que os órgãos legislativos e os órgãos judiciais também realizam funções administrativas.

No critério objetivo-material são considerados os elementos intrínsecos da função, investigando a própria essência do objeto. Os defensores dessa tese afirmam que a função legislativa se corporifica na expedição de atos gerais e abstratos, a administrativa por criar utilidade pública mediante atos concretos e a jurisdicional na solução de conflitos jurídicos.

No entanto, esses qualificativos ainda são insuficientes para especificar o campo de cada uma das funções, sobretudo com

relação a determinados atos administrativos que teriam similaridade material com as demais atividades estatais.

Por sua vez, o critério objetivo-formal busca evidenciar as características peculiares de cada uma das funções, “os atributos especificamente deduzíveis do tratamento normativo que lhes corresponda, independente da similitude material que estas ou aquelas atividades possam apresentar entre si” (MELLO, 2001, p. 30). Esse método nos permite trabalhar com três ordens de elementos dos atos estatais que seriam o conteúdo, a finalidade e o modo de exercício da função.

Agora, não obstante esse critério nos proporcione a vantagem de uma visão mais abrangente dos atributos que compõem as funções do Estado é imprescindível agregar-lhe uma referência ao respectivo órgão. Isso porque, como anota Ovídio A. Baptista da Silva (1997, p. 61):

[...] a teoria constitucional moderna pressupõe, como princípio do Estado democrático, a divisão dos poderes estatais, que deverão ser exercidos por autoridades independentes entre si, de tal modo que as funções administrativas de gestão do próprio Estado, a função legiferante e a função jurisdicional sejam atribuídas a poderes mais ou menos autônomos e independentes.

Destarte, na linha de argumentação de Agustín Gordillo (1977, p. 177), faz-se “necessário buscar um critério misto que combinando elementos de um e outro tipo possa finalmente oferecer uma noção útil, ainda que resulte menos elegante que as demais”.

Nesse passo, a combinação do critério formal com o orgânico torna mais seguro o traço distintivo entre a função administrativa e jurisdicional, permitindo a identificação da natureza jurídica do provimento requisitório do Tribunal de Justiça.

Passemos à análise comparada entre os elementos das funções administrativas e jurisdicionais, começando pelos atributos formais.

Independente da ideologia que se adote para justificar o surgimento do Estado importa notar que este ente político passou a titularizar o interesse público, estando em sua gênese a geração

do bem-estar social. Dentro desse contexto, aparece a figura do Estado-Administração responsável pela gestão ou gerenciamento dos negócios públicos em consonância com os limites normativos impostos.

Daí exsurge o autêntico conteúdo da função administrativa, ou seja, manifesta-se por atos infralegais ou infraconstitucionais de direção e operacionalização dos interesses públicos determinados pela legislação aplicada.

Ao contrário, o nascimento da jurisdição envolve a ideia de substituição do uso da força física na resolução das contendas pela centralização do poder coercitivo nas mãos dos agentes públicos representantes do Estado (KELSEN, 1998, p. 43).

Com isso, percebe-se de plano que no exercício da função jurisdicional o Estado-Juiz atua na solução de situações conflituosas envolvendo a realização do direito, tudo em caráter de definitividade, já que suas decisões contêm “força de verdade legal” (GORDILLO, 1977, p. 122).

Note-se que na função administrativa o direito se constitui como instrumento, é um marco limitador da atuação estatal, enquanto na função jurisdicional “o objeto é o próprio direito, a resolução de controvérsia ou contestação jurídica, [...] declarando ou decretando em definitivo o direito das partes e determinando o seu respeito” (MELLO, 1969, p. 36).

N'outro giro, a exploração da finalidade das funções cumpre um papel primordial na distinção, pois está intimamente ligada ao conteúdo dos atos administrativos e judiciais.

Como na ação administrativa está embutida a ideia de gerenciamento do interesse público, exsurge de pronto que o seu objetivo imediato é a criação ou a manutenção de “utilidades públicas” em favor do corpo social, proporcionando, assim, o bem-estar coletivo. Essa utilidade pública não necessariamente coincide com a criação de uma comodidade materialmente fruível, porquanto seu conceito é mais vasto e fluido a comportar outras situações que não objetos sensivelmente palpáveis (MELLO, 1969, p. 37).

De outra banda, por dirimir situações contenciosas em caráter definitivo o exercício da função jurisdicional visa, em primeiro lugar, fixar a interpretação do direito, assegurar e restaurar o

respeito à ordem jurídica ameaçada pela violação das normas vigentes. Em verdade, somente com sustentação das liberdades individuais é que, aí sim, de maneira mediata, será alcançado o mínimo de segurança necessária à paz coletiva comunidade (KELSEN, 1998, p 40).

Ainda que defendendo uma posição particularizada, Oswaldo Bandeira de Mello (1969, p. 36) averba:

Destarte, na jurisdicional a utilidade pública é conseguida como conseqüência, como razão da ordem jurídica e do direito individual a respeitar. Já na administrativa, a utilidade pública se considera como noção positiva, em torno da qual o direito gravita, como meio técnico para informá-la, na sistematização de uma ordem jurídica e sua efetivação, tanto na legislativa como na executiva.

Corolário da conjugação entre o conteúdo e a finalidade dos atos estatais é o modo pelo qual se exercem essas funções.

Na medida em que os órgãos administrativos são responsáveis pela direção dos bens e interesses da coletividade e buscam alcançar o bem-estar social, as manifestações do poder administrativo são vinculadas, devendo ocorrer independentemente da provocação de terceiros, sua atuação deve ser *ex officio*. Como os órgãos administrativos titularizam tais interesses é dever do Estado-Administração engendrar esforços no sentido de proporcionar condições para o desenvolvimento coletivo.

A seu turno, incumbindo aos órgãos judiciais a centralização do poder de resolução dos conflitos sociais em substituição aos particulares, nada mais lógico que seu exercício sempre dependa da iniciativa dos interessados, mantendo-se dessa forma distante dos interesses debatidos no litígio. Com efeito, somente o princípio da inércia assegura a necessária imparcialidade no julgamento da lide.

Onofre Mendes Júnior (1961, p. 23, grifo do original) capta bem essa disparidade:

A distinção entre função administrativa e a jurisdicional se realiza, tendo-se em vista dois modos diferentes de execução do direito. É peculiar à função administrativa a aplicação do direito *ex-officio*, ao passo que a função jurisdicional atua, *em*

frente a um situação contenciosa, o poder administrativo se manifesta independentemente dessa situação.

Carlos Ari Sundfeld (2003, p. 81, grifo do autor) também compartilha dessa opinião ao asseverar taxativamente que a atividade judicial se desenvolve “sempre *para aplicação de normas superiores*, no que se assemelha à administrativa. Sua peculiaridade está em ser provocada, através da propositura de uma ação, não se exercendo de ofício”.

Ao finalizar a exposição das características objetivas de ambas as funções é nítida a necessidade de integração entre os critérios orgânico e formal.

Por excelência, a jurisdição se materializa mediante provocação e através de decisões definitivas na solução de contendas, tudo voltado à reintegração da ordem. Assim, em conformidade com o princípio democrático, para cumprir tal desiderato é imprescindível que essa função seja delegada a um órgão independente, imparcial e equidistante das controvérsias sociais surgidas, mantendo-se, portanto, na condição de terceiro estranho à lide.

Agora, o papel de Estado-Administração está disseminado entre os três poderes justamente porque todos eles em certa medida também são responsáveis pela gestão de bens e interesses públicos com o fito de criar utilidades públicas, exercendo a função administrativa. Vê-se que a Constituição assim o fez quando permitiu que o Legislativo e o Judiciário dispusessem sobre a organização de seus serviços, dentre outras particularidades. Esses órgãos estatais ao atuarem investidos do poder administrativo estarão se manifestando como partes interessadas.

Com propriedade, Agustín Gordillo (1977, p. 151) faz alusão à correlação entre a função exercida e o órgão que a pratica nesses termos:

[...] o ato jurisdicional provém de um órgão imparcial na contenda que resolve, ou seja, é um terceiro alheio à lide; sua atividade se desenvolve em função do interesse dos destinatários e não seu próprio. Ao contrário, o ato da Administração em geral, responde ao interesse do próprio órgão que o

edita; o órgão não é estranho ou alheio ao conflito; não é um terceiro e sim parte na lide precisamente não realiza atividade jurisdicional; [...].

Resta hialino que o exercício da função jurisdicional está intrinsecamente ligado à existência de uma controvérsia entre sujeitos de direito e à inércia ínsita à sua condição de terceiro¹. E é justamente pela ausência desses dois fatores que o provimento requisitório exarado pelo Tribunal de Justiça possui natureza jurídica administrativa e não judicial.

Veja que no processo de intervenção não há qualquer conflito de interesses capaz de configurar uma lide, pois a pretensão resistida ou insatisfeita está sendo discutida no bojo do processo judicial que culminou na decisão desrespeitada pelo Município.

Em verdade, o acerto ou equívoco do *decisum* não está em discussão quando o Tribunal de Justiça delibera sobre os pressupostos da intervenção, já que, caso contrário, ocorreria um flagrante desvio de finalidade do instituto, como também permitiria a supressão de instâncias em violação ao princípio do juízo natural. Ao requisitar a intervenção o Tribunal estará criando meios para dar efetividade à prescrição de uma norma individual e concreta representada pela decisão judicial.

Caso não bastasse, a possibilidade do Tribunal de Justiça instaurar *ex officio* o procedimento e assim requisitar ao Governador a intervenção no Município reforça a tese de que não há aí um procedimento de caráter jurisdicional, e sim o exercício de uma função propriamente administrativa. Explica-se.

Nos casos de intervenção federal, a Constituição Federal separou nitidamente as hipóteses interventivas dependentes de provimento de representação pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 36, inciso III) daquelas em que a medida somente exige a requisição do STF, STJ e do Tribunal Superior Eleitoral (artigo 36, inciso II), que é o caso de descumprimento de ordem judicial.

1 O exercício espontâneo da função jurisdicional culmina por ser realmente contraproducente, visto que a atividade jurídica estatal tem por escopo a pacificação social. Ao reverso, se a espontaneidade constituiu-se a regra no âmbito da atividade jurisdicional, infalivelmente maiores seriam as discórdias e desavenças no meio social, com o fomento de lides desnecessárias. (PADUANI, Célio César. Natureza jurídica da jurisdição. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 813, p. 739, jul. 2003).

Com efeito, para que essa distinção de técnica legislativa realmente autorize sustentar que essas Cortes Superiores podem agir de ofício no caso de desobediência do Estado na execução de um comando judicial é preciso ter em conta que o *telos* “do dispositivo constitucional é inequivocamente a da preservação do cumprimento das ordens e decisões do Poder Judiciário, que é Poder desarmado” (Ministro Moreira Alves *apud* LEWANDOWSKI, 1994, p. 105).

Imaginemos que no julgamento de um recurso extraordinário o Supremo Tribunal Federal determine ao Estado do Espírito Santo a prática de certo ato, mas que o Governo estadual, sem qualquer justificativa, permaneça inerte, desobedecendo à ordem judicial e que, por outro lado, os interessados se omitam.

Como o respeito às decisões judiciais é indispensável para a sustentabilidade da ordem jurídica, a subordinação da autoridade dos julgados do Poder Judiciário à iniciativa dos interessados abalaria a estrutura do sistema constitucional, permitindo de maneira oblíqua a perpetuação de ilícitudes.

Por isso, reconhece-se que “na hipótese de desobediência a ordem ou decisão diretamente emanada dessas Cortes, elas próprias requisitarão, de ofício ou mediante pedido da parte interessada, a intervenção”. Essa inclusive é a orientação firmada na Lei n.º 8.039/90 quando trata da intervenção federal no caso *sub examine* (LEWANDOWSKI, 1994, p. 125).

Conseqüentemente, apesar da atecnia com a qual foi construído o artigo constitucional relativo à intervenção nos Municípios, chega-se à conclusão, com esteio no princípio da simetria, que também no âmbito estadual o órgão de cúpula do Poder Judiciário local poderá requisitar de ofício a medida excepcional.

Sublinhe-se, ainda, que sob o pálio do princípio da não-contradição o ordenamento jurídico não deve admitir a existência de tratamento distinto para situações semelhantes, “deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter conclusões inconsistentes ou impossíveis” (MAXIMILIANO, 2002, p. 136).

O Ministro Sepúlveda Pertence (1998) se manifestou sobre a matéria nos seguintes termos:

Estou, porém, em que o sistema não comporta a solução pretendida que – subordinando-a à iniciativa do interessado – despe o Judiciário local do poder de requisição *ex officio* da intervenção estadual no Município, necessário à imposição da autoridade de suas ordens ou decisões, a exemplo do que sucede com os órgãos de cúpula do Judiciário da União, quando se cogite de intervenção federal nos Estados visando à execução de decisões judiciais.

Trata-se de uma prerrogativa de Poder que não há de presumir – contra o sistema constitucional de simetria do regime de Poderes do Estado relativamente ao da União – haja sido subtraído ao Judiciário local, mormente quando – cuidando-se de desrespeito a ordem judicial imputado a Município – a requisição de ofício da intervenção pelo Supremo Tribunal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, incabível, não lhe possa suprir nem a omissão nem a impotência.

Nesse quadrante, como o Tribunal de Justiça possui competência para instaurar *ex officio* o procedimento que culminará na requisição de intervenção, só resta constatar que não há um processo judicial, visto que “a jurisdição, diz-se, é uma função inerte que só se põe em movimento quando ativada por aquele que invoca a proteção jurisdicional do Estado” (SILVA, 1997, p. 62).

Note-se, por conseguinte, que o TJ na intervenção estadual e as Cortes Superiores na intervenção federal são os verdadeiros responsáveis pela guarda do interesse público identificado pela primazia dos julgados do Poder Judiciário, cuja atuação de ofício e visando manter a respeitabilidade das decisões judiciais no corpo social em tudo se aproxima do regime administrativo.

E como o fruto do processo será um ato jurídico de “superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas”, exsurge daí o acentuado caráter político da natureza jurídica do processo (MELLO, 2002, p. 34).

Ao editar a Súmula n.º 637, o STF considerou precedentes em que não conhecia de recursos extraordinários contra decisões de TJ's na intervenção em tela justo porque o processo em questão possuía natureza político-administrativa:

Súmula 637 – Não cabe recurso extraordinário acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município.

Portanto, por mais que se possa levantar alguma objeção à subsunção exata do processo de intervenção instaurado no âmbito do Tribunal de Justiça aos caracteres da função político-administrativa, deve haver uma necessária aproximação com os atos estatais de tal natureza “por sua íntima relação substancial e formal com eles e pela aplicação que recebem de igual regime” (GORDILLO, 1977, p. 125), mesmo porque “o processo administrativo mantém correlação com o ato final em que desemboca”, permitindo concluir que o ato de requisição dirigido ao Governador também deve possuir caráter político-administrativo (MEDAUAR *apud* HARGER, 2001, p. 56).

Consectário lógico é a conclusão do acerto do verbete 637 do STF que exclui a possibilidade de ataque ao provimento requisitório por recurso judicial, levando em consideração que recurso é conceituado pela doutrina como “[...] remédio voluntário idôneo a ensejar, *dentro do mesmo processo*, a reforma, invalidação, o esclarecimento ou a integração de *decisão judicial* que se impugna [grifo nosso]” (MOREIRA, 2009, p. 233), algo que efetivamente não ocorre no caso do provimento do TJ requisitando a intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial por se tratar de processo e ato político-administrativo.

3 Meios de impugnação

3.1 Do mandado de segurança

De acordo com os ditames constitucionais, o mandado de segurança (MS), por excelência, é o instrumento judicial “apto a coibir qualquer atividade ilícita em suas mais diversas formas de manifestação por qualquer um que exerça função pública” (BUENO, 2002, p. 5). Historicamente, o MS foi concebido como um mecanismo de tutela jurisdicional voltado à proteção dos cidadãos contra ilegalidades e abusos de poder perpetrados pelos representantes do Estado.

Com isso, parte da doutrina defendia que as entidades de direito público não poderiam figurar como impetrantes, também sob a justificativa de que o *writ* se insere entre as garantias e direitos dos individuais.

Por todos, averba J. M. Othon Sidou (2002, p. 157):

Não merece mais do que uma sucinta alusão observar que o mencionado proêmio se refere apenas a entes privados, além do que recordar que o mandado de segurança se constitui por um processo natural de desdobramento das garantias pertinentes ao indivíduo.

É, portanto, o raciocínio lógico que conduz ao entendimento de que só às pessoas de direito privado é reservado o instituto, como só a elas são reservados os remédios congêneres.

Essa postura acabava desprestigiando a própria finalidade do remédio constitucional, pois em certas circunstâncias era o mandado de segurança o único meio hábil a obstar conflitos surgidos entre entidades de direito público. Outrossim, não se pode olvidar que “partejado como instrumento das liberdades fundamentais, inserido que está dentre as garantias mestras, o mandado de segurança há de ser sempre liberalmente interpretado” (FERRAZ, 1990, p. 16).

As palavras de Cássio Scarpinella Bueno (2002, p. 27, grifos do autor) espancam qualquer discussão:

Embora *classicamente* os direitos e as garantias individuais (as liberdades públicas) sejam dirigidas e estruturadas a partir dos e para os indivíduos (como verdadeiros *limites* à atuação do Estado), não há como deixar de reconhecer que as diversas pessoas públicas podem, eventualmente, apresentar-se como titulares de direitos em face de outras, justificando, assim, a impetração, desde que seus demais pressupostos estejam presentes. Como bem assinala Arnold Wald, é preciso destacar que, “embora concebido como meio de defesa do indivíduo contra a Administração Pública, o mandado de segurança evoluiu no sentido de se tornar um instrumento eficaz de manutenção do sistema de freios e contrapesos, servindo para corrigir inconstitucionalidades e ilegalidades surgidas nos conflitos entre os diversos poderes

de uma mesma unidade política ou entre a União, o Estado e o Município”.

O debate acerca da restrição acabou definitivamente superado com o advento da nova lei do mandado de segurança, Lei n.º 12.016/09, que no artigo 1º explicitou a legitimidade ativa tanto da pessoa física ou jurídica.

Assim, há que se reconhecer que o Município, representado pelo Prefeito, poderá impetrar o *mandamus* para afastar irregularidades aventadas no provimento interventivo do TJ, porquanto “seria absolutamente incompreensível que um ente federado, ao ser-lhe suprimida uma competência [...] não pudesse se opor a essa usurpação de competência, recorrendo ao Judiciário” (FIGUEIREDO, 2002, p. 195).

Admitida a possibilidade de o Município utilizar o mandado de segurança na impugnação da medida excepcional outro questionamento vem à tona.

Em função do caráter político-administrativo atribuído à requisição, José Afonso da Silva (2000, p. 490, grifo no original) é categórico em asseverar que somente os aspectos formais da intervenção seriam controláveis pelo Poder Judiciário, excluindo de seu âmbito de cognição os aspectos materiais:

Controle jurisdicional. Não há sobre o ato de intervenção nem sobre esta, porque se trata de ato de natureza política insuscetível de controle jurisdicional, salvo manifesta infração às normas constitucionais, mormente naqueles casos em que a intervenção depende de solicitação do poder coato ou impedido ou de *requisição* dos Tribunais e elas ao tenham sido feitas ou tenham sido feitas irregularmente.

Todavia, é demasiadamente simplista a afirmação de que o cunho político da intervenção excluiria o pleno controle do Judiciário acerca da requisição de intervenção. Como os demais atos administrativos, os atos políticos também estão sujeitos à Constituição Federal, devendo obediência à moldura constitucional limitadora de sua atuação.

Na verdade, o que se percebe é que os atos políticos possuem um maior grau de sensibilidade do que os demais atos ad-

ministrativos discricionários por promoverem a direção superior da vida política da nação. No entanto, não se pode olvidar que a exemplo de qualquer outra atividade exercida pelo Estado, os atos políticos também “têm barreiras ou limitações, tais como, as prerrogativas individuais, as liberdades públicas, os direitos subjetivos públicos” (CRETELLA JÚNIOR, 1998, p. 166).

Acolher a existência de atos políticos desprovidos de qualquer controle judicial seria uma flagrante negação do próprio princípio da legalidade, porquanto bastaria a mera motivação política para que arbitrariedades do Poder Público estivessem devidamente legitimadas.

Nessa toada, reconhece-se que em um verdadeiro Estado Democrático de Direito “o procedimento deixa de ser unicamente político quando, não obstante ter no ato político a sua origem, é seguido de medidas que afetem direitos expressamente amparados pela ordem jurídica” (FAGUNDES, 1994, p. 142).

Em particular, não se poderia deixar de registrar a lição Oswaldo Bandeira de Mello (1969, p. 417):

Nada justifica no Estado de Direito essa figura de atos de governo em oposição aos atos administrativos. Se dizem respeito à manifestação da vontade individual, concreta, pessoal do Estado, enquanto poder público, na consecução do seu fim, de criação da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito, constituem atos administrativos. Se violarem a lei e ofenderem direitos de terceiros ou lhes causarem danos, cumprem estar sujeitos à apreciação do Judiciário. No Estado de Direito, torna-se inadmissível atividade insuscetível de controle do Judiciário, quando viola direitos e causa danos.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 29) ressalta ainda que a discricionariedade é inevitavelmente relativa, seja por estar limitada à finalidade perseguida pelo ato, seja porque as expressões vagas ou imprecisas possuem uma zona de certeza positiva e negativa, oferecendo, portanto, abertura à sindicabilidade judiciária dos atos políticos.

Assim, mesmo que os pressupostos materiais da intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial possuam

uma maior carga de discricionariedade, não será dado ao Poder Judiciário se furtar a conhecer o mandado de segurança quando voltado a corrigir alguma arbitrariedade praticada pelo próprio Tribunal de Justiça no provimento de requisição.

Portanto, a matéria impugnada pelo *mandamus* será ampla, cingindo-se não só aos pressupostos materiais, cuja análise é atribuição do Tribunal de Justiça, mas também poderá estar focada na análise da adequação do conteúdo do ato interventivo aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como aos pressupostos formais.

Tem-se, ainda, que o alcance da revisão judicial proporcionada pelo mandado de segurança seria muito mais restrito caso o ato de requisição emanado do Tribunal de Justiça tivesse caráter judicial. Se assim o fosse, o *writ* poderia tão-somente impugnar os exageros cometidos pelo Governador ao dar cumprimento ao julgado, restando inviabilizado, em sede de MS, questionar o acerto da decisão do sodalício.

Mas, como o controle judicial à requisição do TJ pode alcançar inclusive a apreciação desarrazoada dos pressupostos materiais da intervenção, abrem-se as portas para a utilização do mandado de segurança preventivo.

Oportunamente lembrado por Sérgio Ferraz (1990, p. 94), Caio Tácito obtempera:

[...] é mister que a autoridade tenha manifestado objetivamente, por meios de atos preparatórios ou indícios razoáveis, a tendência a praticar atos, ou omitir-se a fazê-lo, de tal forma que, a conservar-se esse propósito a lesão de direito se torne efetiva.

Ora, considerando que o próprio ato acessório do Tribunal de Justiça já pode estar eivado de irregularidade por transbordar a moldura constitucional e tendo em mira a vinculação do Governador, depreende-se daí uma ameaça objetiva e atual suficiente a provocar um “justo receio” na autoridade municipal capaz de caracterizar o interesse no manejo do *writ* preventivo.

Por arremate, em relação à competência jurisdicional, não há maiores complicações, pois independentemente das autori-

dades públicas estaduais indigitadas como coatoras a competência originária para julgar o mandado de segurança contra o ato político-administrativo interventivo será sempre do Tribunal de Justiça.

Isso porque, inclusive com arrimo no princípio da simetria e no artigo 21, inciso VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, é unânime na doutrina e jurisprudência que compete aos próprios Tribunais julgarem os *mandamus* impetrados contra seus atos. Nesse sentido:

A competência para julgamento de mandado de segurança impetrado contra ato do tribunal local é o próprio tribunal. Não se enquadra tal caso em nenhuma das hipóteses dos arts. 102 e 105 da CF/88 (que estabelece, dentre outras, normas de competência originária desses tribunais), de modo que não se pode mesmo duvidar da incompetência do STF e do STJ para apreciar tais mandados de segurança, independentemente da natureza da matéria neles versada (ALVIM, 1998, p. 302).

Para tanto, a título de exemplo, basta verificar a Constituição do Estado do Espírito Santo que prescreve:

Art. 109. Compete, ainda, ao Tribunal de Justiça:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do Governador do Estado, do Presidente da Assembléia Legislativa e dos membros da sua Mesa, do Presidente e dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado, do Procurador-Geral de Justiça, do Procurador-Geral do Estado, de Secretário de Estado e do próprio Tribunal, do seu Presidente, do seu Vice-Presidente e do Corregedor-Geral de Justiça;

Desta feita, não resta qualquer sombra de dúvida da competência originária do TJ para julgar a impugnação à requisição de intervenção mediante a utilização do mandado de segurança.

3.2 Da arguição de descumprimento de preceito fundamental

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) é um entre tantos outros meios constitucionais de garantia da supremacia da Constituição Federal. Apesar da importância do instituto para a proteção da ordem constitucional, o STF se orientou no sentido de que a norma presente no § 1º, do artigo 102, da Lei Maior não era “auto-executável”. Desse modo, só com o advento da Lei n.º 9.882, de 03 de dezembro de 1999, é que essa ação ganhou aplicabilidade.

De início, urge acentuar que a pretensão não é abordar as filigranas processuais da referida lei, mas, sim, verificar a possibilidade de manejo da ADPF em face do provimento do Tribunal de Justiça que requisita a intervenção estadual por descumprimento de ordem ou decisão judicial por parte do Município, lembrando, ainda, que a análise se limitará tão-somente à ADPF “autônoma”, vez que a arguição “incidental” possui objeto restrito às leis e regulamentos federais, estaduais e municipais.

Bem, a possibilidade de utilização da ADPF autônoma como instrumento constitucional de impugnação à requisição passa, inicialmente, pelo descortino daquilo que se entende por “preceito fundamental decorrente da Constituição”, pois a partir de sua violação é que a ação poderá ser proposta.

Nesse particular, impende asseverar que o legislador acertou ao deixar para a doutrina e, especialmente, para o Pretório Excelso, o encargo de delimitar os limites de tal expressão, visto que “é muito difícil indicar, *a priori*, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento” (TAVARES, 2001, p. 129).

Partindo da tradicional classificação de que princípios e regras são espécies do gênero norma, André Ramos Tavares estabelece um primeiro marco interpretativo quando defende que o signo “preceito” deve englobar ambas as espécies normativas. Ao se referir às intenções do legislador constituinte, o autor (2001, p. 51) obtempera:

Certamente que pretendeu açambarcar entre os preceitos fundamentais também os princípios (quando fundamentais). Não é menos certo, porém, que pretendeu ir além, para alcançar outras normas não principiológicas (as regras, quando não fundamentais), e mesmo excluir alguns princípios, por não serem fundamentais (mas apenas dotados de certo grau de abstração). Em uma palavra, os termos preceitos e princípios são inconfundíveis.

Some-se a isso que não se compatibiliza com a medida constitucionalmente criada a interpretação tímida, acanhada. Se a Constituição pretende exatamente manter o respeito a sua hierarquia e rigidez por meio da criação de mecanismos como este da arguição de descumprimento, seria imperfeito pretender que se criaria tal mecanismo específico para a defesa de apenas um dos segmentos apontados (ou só regras ou só princípios), quando a própria expressão utilizada comporta o conjunto de ambos segmentos: *in toto et pars continentur*.

Em vista disso, os constitucionalistas sustentam que há uma zona de certeza positiva que qualificam os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios sensíveis como preceitos fundamentais. Note-se que há, aí, tanto matérias relativas aos direitos dos indivíduos, quanto questões referentes ao respeito ao Poder Público (DIDIER JÚNIOR, 2003, p. 99).

Nesse contexto, entre aqueles preceitos identificados como fundamentais estão a forma federativa de Estado, cláusula pétreia plasmada no art. 60, § 4º, inciso I, da Constituição Federal, e a autonomia municipal, princípio sensível previsto no art. 34, inciso VII, alínea c.

A autonomia municipal é um dos traços característicos da estrutura federativa do Estado brasileiro. Tão relevante é sua relevância para a configuração da ordem jurídica nacional que os Municípios foram erigidos à condição de entes federativos, criando uma federação trilateral nunca antes experimentada no mundo.

Com efeito, “o princípio da autonomia municipal é, pois, eminente, de importância maior na estruturação constitucional da

federação nacional. Ao consagrá-lo, o texto constitucional adota-o como valor fundamental” (GRAU, 1988, p. 190).

Sem embargo, não se pode olvidar que a intervenção estadual é um dos elementos criados como instrumento de garantia da própria estabilidade do pacto federativo, porquanto retira temporariamente a autonomia dos Municípios a fim de corrigir situações anômalas. Percebe-se, portanto, que há uma tensão entre esse instituto e o princípio federativo, cujo efeito imediato de sua utilização abusiva será o descumprimento de um preceito fundamental.

Assim, na medida em que a moldura constitucional da autonomia municipal é parte integrante do princípio federativo, conferindo-lhe densidade normativa, e que a intervenção estadual, ao contrário, visa suprimir tal prerrogativa em caráter excepcional, é imperioso reconhecer que os excessos cometidos pelo TJ quando da decretação da medida viabilizam, em tese, a propositura da ADPF autônoma.

Outrossim, também o desrespeito ao princípio da proporcionalidade abre as portas à impugnação da medida interventiva por meio dessa ação especial, visto que a atuação desarrazoada do Poder Público estadual na execução da intervenção acabaria infringindo, em última instância, o princípio da isonomia que é, indubitavelmente, um preceito fundamental oriundo do artigo 5º da *Lex Mater*.

Noutro giro, agora com os olhos voltados à legislação infraconstitucional, podemos verificar que a estrutura processual da arguição inaugurada pela Lei n.º 9.882/99 instituiu ainda mais dois pressupostos específicos para a propositura da ação especial em testilha.

O primeiro deles está plasmado no *caput* do artigo 1º da lei mencionada quando restringe o cabimento da ADPF a evitar ou reparar lesões a preceitos fundamentais “resultantes de atos do Poder Público”.

De imediato é possível identificar que a expressão “atos do Poder Público” possui uma carga semântica bastante abrangente de maneira que o objeto da ADPF não se limita aos atos estatais de natureza normativa, mas inclui ainda os demais atos de natureza administrativa ou jurisdicional de todos os âmbitos da fede-

ração que impliquem na aplicação direta da Constituição (MENDES, 2002, p. 2). Nesse sentido é o entendimento unânime da doutrina, bem delineado por André Ramos Tavares (2001, p. 62):

Em outras palavras, a única ressalva é a de que os atos sejam estatais. Nada mais exige. Excluíram-se, apenas, os atos praticados pelos particulares (ainda que de caráter normativo). Assim, restam incluídos, entre outros, os atos normativos municipais, os atos normativos anteriores à Constituição (de qualquer esfera de poder) e os atos administrativos e mesmo os atos de execução praticados pelo Poder Público.

Dentro desse contexto, o provimento requisitório do TJ se torna um exemplo perfeito de ato do Poder Público capaz de ensejar o ajuizamento da ADPF, vez que a intervenção além de envolver preceitos fundamentais, é um ato político-administrativo, cuja aplicação decorre diretamente da Lei Maior.

Agora, assim como no mandado de segurança, o caráter político da medida interventiva não pode ser encarado como um obstáculo ao conhecimento da ação constitucional. Os argumentos sustentados relativos ao mandado de segurança podem ser aqui incorporados para justificar o cabimento da arguição em face de atos políticos como a intervenção. Daniel Sarmento (TAVARES, 2001, p. 99) averba:

A doutrina da insindicabilidade dos atos políticos não pode, em nosso entendimento, ser invocado no ordenamento pátrio, quando o ato examinado contrariar, de forma manifesta, a Constituição Federal, que é parâmetro inafastável para aferição da validade de todos os atos estatais ou privados, revestidos ou não de colorido político.

[...]

Portanto, embora concordemos que os atos estritamente políticos não se sujeitam ao controle de constitucionalidade por via da ADPF, a nosso ver, o conceito de ato político tem de ser interpretado restritivamente, inclusive em razão dos princípios da supremacia da Constituição, e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Diante dessa assertiva, infere-se que o enquadramento político-administrativo do provimento do TJ que requisita a intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial não é suficiente para impedir o conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

O último grande obstáculo a ser superado se refere ao pressuposto negativo previsto no artigo 4º, § 1º da Lei n.º 9.882/99, introdutor do princípio da subsidiariedade, que exige a inexistência de outro meio eficaz a sanar a lesividade.

O real sentido do princípio da subsidiariedade deve ser esquadrihado a partir do contexto constitucional em que está inserida a ADPF. Não se pode perder de vista que esse instrumento de proteção aos preceitos fundamentais é um dos meios de controle de constitucionalidade previstos na Carta Política, cujo enfoque objetivo está voltado à preservação da higidez da ordem jurídica e não à proteção judicial de situações particulares.

Ora, quando se fala em tutela do direito objetivo o objeto de discussão no processo cinge-se à integridade da própria estrutura hierárquica do ordenamento constitucional, pouco importando as questiúnculas intersubjetivas. Com isso, reconhece-se que “no caso da *Arguição Fundamental*, essa norma cuja eficácia se busca preservar é a norma constitucional – dentre estas aquelas que encerram *preceitos fundamentais*” (DIDIER JÚNIOR, 2003, p. 133).

Por essa senda, é imperioso concordar com a lição de Gilmar Ferreira Mendes (2000, p. 3) sobre o alcance do princípio da subsidiariedade:

Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e

imediate, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim também Daniel Sarmiento (TAVARES, 2001, p. 87):

A arguição autônoma constitui típica hipótese de processo objetivo, vocacionada ao controle abstrato de constitucionalidade, à semelhança da Adin, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Adin por Omissão. Ela deve ser utilizada exatamente nas hipóteses em que estas ações constitucionais forem não serem cabíveis, ou não se revelarem idôneas para afastar ou impedir a lesão a preceito fundamental da Constituição, consoante o disposto no art. 4º, § 1º, da Lei n.º 9.882/99.

Pode-se coligir, então, que “a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da arguição de descumprimento” (MENDES, 2000, p. 4), permitindo reconhecer, por conseguinte, que os flancos estão abertos para que a ADPF seja manejada com o fito de impugnar a requisição de intervenção emanada do TJ caso ocorra algum desrespeito ao princípio federativo ou qualquer outro preceito fundamental, já que se trata de ato político-administrativo que escapa ao controle abstrato de constitucionalidade.

Finalmente, releva advertir que com o veto do Presidente da República ao art. 2º, inciso II, da Lei n.º 9.882/99, o Município, representado pelo Prefeito, não terá legitimidade ativa *ad casum* para ajuizar a ADPF em face da medida excepcional. Apesar das inúmeras críticas doutrinárias ao veto, somente os legitimados para a propositura da ADI genérica poderão manejá-la.

Portanto, o Prefeito da comuna afetada deverá peticionar aos entes legitimados solicitando a propositura da arguição, inclusive consoante estabelece o §1º, do art. 2º, da referida lei quando autoriza a provocação do Procurador-Geral da República mediante representação.

4 Conclusão

Com o descortino da natureza político-administrativa do provimento emanado do Tribunal de Justiça que requisita, de ofício ou mediante provocação, a intervenção estadual por descumprimento de ordem ou decisão judicial se chega às seguintes conclusões:

- 1 Não merece reparos a Súmula n.º 637 do Supremo Tribunal Federal que afirma pela inadmissão de recurso extraordinário contra acórdão de Tribunal de Justiça que defere pedido de intervenção estadual em Município. Por se tratar de ato político-administrativo e inexistir processo judicial não é cabível o manejo de qualquer recurso judicial às instâncias superiores;
- 2 Embora historicamente considerado como um meio de defesa dos direitos dos cidadãos em face do Poder Público, a impetração do mandado de segurança pelo Município encontra respaldo no artigo 1º da nova lei que disciplina o *writ* (Lei n.º 12.016/09). Nem mesmo o caráter político da intervenção pode servir como empecilho à impugnação eficaz, via *mandamus*, da requisição de intervenção por descumprimento de ordem ou decisão judicial, pois assim como os demais atos jurídicos também aqueles de índole política devem respeito ao regime constitucional e aos limites normativos.
- 3 Entre os preceitos fundamentais que uma vez violados permitem o conhecimento da ADPF estão a forma federativa do Estado brasileiro, os direitos fundamentais e os princípios sensíveis. Como o ato emanado do TJ envolve a supressão temporária da autonomia municipal, além da necessária observância da razoabilidade e proporcionalidade, é possível vislumbrar o cabimento da ADPF contra a requisição interventiva.

5 Referências

ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Intervenção Federal. *Intervenção federal n.º 492/SP*. Madalena Jacobs e Outros x Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: 26 mar. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. *I - Processo no STF*: requerimento de medida cautelar, nos feitos de competência do Tribunal: constitui petição incidente a ser apreciada nos termos do art. 21, IV, e V, do Regimento Interno II – Medida Cautelar no STF: âmbito de deliberação da causa principal III – Recurso extraordinário: descabimento: inexistência de causa no procedimento político-administrativo de requisição de intervenção estadual nos municípios para prover execução de ordem ou decisão judicial (art. 25, IV), ainda quando requerida pela parte interessada. Petição n.º 1.256-9/SP. Município de Diadema x Norbert Julius Schwarz e outros. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília: 04 nov. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 nov. 2010.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança*: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; FARIAS, Cristiano Chaves de (Org.). *Procedimentos especiais cíveis*: legislação extravagante. São Paulo: Saraiva, 2003.

ESPÍRITO SANTO (Estado). Constituição (1989). *Constituição [do] Estado do Espírito Santo 1989*. Vitória: Assembléia Legislativa, 2001.

FAGUNDES, Seabra Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança: (individual e coletivo) aspectos polêmicos*. São Paulo: Malheiros, 1992.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Mandado de segurança*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Tradução Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Intervenção estadual em Município. *Revista de Direito Público*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 86, p. 189-198, abr./jun. 1988.

HARGER, Marcelo. *Princípios constitucionais do processo administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

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

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 1.

MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, n. 13, jun. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2010.

_____. Controle de constitucionalidade: uma análise das leis 9.868/99 e 9.882/99. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 11, fev. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 27 nov. 2003.

MENDES JÚNIOR, Onofre. *Direito administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1961. v. 1.

PELEGRINI, Márcia. *A intervenção estadual nos municípios*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SIDOU, J.M. Othon. *Habeas corpus, mandado de segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Org.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n.º 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. (Org.). *Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil: recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

1.11

DA INCONSTITUCIONAL RESTRIÇÃO DO PODER FISCALIZATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL

PAULO ROBERTO BÉRENGER ALVES CARNEIRO*

SUMÁRIO: 1 Da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral: breves anotações. 2 Dos poderes conferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal. 3 Das doações eleitorais. 4 Da certidão de quitação eleitoral. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Da Justiça Eleitoral e do Ministério Público Eleitoral: breves anotações

A Justiça Eleitoral tem sua sede constitucional nos artigos 118 a 121 da Constituição Federal e, ao lado da Justiça do Trabalho e da Justiça Militar faz parte das denominadas justiças especializadas. Estes poucos dispositivos constitucionais tratam, em linhas gerais, acerca dos órgãos desta Especializada, sua composição e forma de nomeação de seus membros. O art. 121 dispõe acerca da Lei Complementar que deverá dispor acerca da organização e competência de seus órgãos, diploma legislativo este já existente por ocasião da promulgação da Constituição Federal e, sendo por isso, por ela recepcionado, nesta parte como Lei Complementar, tratando-se, portanto, do atual Código Eleitoral (Lei 4.737, de 15 de julho de 1965)¹.

Diferentemente das outras justiças, reconhece-se na Justiça Eleitoral, segundo José Jairo Gomes,² quatro funções básicas, a saber: administrativa, jurisdicional, normativa e consultiva.

* Procurador da República no Estado do Espírito Santo. Procurador Regional Eleitoral no Estado do Espírito Santo. Especialista em Direito Público pela Universidade Nacional de Brasília - UnB. Ex-Promotor de Justiça no Estado de Minas Gerais.

1 LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral*. Leme: Imperium, 2008. p. 106. Veja-se: Neste passo, o Código Eleitoral foi recepcionado em parte como lei complementar e em parte como lei ordinária. No que tange à *organização e competência* da Justiça Eleitoral, o CE só pode ser revogado por lei complementar. Nas demais matérias, basta lei ordinária para alterá-lo. (grifo do autor)

2 GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 59 e segs.

De fundamental importância, a função administrativa é exercida pela Justiça Eleitoral quando ela organiza e administra o processo eleitoral e é exemplo contundente o poder de polícia exercido pelos juízes eleitorais por ocasião da fiscalização das propagandas partidárias³. A função jurisdicional é aquela típica dos órgãos jurisdicionais que, no caso, da Justiça Eleitoral é a de julgar litígios que envolvem questões eleitorais. Exemplo de função normativa, pode-se perceber pelo art. 23, inciso IX do Código Eleitoral que confere poderes ao Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções para o fiel cumprimento das disposições do Código e das leis eleitorais⁴. No tocante, às funções consultivas, temos o exemplo do inciso XII do mesmo dispositivo legal que prevê a realização de consultas ao Tribunal Superior Eleitoral, nos casos ali especificados⁵.

Por outro lado, o Ministério Público, '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', segundo a definição Constitucional do art. 127, tem no art. 72 e segs. da Lei Complementar n. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) a sede legal para o exercício de suas funções eleitorais⁶.

Perante o Tribunal Superior Eleitoral funciona o Procurador Geral Eleitoral e/ou outro membro do Ministério Público Federal por ele designado. Junto aos Tribunais Regionais Eleitorais, atuam os Procuradores Regionais Eleitorais e perante os juízos de cada Zona Eleitoral, funciona o membro do Ministério Público local.

Destarte, cabe ao Ministério Público Eleitoral exercer, e isto em todas as fases e instâncias do processo eleitoral, as funções

3 Lei 9.504/97 alterada pela lei 12.034/2010. Art. 41. A propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob a alegação do exercício do poder de polícia ou de violação de postura municipal, casos em que se deve proceder na forma prevista no art. 40. §1º. O poder de polícia sobre a propaganda eleitoral será exercido pelos juízes eleitorais e pelos juízes designados pelos Tribunais Regionais Eleitorais. §2º. O poder de polícia se restringe às providências necessárias para inibir práticas ilegais, vedada a censura prévia sobre o teor dos programas a serem exibidos na televisão, no rádio ou na internet.

4 Art. 23. Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

5 Art. 23. Compete ainda, privativamente, ao Tribunal Superior: XII – responder, sobre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas em tese por autoridade com jurisdição federal ou órgão nacional de partido político.

6 Art. 72 – Compete ao Ministério Público Federal exercer, no que couber, junto à Justiça Eleitoral, as funções do Ministério Público, atuando em todas as fases e instâncias do processo eleitoral.

tipicamente exercidas pelo Ministério Público, de um modo geral, previstas no art. 129 da Constituição Federal e, de um modo mais detalhado, nos dispositivos correspondentes da já mencionada Lei Complementar n. 75/93 (veja-se, principalmente os artigos 6º, 7º e 8º).

2 Dos poderes conferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal

Para bem exercer suas importantíssimas funções eleitorais, no entanto, deve o Ministério Público receber, não só da lei mas também dos próprios órgãos jurisdicionais, os meios necessários para tal desiderato, ou seja, se as leis conferem os fins – a propositura da ação eleitoral respectiva –, também deve conceder os meios para se chegar ao que se pretende. É a teoria dos poderes implícitos, adotada largamente pelo Supremo Tribunal Federal em recentes julgados nos quais estavam em discussão os poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público.⁷ Veja-se abaixo o RE 468523/SC, Rel. Ministra Ellen Gracie, julgamento em 01/12/2009:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1 O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a nulidade do processo em razão da obtenção de prova ilícita (depoimentos colhidos diretamente pelo Ministério Público em procedimento próprio; gravação de áudio e vídeo realizada pelo Ministério Público; consideração de prova emprestada); b) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal; c) incorreção na dosimetria da pena com violação ao princípio da inocência na consideração dos maus antecedentes na fixação da pena-base; d) ausência

7 HC 87610/SC, Rel. Celso de Mello, julg. 27.10.2009, 2ª Turma; HC 90099/RS, Rel. Celso de Mello, julg. 27.10.2009, 2ª Turma e HC 91661/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 10.03.2009.

de fundamentação para o decreto de perda da função pública. 2 O extraordinário somente deve ser conhecido em relação às atribuições do Ministério Público (CF, art. 129, I e VIII), porquanto as questões relativas à suposta violação ao princípio constitucional da presunção de inocência na fixação da pena-base e à suposta falta de fundamentação na decretação da perda da função pública dos recorrentes, já foram apreciadas e resolvidas no julgamento do recurso especial pelo Superior Tribunal de Justiça. 3 Apenas houve debate na Corte local sobre as atribuições do Ministério Público, previstas constitucionalmente. O ponto relacionado à nulidade do processo por suposta obtenção e produção de prova ilícita à luz da normativa constitucional não foi objeto de debate no acórdão recorrido. 4 Esta Corte já se pronunciou no sentido de que “o debate do tema constitucional deve ser explícito” (RE 428.194 AgR/MG, rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, DJ 28.10.2005) e, assim, “a ausência de efetiva apreciação do litígio constitucional, por parte do Tribunal de que emanou o acórdão impugnado, não autoriza - ante a falta de prequestionamento explícito da controvérsia jurídica - a utilização do recurso extraordinário” (AI 557.344 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJ 11.11.2005). 5 A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6 É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 7 O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na

promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8 Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos «*poderes implícitos*», *segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios*. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 9 Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de “escolta” de veículos contendo o entorpecente e de “controle” de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10 Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (grifo meu).

(RE 468523 / SC - SANTA CATARINA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 01/12/2009, Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00580 RT v. 99, n. 895, 2010. p. 536).

Assentada a tese dos ‘poderes implícitos’ consubstanciada constitucionalmente, devemos analisar alguns casos em que o Tribunal Superior Eleitoral frontalmente se posiciona contrariamente ao Supremo Tribunal Federal.

3 Das doações eleitorais

O art. 23 e seus incisos da Lei n. 9.504/97 dispõe que as pessoas físicas somente poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para as campanhas eleitorais até o limite de 10% (dez por cento) dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição.⁸

8 Art. 23. Pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para as campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

Já no que diz respeito à pessoa jurídica, podemos perceber dispositivo análogo no art. 81 da mesma Lei mas limitado a 2% (dois por cento) do faturamento brutos do ano anterior à eleição⁹.

Pois bem. Cabe ao Ministério Público Eleitoral a propositura destas ações em relação ao doador. O '*Parquet*', somente poderá propor a respectiva ação se e quando a Receita Federal informá-lo acerca das declarações individuais de imposto de renda das pessoas físicas e jurídicas, pois somente de posse desta informação é que o Ministério Público terá condições para verificar se o limite legal foi ultrapassado através da comparação dos rendimentos do ano anterior à eleição.

A fim de concretizar o dispositivo legal em comento, o Tribunal Superior Eleitoral e a Secretaria da Receita Federal editaram em 10 de janeiro de 2006 a Portaria Conjunta n. 74 que possibilita que a última examine as prestações de contas dos candidatos para verificar a existência de algum ilícito tributário. Elaborada a análise, a Secretaria enviará o resultado ao Tribunal que, por sua vez, a enviará ao Ministério Público para a propositura das ações respectivas.¹⁰

§1º. As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

II – no caso em que o candidato utiliza-se de recursos próprios, ao valor máximo de gastos estabelecidos pelo seu partido, na forma da Lei.

- 9 Art. 81. As doações e contribuições de pessoas jurídicas para as campanhas eleitorais poderão ser feitas a partir do registro dos comitês financeiros dos partidos ou coligações.

§1º As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas a dois por cento do faturamento bruto do ano anterior à eleição.

- 10 PORTARIA CONJUNTA Nº 74, DE 10 DE JANEIRO DE 2006

Dispõe sobre o intercâmbio de informações entre o Tribunal Superior Eleitoral e a Secretaria da Receita Federal e dá outras providências.

O MINISTRO PRESIDENTE DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL e o SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL, no uso de suas atribuições, resolvem:

Art. 1º O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) encaminhará à Secretaria da Receita Federal (SRF), em conformidade com prazos e procedimentos por ele fixados para cada pleito eleitoral, informações relativas a prestação de contas dos candidatos a cargos eletivos e dos comitês financeiros de partidos políticos, especificando:

I - as fontes de arrecadação, com a indicação do número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) dos respectivos doadores;

II - os recursos recebidos, financeiros ou não, e utilizados na campanha eleitoral, com a indicação de datas e valores;

III - o nome do candidato ou comitê financeiro beneficiário da doação, com indicação do número de inscrição no CNPJ e da conta bancária utilizada;

IV - o nome da pessoa física ou razão social da pessoa jurídica e respectivo número de inscrição no CPF ou no CNPJ, os valores recebidos, a data e, quando for o caso, o número do documento fiscal, relativos à prestação de serviços e fornecimento de mercadorias na campanha eleitoral.

- § 1º O disposto neste artigo também se aplica à prestação anual de contas dos partidos políticos.

§ 2º As informações de que trata este artigo deverão ser encaminhadas em meio eletrônico, observado modelo aprovado em ato conjunto da Secretaria de Informática do TSE e da Coordenação-Geral de Tecnologia e Segurança da Informação da SRF.

Assim, temos que para a eleição que se realizou no ano de 2010), por exemplo, os rendimentos a serem considerados se referem ao ano base de 2009 cujas declarações foram entregues até a data de 30 de abril de 2010.

Art. 2º Qualquer cidadão poderá apresentar denúncia à SRF sobre uso indevido de recursos, financeiros ou não, em campanha eleitoral ou nas atividades dos partidos políticos.

§ 1º A denúncia deverá ser formalizada por escrito, contendo:

I - identificação do denunciante, com a indicação do nome, endereço, número do título de eleitor e de inscrição no CPF;

II - identificação do denunciado, com a indicação, no mínimo, do nome ou do nome empresarial, do número de inscrição no CPF ou no CNPJ, e do respectivo domicílio fiscal, ou de elementos que permitam levar a essa identificação;

III - descrição detalhada dos fatos apontados como irregulares, com a indicação de datas e valores envolvidos, acompanhados dos documentos comprobatórios.

§ 2º A denúncia deverá ser encaminhada à Coordenação-Geral de Fiscalização (Cofis) da SRF, para o endereço Esplanada dos Ministérios - Anexo do Ministério da Fazenda - 2º andar - Ala A, sala 201 - Brasília/DF - CEP 70048-900, por intermédio da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, mediante Aviso de Recebimento (AR).

§ 3º A denúncia será submetida a uma análise prévia, no âmbito da SRF, sendo classificada como:

I - inepta, quando não observar a exigência contida no § 1º do art. 2º ou for encaminhada de forma distinta da prevista no § 2º do mesmo artigo;

II - improcedente, quando os elementos analisados não indicarem indícios de irregularidades tributárias;

III - procedente, quando os elementos analisados indicarem indícios de irregularidades tributárias.

§ 4º As denúncias classificadas no inciso I ou II serão arquivadas.

§ 5º As denúncias classificadas no inciso III serão encaminhadas à unidade da SRF da jurisdição do domicílio fiscal do denunciado, com vistas à inclusão na programação da fiscalização.

§ 6º Por força do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN), a SRF não divulgará as denúncias recebidas.

Art. 3º A SRF procederá à análise, com vistas à verificação de eventual cometimento de ilícitos tributários, das:

I - prestações de contas dos candidatos a cargos eletivos e dos comitês financeiros de partidos políticos, bem como dos partidos políticos;

II - denúncias recebidas, na forma do art. 2º.

§ 1º Além dos elementos contidos nas prestações de contas e nas denúncias, o procedimento de análise levará em consideração as informações disponíveis nos sistemas informatizados da SRF.

§ 2º Nas declarações de ajuste anual do imposto de renda da pessoa física e nas declarações de informações econômico-fiscais da pessoa jurídica serão estabelecidos campos específicos para identificar doações a candidatos, comitês financeiros e partidos políticos, bem como gastos realizados por eleitores na forma do art. 27 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, sem prejuízo da instituição pela SRF, no âmbito de sua competência, de declarações específicas dos fornecedores de mercadorias ou prestadores de serviço para campanhas eleitorais.

§ 3º A omissão de informações nas declarações a que se refere o § 2º sujeitará o contribuinte às sanções previstas na legislação fiscal aplicável.

§ 4º As informações obtidas em virtude do disposto no § 2º serão confrontadas com as contidas nas prestações de contas de candidatos, comitês financeiros e partidos políticos.

§ 5º O disposto nesta Portaria não elide a instauração de procedimentos fiscais decorrentes da programação de trabalho da SRF ou da requisição de autoridade competente.

Art. 4º Com base nas análises realizadas, a SRF, sem prejuízo de outros procedimentos a serem adotados no âmbito de sua competência, informará ao TSE qualquer infração tributária detectada, especialmente no que se refere:

I - omissão de doações;

II - fornecimento de mercadorias ou prestação de serviços por pessoa jurídica, cuja situação cadastral perante o CNPJ revele a condição de inapta, suspensa ou cancelada, ou, ainda, de inexistente;

III - prestação de serviços por pessoa física com CPF inexistente ou cancelado;

IV - uso de documentos fiscais falsos ou fraudulentos;

V - qualquer fato que dê causa a suspensão de imunidade tributária de partido político, na forma dos arts. 9º e 14 do Código Tributário Nacional;

VI - simulação de ato, inclusive por meio de interpostas pessoas.

Parágrafo único. A SRF informará também qualquer infração ao disposto nos arts. 23, 27 e 81 da Lei nº 9.504, de 1997.

Art. 5º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

O Tribunal Superior Eleitoral editou jurisprudência, no entanto, que estabelece o prazo de decadência de 180 (cento e oitenta) dias a partir da diplomação dos eleitos para a propositura da respectiva ação, neste teor. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. DOAÇÃO DE CAMPANHA ACIMA DO LIMITE LEGAL. REPRESENTAÇÃO. AJUIZAMENTO. PRAZO. 180 DIAS. ART. 32 DA LEI Nº 9.504/97. INTEMPES- TIVIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

- O prazo para a propositura, contra os doadores, das representações fundadas em doações de campanha acima dos limites legais é de 180 dias, período em que devem os candidatos e partidos conservar a documentação concernente às suas contas, a teor do que dispõe o art. 32 da Lei nº 9.504/97.

- Uma vez não observado o prazo de ajuizamento referido, é de se reconhecer a intempetividade da representação. (grifo meu)

- Recurso desprovido.

Decisão:

O Tribunal, por maioria, desproveu o Recurso, nos termos do voto do Ministro Felix Fischer (Relator), mas adotou como fundamento de decidir, o voto do Ministro Marcelo Ribeiro, que redigirá o acórdão. Vencidos, em parte, os Ministros Ayres Britto (então Presidente) e Arnaldo Versiani ¹¹.

(REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 36552 - São Paulo/ SP. Acórdão de 06/05/2010 Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Relator(a) designado(a) Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 28/5/2010, p.32-33).

Por outro lado, os candidatos têm até o trigésimo dia posterior à realização das eleições para encaminhar suas contas

11 Art. 32. Até cento e oitenta dias após a diplomação, os candidatos ou partidos conservarão a documentação concernente as suas contas.

Parágrafo único. Estando pendente de julgamento qualquer processo judicial relativo às contas. A documentação a elas concernentes deverá ser conservada até a decisão final.

para a Justiça Eleitoral, conforme art. 29, inciso III e IV da lei 9.504/97¹².

Logicamente o Tribunal Superior Eleitoral somente encaminha as contas dos candidatos após o julgamento das mesmas, portanto em período posterior a diplomação dos candidatos, devendo-se ainda se considerar todo tempo necessário para o processamento das prestações (juntada de documentos, diligências, publicação de decisões etc). Remetidas as prestações de contas para a Receita Federal, o órgão as analisará. Feito isto, a Receita informará ao Tribunal sobre sua análise e somente após o recebimento pelo Tribunal é que a documentação será enviada e distribuída para o Ministério Público Eleitoral de todo o país. Portanto, percebe-se que após todo este trâmite da documentação o prazo fixado pelo Tribunal Superior Eleitoral é totalmente *irreal*, restringindo absurdamente ou mesmo impedindo a atuação do Ministério Público Eleitoral, pois corre-se o sério risco de que quando as informações chegarem ao Ministério Público já haver transcorrido o prazo de decadência, impedindo a propositura da ação.¹³

Destarte, padece de grave vício as recentes decisões do Tribunal Superior Eleitoral que restringem a atuação do Ministério Público Eleitoral, pois impedem a efetiva fiscalização da regularidade das eleições por parte do 'Parquet. Afinal, queremos ou não eleições limpas, livres e democráticas? Para isto, no entanto, urge que o Tribunal Superior Eleitoral revise sua posição. Necessário, portanto, recurso ao Supremo Tribunal Federal, pois flagrantemente inconstitucional a decisão do órgão máximo da Justiça Eleitoral, o que desafia o recurso extraordinário previsto

12 Art. 29. Ao receber as prestações de contas e demais informações dos candidatos às eleições majoritárias e dos candidatos às eleições proporcionais que optarem por prestar contas por seu intermédio, os comitês deverão:

[...] omissis

III – encaminhar à Justiça Eleitoral, até o trigésimo dia posterior à realização das eleições, o conjunto das prestações de contas dos candidatos e do próprio comitê, na forma do artigo anterior, ressalvada a hipótese do inciso seguinte;

IV – havendo segundo turno, encaminhar a prestação de contas dos candidatos que o disputem, referente aos dois turnos, até o trigésimo dia posterior a sua realização.

13 Sobre o tema ver excelente voto divergente do Dr. Rodrigo Marques de Abreu Júdice, dentre outros de igual teor, no qual o culto jurista defende exatamente o mesmo ponto de vista do autor no Processo Rp 630/TRE-ES, Rel. Designado Dr. Álvaro Rosindo Bourguignon.

no art. 102, inciso III, letra a da Constituição Federal (decisão que contraria dispositivo Constitucional).

4 Da certidão de quitação eleitoral

Outro ponto merecedor de destaque são as decisões do Tribunal Superior Eleitoral que permitem a emissão da certidão de quitação eleitoral ao candidato que tiver as suas contas julgadas desaprovadas.

Para que um cidadão possa se registrar perante a Justiça Eleitoral a fim de disputar uma eleição é necessário, dentre outros diversos documentos, a apresentação da certidão da justiça eleitoral.¹⁴

Por outro lado, a certidão de quitação eleitoral conterà, dentre outras informações previstas no art. 11§7º da Lei n. 9.504/97 a apresentação de contas de campanha eleitoral.

O Tribunal Superior Eleitoral editou jurisprudência dando interpretação literal a este dispositivo legal: basta a apresentação de contas, aprovadas ou não. Veja-se:

ELEIÇÃO 2010. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. QUITAÇÃO ELEITORAL. EXISTÊNCIA. CONTAS DE CAMPANHA APRESENTADAS E DESAPROVADAS (ARTIGO 11, § 7º, DA LEI Nº 9.504/97). DESPROVIMENTO.

1 A desaprovação das contas de campanha eleitoral não conduz à negativa de obtenção de certidão de quitação eleitoral e à consequente falta de preenchimento de uma condição de elegibilidade, consoante a letra do artigo 11, § 7º, da Lei nº 9.504/97. (grifo meu)

2 Recurso especial a que se nega provimento.

Decisão:

14 Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezoito horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

§1º. O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos:

[...] omissis

VI – certidão de quitação eleitoral.

O Tribunal, por unanimidade, desproveu o recurso, nos termos do voto do Relator. Votaram com o Relator os Ministros Marcelo Ribeiro, Arnaldo Versiani, Cármen Lúcia, Aldir Passarinho Junior e Ricardo Lewandowski (Presidente). Ausente, ocasionalmente, o Ministro Marco Aurélio. Acórdão publicado em sessão.

(REspe - Recurso Especial Eleitoral nº 158184 - Manaus/AM Acórdão de 30/09/2010, Relator(a) Min. HAMILTON CARVALHIDO Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 30/9/2010).

Grave risco corre-se com esta interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, pois aquele candidato desidioso, omissos ou agindo de má-fé poderá facilmente burlar a lei ao apresentar um simulacro de prestação de contas à Justiça Eleitoral que, com base nesta jurisprudência, não poderá negar a certidão de quitação eleitoral àquele que aspira ser candidato a uma eleição.

Ao contrário do que a lei aparentemente diz quando usa o termo 'apresentação', não devemos nos socorrer apenas da interpretação gramatical, literal da lei mas sim da interpretação sistemática.

A própria lei 9.504/97 no art. 30-A permite que *'qualquer partido político poderá representar à Justiça Eleitoral, no prazo de 15 (quinze) dias da diplomação, relatando fatos e indicando provas, e pedir a abertura de investigação judicial para apurar condutas em desacordo com as normas desta Lei, relativas à arrecadação e gastos de recursos.'*

Destarte, seria um contrassenso da lei permitir a propositura de uma ação para apurar irregularidades na arrecadação e gastos de recursos de campanha mas ao mesmo tempo emitir uma certidão de quitação eleitoral para um cidadão que... teve suas contas desaprovadas!

O melhor é seguir outra jurisprudência do próprio Tribunal Superior Eleitoral, quase que concomitante àquela acima mencionada, que nega a emissão de certidão para aqueles que tiveram suas contas desaprovadas. Veja-se:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. QUITAÇÃO ELEITORAL. LEI 12.034/2009. DEVER DE PRESTAR CONTAS À JUSTIÇA ELEITORAL. ARTS. 14, § 9º, E 17, III, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. MERA APRESEN-

TAÇÃO DAS CONTAS. INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE APROVAÇÃO DAS CONTAS. SOLICITAÇÃO RESPONDIDA.

I - A exegese das normas do nosso sistema eleitoral deve ser pautada pela normalidade e a legitimidade do pleito, valores nos quais se inclui o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral, nos termos dos arts. 14, § 9º, e 17, III, ambos da Constituição.

II - Não se pode considerar quite com a Justiça Eleitoral o candidato que teve suas contas desaprovadas pelo órgão constitucionalmente competente.

III - *Para os fins de quitação eleitoral será exigida, além dos demais requisitos estabelecidos em lei, a aprovação das contas de campanha eleitoral, não sendo suficiente sua simples apresentação.*

IV - *Solicitação respondida.*

Decisão:

O Tribunal, por maioria, assentou que não basta a mera apresentação das contas, mas sim, que haja também a correspondente quitação, nos termos do voto do Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), que redigirá a resolução. Vencidos os Ministros Relator, Aldir Passarinho Junior e Marcelo Ribeiro.

(PA - Processo Administrativo nº 59459 – Brasília/DF Acórdão de 03/08/2010, Relator(a) Min. ARNALDO VERSIANI LEITE SOARES

Relator(a) designado(a) Min. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Data 23/9/2010, p. 21).

Destarte, a permanecer a corrente que permite a emissão de certidão de quitação eleitoral mesmo havendo desaprovação de contas, estar-se-ia tirando do Ministério Público Eleitoral uma ferramenta importante na condução de sua missão constitucional que é a fiscalização das eleições.

5 Conclusão

Segundo Uadi Lammêgo Bulos *'ao utilizar a terminologia Estado Democrático de Direito, a Constituição reconheceu a Re-*

pública Federativa do Brasil como uma ordenação estatal justa, mantenedora dos direitos individuais e metaindividuais, garantindo os direitos adquiridos, a independência e a imparcialidade dos juizes e tribunais, a responsabilidade dos governantes para com os governados, a prevalência do princípio representativo, segundo o qual todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, por meio de representantes eleitos através do voto [...].¹⁵

Ora, caso se queira efetivamente realizar o princípio do Estado Democrático de Direito com a realização de eleições livres e conferindo efetividade ao princípio da isonomia, é necessário que não só o Ministério Público fiscalize as eleições mas que o próprio Poder Judiciário não o impeça de exercer sua missão, prolatando decisões razoáveis cujos prazos de cumprimento não sejam inexecutáveis.

6 Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 87610/SC*. Rel. Celso de Mello, julg. 27.10.2009, 2ª Turma; *HC 90099/RS*, Rel. Celso de Mello, julg. 27.10.2009, 2ª Turma e *HC 91661/PE*, Rel. Min. Ellen Gracie, julg. 10.03.2009.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Portaria conjunta SRF/TSE nº 74, de 10 de janeiro de 2006*. Brasília, 2006.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal Regional Eleitoral. *Processo Rp 630/TRE-ES*. Rel. designado Dr. Álvaro Rosindo Bourguignon.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira. *Direito eleitoral*. Leme: Impe-rium, 2008.

15 BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 9. ed. São Paulo:Saraiva, 2009. p 78-79.

1.12

ENTRE A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: AINDA HÁ ALGUM ESPAÇO PARA UMA SEPARAÇÃO DOS PODERES?*

RODRIGO FRANCISCO DE PAULA**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Algumas considerações sobre a teoria da separação dos poderes: de sua origem aos dias atuais, na conformação do Estado Democrático de Direito. 3 Entre a judicialização da Política e a politização do Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas: uma crítica a partir de uma institucionalização distinta do princípio da separação dos poderes. 4 Considerações finais. 5 Referências.

*Não se pode negar que, pelo menos, por ora, os juízes sejam necessários, não acha?****

Albert Camus, em *A queda*.

1 Introdução

A partir da pródiga declaração de direitos trazida pela Constituição de 1988, passaram a vicejar no Brasil os debates sobre a realização dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, sobretudo dos assim chamados direitos sociais, econômicos e culturais. O que se vê, atualmente, é uma revolução copernicana. Se antes se afirmava que tal categoria de direitos, por encerrarem verdadeiras “normas programáticas”, não passavam de mera promessa constitucional inconsequente, agora o

* Trabalho apresentado no “3º Congresso Constituição e Processo: entre o Direito e a Política”, realizado pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica, nos dias 13 e 14 de setembro de 2010, em Belo Horizonte-MG.

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Professor de Direito Constitucional do Centro Universitário Vila Velha – UVV. Advogado e Procurador do Estado do Espírito Santo. E-mail: rfdepaula@terra.com.br

*** No original: “On ne peut pas nier que, pour le moment, du moins, il faille des juges, n’est-ce pas?” (CAMUS, Albert. *La chute*. Barcelone: Folioplus, 2008. p. 21)

Poder Judiciário se vê constantemente acionado para lidar com as demandas, individuais e coletivas, que objetivam a realização imediata desses mesmos direitos.

A bem da verdade, não se pode ignorar que o Brasil ocupa a 75.^a posição quanto ao Índice de Desenvolvimento Humano – IDH apurado pela Organização das Nações Unidas,¹ havendo muito ainda o que ser feito para a realização dos direitos humanos. O que deve ser posto em relevo, contudo, é a postura que deve ser assumida pelo Poder Judiciário nesse cenário, de modo a oferecer uma garantia consistente, no plano da jurisdição constitucional, dos direitos fundamentais.

Assim, neste trabalho serão analisados, de uma perspectiva crítica desenvolvida à luz de uma renovada leitura da teoria da separação dos poderes, proposta por Jürgen Habermas, os limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas, enfocando-se a judicialização da Política e a politização do Judiciário como fenômenos que se situam no limite da deformação do Estado Democrático de Direito, porque, além de não contribuírem, efetivamente, para uma realização adequada dos direitos fundamentais, colocam em xeque a legitimidade da jurisdição constitucional.

2 Algumas considerações sobre a teoria da separação dos poderes: de sua origem aos dias atuais, na conformação do Estado Democrático de Direito

A teoria da separação dos poderes, tal e qual formulada por Montesquieu em *O espírito das leis*, é tributária do constitucionalismo que surge a partir da segunda metade do século XVII, formado pelas doutrinas dedicadas a “recuperar no horizonte da Constituição dos modernos o aspecto do limite e da garantia” (FIORAVANTI, 2001, p. 85).²

1 Relatório de Desenvolvimento Humano 2009. Disponível em <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2010.

2 No original: “recuperar en el horizonte de la Constitución de los modernos el aspecto del limite y de la garantía”.

O caráter moderno do constitucionalismo, surgido dessas doutrinas, está na proposta de se promover a divisão do poder soberano – isto é, na individualização de uma pluralidade de poderes públicos contrapesados entre si e, por isso, limitados reciprocamente –, bem como de se impor a tais poderes limites decorrentes de uma lei fundamental (a Constituição), para a proteção e a tutela dos direitos dos indivíduos. Em outras palavras, a modernidade do constitucionalismo reside na preocupação de se sustentar e propugnar a idéia de que a Constituição deveria servir como limite do poder soberano e garantia dos direitos dos indivíduos (FIORAVANTI, 2001, p. 86).

Montesquieu seguiu adiante na linha inaugurada por John Locke, cuja obra, para a história do constitucionalismo, teve o grande mérito de formular de maneira clara e firme a diferença fundamental entre o *poder absoluto*, que é exercido por um único sujeito (o rei ou uma assembléia), com poderes executivos e legislativos, e o *poder moderado*, em que tais poderes são exercidos por sujeitos diferentes (FIORAVANTI, 2001, p. 93).

A originalidade de Montesquieu está precisamente em configurar um sistema de *equilíbrio* entre os poderes, no sentido de que a relação entre os poderes deve se estabelecer como uma finalidade de “recíproca limitação e não de coparticipação” (FIORAVANTI, 2001, p. 98),³ por tomar como premissa de sua teoria a idéia de que “todo o homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar limites” (MONTESQUIEU, 1999, p. 165). Daí a necessidade, preconizada explicitamente por Montesquieu, de existirem mecanismos que permitam que o próprio poder se contenha, pois, “para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (MONTESQUIEU, 1999, p. 165).

A Constituição, nesse ponto de vista do constitucionalismo, com a incorporação da teoria da separação dos poderes, assumiu o ápice do estatuto normativo do Estado moderno (GOYARD-FABRE, 2002, p. 102-114), o que levou os revolucionários franceses a escreverem na Declaração dos Direitos do Homem e do Cida-

3 No original: “recíproca limitación y no de coparticipación”.

dão o seu art. 16,⁴ “que oferecia uma espécie de *receita* de Constituição – separação de poderes mais garantia de direitos – e ao mesmo tempo implicava um critério distintivo para as sociedades políticas: ter ou não ter Constituição” (SALDANHA, 1982, p. 70).

Convém ressaltar que a teoria de Montesquieu deve ser reconstruída, nos dias de hoje, para lidar com “o eixo da crítica atual do direito”, caracterizado pela “decrecente eficácia vinculante da lei e o risco que corre o princípio da separação de poderes de vir abaixo em um Estado que se vê confrontado com tarefas crescentes e qualitativamente novas” (HABERMAS, 1998, p. 515),⁵ de acordo com a proposta de Jürgen Habermas, como se verá mais abaixo.

Assim, longe de estar “superada”, como sustenta André Ramos Tavares (TAVARES, 1999, p.66-71), ou de merecer o “abandono” da teoria política, diante do crescimento dos fins do Estado, na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, como sugerido por Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2001, p. 72-73), a teoria da separação dos poderes reclama, mesmo, uma institucionalização distinta na conformação do Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 1998, p. 524).

Em primeiro lugar, já constitui uma crítica de domínio público, por assim dizer, as objeções quanto à terminologia empregada por Montesquieu na formulação de sua teoria. De acordo com Karl Loewenstein, a expressão *separação dos poderes* é equívoca, embora profundamente enraizada, devendo mesmo ser entendida de maneira meramente figurativa, pois “a separação dos poderes estatais é, na realidade, a distribuição de determinadas *funções* estatais a diferentes órgãos do Estado” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 55).⁶⁻⁷

4 “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação de poderes determinada, não tem Constituição”. No original: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution”. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

5 No original: “El eje de la crítica actual del derecho es la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de la división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas”.

6 No original: “la separación de los *poderes* estatales, es en realidad la distribución de determinadas *funciones* estatales a diferentes órganos del Estado”.

7 Loewenstein reconhece a teoria da separação dos poderes como um dos dogmas políticos mais famosos do constitucionalismo moderno, mas assevera que não representa uma verdade evidente e eternamente válida (*Teoría de la Constitución*. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986. p. 56).

Essa crítica, porém, só tem procedência se se toma o conceito de *poder* a partir do conceito de *soberania* formulado por Rousseau, no sentido de que “a soberania é indivisível, visto que a vontade ou é geral ou não o é; ou é a do corpo do povo, ou unicamente de uma parte” (ROUSSEAU, 1996, p. 34-35). Quer dizer, somente nesse sentido é que se compreende o poder como uno e, portanto, indivisível, tornando possível apenas a divisão entre as chamadas funções do Estado e não, propriamente, do poder.

Todavia, adotando-se um conceito de poder comunicativo, tal crítica perde todo o seu vigor. Para Hannah Arendt, que introduziu dogmaticamente o conceito de poder comunicativo (HABERMAS, 1998, p. 214), o poder equivale à capacidade humana de agir em conjunto: “enquanto o vigor é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam” (ARENDDT, 2010, p. 250). O grande mérito de Arendt, após considerar “um reflexo triste do atual estágio da ciência política que nossa terminologia não faça distinção entre essas palavras chaves” (ARENDDT, 1970, p. 43),⁸ foi ter insistido que o poder não se confunde nem com o “vigor” (*strength*), nem com a “força” (*force*), tampouco com a “autoridade” (*authority*) e muito menos com a “violência” (*violence*) (ARENDDT, 1970, p. 44-51).

De acordo com Arendt, “o único fator material indispensável para a geração do poder é a convivência entre os homens” e “sua única limitação é a existência de outras pessoas, limitação que não é acidental, pois o poder humano corresponde, antes de tudo, à condição da pluralidade” (ARENDDT, 2010, p. 251). Daí a afirmação, que guarda inteira pertinência com a teoria da separação dos poderes, de que realmente “é possível dividir o poder sem reduzi-lo, e a interação de poderes, com seus controles e equilíbrios, tende, inclusive, a gerar mais poder, pelo menos enquanto a interação seguir viva e não tiver resultado em um impasse” (ARENDDT, 2010, p. 251).

8 No original: “It is, I think, a rather sad reflection on the present state of political science that our terminology does not distinguish among such key words”.

Como se vê, ao invés de conter uma impropriedade terminológica, a teoria da separação *dos poderes* (e não *das funções*), se desenraizada de um conceito de poder vinculado à ideia de soberania e se compreendida à luz do aspecto comunicativo do poder, deixa clara a necessidade de haver a divisão dos poderes como fator que, para além de limitar reciprocamente o exercício do poder, contribui para a própria geração do poder.

A divisão dos poderes, assim compreendida, não anula a ideia de que haja uma diferenciação entre as funções exercidas em cada uma das manifestações do poder. Aliás, essa mesma noção está presente na própria divisão clássica dos poderes, já que Montesquieu faz explícita menção às diferentes funções exercidas pelo Estado, onde, para o aparecimento da liberdade nos governos moderados, quem elabora as leis não deve ser encarregado de aplicá-las nem de julgar os conflitos decorrentes de sua execução, incumbindo a três partes distintas do poder o exercício de cada uma dessas tarefas (MONTESQUIEU, 1999, p. 168).⁹ O que se quer deixar claro, porém, é que, adotando-se um conceito de poder comunicativo, o que se opera, a partir dessa diferenciação das funções do Estado, é, também, a própria separação dos poderes.

É bem verdade, como aponta Habermas, ao analisar o conceito de poder de Arendt em um trabalho publicado em 1976 (HABERMAS, 1993, p.100-118), que ela deixou de fora da esfera política o sentido “perlocutório” do discurso, por ter confinado o seu horizonte de sentido à *pólis* grega, sem admitir a possibilidade de estratégias argumentativas no espaço público para a conquista e ampliação do poder. Assim, Habermas conclui que “o conceito de poder comunicativamente produzido, de H. Arendt, só pode transformar-se num instrumento válido se o desvincularmos de uma teoria da ação inspirada em Aristóteles” (HABERMAS, 1993, p. 110).

9 “Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 168).

Essa crítica de Habermas é retomada, anos depois, em *Facticidade e validade*, sua obra da maturidade, publicada em 1992 (HABERMAS, 1998, p.58), no contexto de “uma reconstrução de partes do direito racional clássico no quadro de uma teoria do direito apoiada numa teoria do discurso” (HABERMAS, 1998, p. 58),¹⁰ como ele mesmo esclarece no prefácio da obra. Mas aqui Habermas vai adiante porque, pelo conceito de poder comunicativo, é possível compreender o surgimento do poder político, mas não o emprego do poder administrativo, que é o poder político já constituído, exercido na tomada de decisões coletivamente vinculantes (mediante funções sancionatórias, organizativas e executivas), tampouco é possível explicar a luta por posições em torno do uso do poder administrativo (HABERMAS, 1998, p. 216-217).

Arendt deu importância, efetivamente, à origem do poder, no ato inicial do agir em conjunto, ao deixar claro que “o poder brota onde quer que as pessoas estejam juntas e ajam em conjunto, mas obtém sua legitimidade mais do ato inicial de unir-se do que de outras ações que possam seguir” (ARENDDT, 1970, p. 52).¹¹ Para Arendt, o poder requer legitimidade, que se fundamenta no passado, nesse ato inicial do agir em conjunto, ao passo que a violência, embora possa ser justificada – relacionando-se com um fim que está no futuro –, jamais pode ser legítima (ARENDDT, 1970, p. 52). A preocupação de Arendt, ao insistir sobre o aspecto comunicativo do poder, está em evidenciar que “o poder está realmente na essência de todo o governo, mas a violência não” (ARENDDT, 1970, p. 51),¹² e, nesse sentido, sua grande contribuição foi deixar claro que “a violência sempre pode destruir o poder; do cano de um fuzil nasce a ordem mais eficiente, resultando na mais perfeita e instantânea obediência. O que nunca pode nascer daí é o poder” (ARENDDT, 1970, p. 53).¹³

10 No original: “una reconstruction de partes del derecho natural racional clásico en el marco de una teoría discursiva del derecho”.

11 No original: “Power springs up whenever people get together and act in concert, but it derives its legitimacy from the initial getting together rather than from any action that then may follow”.

12 No original: “Power is indeed of the essence of all government, but violence is not”.

13 No original: “Violence can always destroy power; out of barrel of a gun grows the most effective command, resulting in the most instant and perfect obedience. What never grown up out of it is power”.

O aspecto comunicativo do poder, então, realiza-se por intermédio de um “campo de comunicação e de interação que assegura o poder do agir conjunto” (LAFER, 1988, p. 245), que se constitui no campo da Política, que “é o do diálogo no plural que surge no espaço da palavra e da ação – o mundo público – cuja existência permite o aparecimento da liberdade” (LAFER, 2003, p. 62-63).

Aplicando o conceito comunicativo de poder de Arendt, Habermas deixa claro que somente a manutenção de estruturas comunicativas isentas de uma dominação baseada na violência, que isola os cidadão entre si, pode fazer surgir o poder, pois “o medo, radicalizado em terror, força cada um a fechar-se em si mesmo, contra todos os outros [...]. Tira-lhes a força de iniciativa e priva todas as interações lingüísticas da capacidade de unificar espontaneamente o que está separado” (HABERMAS, 1993, p. 106).

Em *Facticidade e validade*, Habermas traz novamente à tona essa consideração e pontifica que “tal poder comunicativo só pode se formar nos espaços públicos não deformados e só pode surgir a partir das estruturas de intersubjetividade não prejudicadas por uma comunicação não distorcida” (HABERMAS, 1998, p. 215).¹⁴ Ele trata aí da importância de se aferir a legitimidade no surgimento do poder, seguindo Arendt, mas se propõe a buscar a legitimação do poder não apenas nesse ato inicial do agir em conjunto, mas, também, no momento posterior, quando o poder, gerado comunicativamente (o poder político), constitui o poder que implementará as decisões através dele tomadas (o poder administrativo).

Consoante acentua Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, “a política como um todo não pode coincidir com a práxis daqueles que dialogam entre si no sentido de atuar em concerto de uma maneira política autônoma” (OLIVEIRA, 2007, p. 55). A proposta de Habermas é “considerar o direito como o meio através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrati-

14 No original: “Tal poder comunicativo sólo puede formarse en los espacios públicos no deformados y sólo puede surgir a partir de las estructuras de intersubjetividad no menoscabada de una comunicación no distorsionada”.

vo” (HABERMAS, 1998, p. 217),¹⁵ sendo que “essa transformação ou tradução de poder comunicativo em administrativo tem, justamente, o sentido daquela atribuição legal de competência ou de outorga de poder, no interior do sistema administrativo” (OLIVEIRA, 2007, p. 55).

A partir daí, Habermas, retomando a divisão clássica dos poderes, que se explica pela diferenciação das funções do Estado (HABERMAS, 1998, p. 255), oferece uma nova compreensão do princípio da separação dos poderes, cuja lógica “somente se explica porque a separação funcional assegura a primazia da legislação democrática e a vinculação do poder administrativo ao poder comunicativo” (HABERMAS, 1998, p. 256).¹⁶

Vale dizer, tomando-se o Estado Democrático de Direito como o projeto de uma associação de cidadãos politicamente autônomos (HABERMAS, 1998, p. 256), isto é, que “só obedçam as leis que eles mesmos se tenham dado conforme as convicções a que intersubjetivamente tenham chegado” (HABERMAS, 1988, p. 532),¹⁷ o que constitui o “núcleo dogmático” em torno do qual gravitam todos os seus esforços teóricos, Habermas aponta a necessidade de haver um “retroalimentação” do poder administrativo no poder comunicativo, através de uma divisão funcional de poderes (HABERMAS, 1998, p. 257).

Para tanto, Habermas enxerga a divisão dos poderes sob as luzes da teoria do discurso, propondo que a separação entre Legislativo, Executivo e Judiciário se dê no nível da *argumentação* de que as autoridades podem se servir, lançando mão de classes de razões diferentes entre si para exercer as suas respectivas funções (HABERMAS, 1998, p. 260-261).

Enquanto o Legislativo tem ao seu dispor um acesso ilimitado a argumentos normativos e pragmáticos na elaboração das leis, desde que o faça no bojo de um procedimento democrático, o Judiciário tem de se contentar em tomar decisões valendo-se

15 No original: “propongo considerar el derecho como el médio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo”.

16 No original: “sólo se explica porque la separación funcional asegura a la vez la primacía de la legislación democrática y la vinculación del poder administrativo al poder comunicativo”.

17 No original: “solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado”.

apenas de argumentos que possam ser extraídos das próprias normas jurídicas, em um discurso de aplicação que ofereça uma resposta consistente que preserve a coerência do sistema jurídico em que se insere. Já o Executivo não pode se valer livremente dos mesmos argumentos já considerados pelo Legislativo, cabendo-lhe somente decidir as estratégias de ação e selecionar as tecnologias para cumprir os fins estabelecidos nas leis (HABERMAS, 1998, p. 261-262).

Em suma,

as leis regulam a transformação do poder comunicativo em administrativo, ao serem produzidas conforme um procedimento democrático, ao fundamentar uma proteção do direito que vier a ser garantida por tribunais que julgam imparcialmente, e ao *subtrair* da Administração que as implementa a classe de razões normativas que sustentam o acordos do legislativo e as decisões judiciais (HABERMAS, 1998, p. 260-261).¹⁸

Essa nova leitura da separação dos poderes, realizada na teoria do discurso, situa-se no marco do Estado Democrático de Direito, distanciando-se da significação que lhe era atribuída tanto no paradigma do direito formal burguês quanto no paradigma do direito materializado do bem-estar social (HABERMAS, 1998, p. 258-260), e tem o condão de contribuir, efetivamente, para o aperfeiçoamento das instituições democráticas.

Assim, longe de estar superada ou de merecer o abandono da teoria política, a teoria da separação dos poderes pode e deve ser concebida como uma grande conquista histórica da qual não se deve abrir mão facilmente – porque ainda pode oferecer importantes subsídios para uma compreensão adequada do Estado Democrático de Direito.

18 No original: "Las leyes regulan la transformación del poder comunicativo en administrativo, al ser producidas conforme a un procedimiento democrático, al fundamentar una protección del derecho que viene garantizada por tribunales que juzgan imparcialmente, y al *sustraer* de la Administración que las implementa la clase de razones normativas que sustentan a los acuerdos del legislativo y a las decisiones judiciales".

3 Entre a judicialização da política e a politização do Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas: uma crítica a partir de uma institucionalização distinta do princípio da separação dos poderes

Boa parte da doutrina brasileira, ao tratar do controle jurisdicional de políticas públicas, insiste que a separação dos poderes não se constitui, nos dias de hoje, mais um óbice consistente quanto ao trato judicial de questões políticas, sobretudo porque, com o advento da Constituição de 1988, foram fixados, normativamente, alguns objetivos fundamentais do Estado cujo cumprimento deve ser ativamente fiscalizado pelo Poder Judiciário. Fixado esse contorno quanto ao fundamento constitucional para o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, para coibir eventuais excessos da intervenção judicial nessa matéria, são sugeridos alguns limites (observância do mínimo existencial, do princípio da razoabilidade e da reserva do possível), que serviriam de salvaguarda contra os abusos.

Essa é a posição de Ada Pellegrini Grinover, que traduz, em grande medida, a orientação da doutrina em tema de controle jurisdicional de políticas públicas, o que já vem ressoando na jurisprudência existente sobre o assunto (GRINOVER, 2009, p. 40-42).

Em síntese, sustenta-se que quando estiver em jogo um “núcleo central” dos direitos fundamentais, representativo do “mínimo existencial” necessário à garantia da dignidade humana, o Poder Judiciário pode intervir nas políticas públicas, para corrigir os seus rumos ou implementá-las (GRINOVER, 2009, p. 42-43), devendo ser utilizadas as regras de “proporcionalidade e razoabilidade”, segundo as quais

o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do Autor, *a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público*. E, por parte do Poder Público, *a escolha*

do agente público deve ter sido desarrazoada (GRINOVER, 2009, p. 47).

Além disso, para se responder a uma alegação recorrente da Administração, quanto à falta de recursos públicos suficientes para atender à implementação de alguma política pública, a “reserva do possível” é outro parâmetro que se impõe, no sentido de que, uma vez comprovada pela Administração a falta de recursos (não bastando, para tanto, a mera alegação), o Poder Judiciário “determinará ao Poder Público que faça constar da próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação da política pública” (GRINOVER, 2009, p. 48).

Recentemente, em um seminário organizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ, realizado nos dias 14 e 15 de abril de 2010, em São Paulo, foram aprovadas as seguintes conclusões sobre o controle jurisdicional de políticas públicas: (i) o controle jurisdicional de políticas públicas relacionadas aos direitos sociais constitucionalmente assegurados, para sua implementação ou correção, encontra pressupostos ou limites na observância do mínimo existencial, do princípio da razoabilidade e da reserva do possível; (ii) o mínimo existencial corresponde ao núcleo duro dos direitos sociais garantidos pela Constituição, e consiste no mínimo indispensável à dignidade humana, autorizando a imediata judicialização dos direitos, independentemente da existência de lei ou de atuação administrativa; (iii) o princípio da razoabilidade indica a razoabilidade da pretensão coletiva ou individual e, em contrapartida, a desarrazoabilidade da lei, de sua interpretação ou da atuação administrativa; (iv) a reserva do possível indica tanto a existência de disponibilidade orçamentária-financeira, como a necessidade de planejamento necessário à execução da política pública a ser implementada; (v) não haverá necessidade de observar a reserva do possível quando se tratar de casos de urgência ou do mínimo existencial; (vi) observados os pressupostos ou limites supra referidos, o Poder Judiciário pode intervir para implementar ou corrigir a política pública, sem afronta ao princípio da separação dos Poderes, tal qual se

apresenta no Estado Democrático de Direito (*rectius*, separação de funções).¹⁹

O problema é que tal perspectiva teórica não enfrenta, de maneira apropriada, a judicialização da Política e a politização do Judiciário, que são fenômenos que podem deformar o Estado Democrático de Direito, em um duplo sentido: (i) na (des)consideração, no plano da jurisdição, de argumentos que somente podem ser levados em consideração no âmbito da legislação e da jurisdição, para que se preserve a retroalimentação do poder administrativo no poder comunicativo, da qual brota a sua legitimidade, resultando daí a criação de limites indevidos ou de possibilidades deturpadas quanto à realização dos direitos fundamentais; (ii) no enfraquecimento da legitimidade da jurisdição constitucional, na medida em que o Poder Judiciário passa a ser o palco de discussões realizadas com o apoio em argumentos que não passaram pelo crivo de um procedimento democrático onde pudesse haver uma formação discursiva da opinião e da vontade, o que pode ser realizado, legitimamente, apenas na geração do poder comunicativo.

Karl Loewenstein tocou no ponto exato da questão ao aduzir que a judicialização da Política leva, quase que inevitavelmente, à politização do Judiciário (LOEWENSTEIN, 1986, p. 322), muito embora a sua resistência quanto à apreciação de questões políticas no âmbito judicial decorra da maneira própria como ele entende a divisão das funções do Estado, segundo o conceito de “liderança política” (*political leadership*), como “o exercício, consciente de seu objetivo, do poder político” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 61).²⁰ A novidade de Loewenstein, ao propor uma distinta divisão tripartida das funções do Estado, foi estabelecer uma instância de controle político (*policy control*) da liderança política (MIRANDA, 1992, p. 91), que não deve, contudo, ser incumbida

19 Além dessas conclusões, foram aprovadas outras voltadas para as questões processuais decorrentes do controle jurisdicional de políticas públicas, que não serão aqui abordadas, por não guardarem uma pertinência direta com o tema da separação dos poderes, representando, na verdade, uma decorrência das conclusões acima enunciadas. O material, com a divulgação dessas conclusões, foi cedido pela Prof. Ada Pellegrini Grinover nas aulas ministradas na disciplina “O controle jurisdicional de políticas públicas” no semestre letivo de 2010/01, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais).

20 No original: “el liderazgo político no es sino el ejercicio, consciente de su objetivo, del poder político”.

ao Poder Judiciário, sob pena de se instalar uma “judiciocracia” (LOEWENSTEIN, 1986, p. 325).

A crítica, contudo, deve ser feita em um outro nível, dissociada dessa rotulação sobre a existência de questões políticas que estariam a salvo de intervenção judicial. Retomando-se a leitura da separação dos poderes, na linha sugerida por Habermas, “do ponto de vista da teoria do discurso, as funções que representam a produção legislativa, a justiça e a administração podem se diferenciar conforme suas respectivas formas de comunicação e às potenciais razões correspondentes” (HABERMAS, 1998, p. 260).²¹

A rigor, no Estado Democrático de Direito, os juízes, de um lado, não devem ter uma limitação, concebida aprioristicamente, quanto às questões que podem, ou não, enfrentar no exercício da jurisdição constitucional; de outro lado, não podem, a pretexto de estarem cumprindo os objetivos fixados normativamente no texto constitucional, valerem-se da mesma classe de argumentos empregada pelos legisladores na elaboração das leis ou pelos administradores nas ações empreendidas para levar a efeito o programa legislativo. Trata-se, como esclarece Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, de uma diferença qualitativa:

enquanto os discursos legislativos de justificação normativa se referem à validade das normas, nos termos das condições institucionais exigidas pelo princípio democrático, os discursos jurisdicionais de aplicação normativa se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, à luz de visões paradigmático-jurídicas que cobram reflexividade (OLIVEIRA, 2006, p. 156-157).

Não se trata, portanto, de se interditar, pura e simplesmente, o controle jurisdicional das políticas públicas debaixo de uma leitura liberal da teoria da separação dos poderes, que reserva ao Poder Judiciário uma postura tímida, caracterizada por uma

21 No original: “Desde el punto de vista de la teoría del discurso, las funciones que representan la producción legislativa, la justicia y la Administración pueden diferenciarse conforme a sus respectivas formas de comunicación y a los correspondientes potenciales de razones”.

lógica de subsunção (HABERMAS, 1998, p. 258).²² A proposta é compreender a teoria da separação dos poderes sob as luzes da teoria do discurso, extraíndo-se daí um novo arranjo para a recíproca limitação que deve existir entre as instâncias legislativa, administrativa e jurisdicional, em ordem a conformar o Estado Democrático de Direito. É nessa linha que Alexandre de Castro Coura acentua que

Habermas destaca a necessidade do “redimensionamento paradigmático” do princípio da separação dos poderes, e não o seu abandono, à luz da complexa racionalidade dos processos de criação e aplicação do Direito nas sociedades contemporâneas e do questionável papel desempenhado pelo Judiciário, a partir do paradigma jurídico social (COURA, 2009, p. 155).

Nesse sentido, muito embora não seja esse, propriamente, o objetivo deste trabalho, podem ser feitas algumas aplicações da teoria da separação dos poderes, no que toca ao controle jurisdicional de políticas públicas, sob o prisma de uma efetiva separação da classe de argumentos que pode ser utilizada pelo Poder Judiciário, em contraste com aqueles que devem ser reservados somente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo: (i) para que se admita a intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, não se deve fixar, de antemão, quais são os assuntos que podem, e os que não podem, passar pelo crivo judicial (p. ex., pouco importa se os direitos fundamentais cuja proteção é reclamada se refiram, ou não, ao “mínimo existencial”). Todos os assuntos podem ser levados a conhecimento do Poder Judiciário, desde que isso seja feito com base em argumentos que possam ser extraídos do sistema jurídico em sentido estrito²³ e

22 Montesquieu chegou mesmo a afirmar que “é o Poder de Julgar, de certo modo, nulo” e que os juízes “são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força, nem o rigor” (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 173 e 178).

23 Por “sistema jurídico em sentido estrito”, Habermas entende que são os limites decorrentes de uma ordem jurídica concreta: “seus dados são tomados do direito vigente, das leis e precedentes, das respectivas dogmáticas jurídicas, dos contextos políticos da atividade legislativa, das fontes históricas do direito” (no original: “sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes e precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc.”). HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 26.

possam resultar em uma decisão judicial consistente, isto é, sustentada racionalmente e inserida coerentemente nesse contexto; (ii) o uso das “regras de proporcionalidade e razoabilidade”, para se lidar com a avaliação tanto da procedência da pretensão deduzida em juízo quanto da (ir)realização da política pública por parte do Estado, não pode esconder o emprego de argumentos que são típicos e devem ser reservados ao processo de elaboração das leis ou de sua aplicação pela Administração;²⁴ (iii) a alegação de insuficiência de recursos, que eventualmente possa obstar a implementação de uma política pública sob a ótica da “reserva do possível”, pode não se traduzir em um argumento válido no plano da jurisdição, por lhe faltar amparo no sistema jurídico em sentido estrito, sujeitando o Estado a ter de demonstrar, no caso concreto, que tal argumento não está ancorado simplesmente em razões pragmáticas, mas, sim, insere-se no âmbito de razões normativas que possam sustentar a tomada de uma decisão judicial consistente nesse sentido.

4 Considerações finais

A epígrafe de Albert Camus que abre este trabalho é apenas uma maneira de se chamar atenção para o fato de que “no Estado Democrático de Direito a legislação política é considerada a função central” (HABERMAS, 1998, p. 265).²⁵ Isso não significa menosprezar a importância dos juízes na hercúlea tarefa que lhes foi atribuída pelo constitucionalismo de conter os abusos que podem ser cometidos no âmbito da legislação e da administração. Pelo contrário, a postura que deve ser assumida pelos juízes reclama uma consciente (auto)compreensão do seu papel

24 Nos Capítulos V e VI de *Facticidade e validade*, Habermas analisa o caráter estruturalmente indeterminado do Direito e a racionalidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito, bem como o papel e a legitimidade da jurisdição constitucional (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. p. 263-361). Trata-se da aplicação do sistema de direitos e dos princípios do Estado de Direito que foram reconstruídos por ele nos capítulos anteriores (Capítulos III e IV), no marco da teoria do discurso. Para os fins deste trabalho, a análise se restringe à questão relativa à leitura da separação dos poderes propostas por Habermas, razão pela qual não será possível o aprofundamento quanto à atuação adequada do Poder Judiciário na realização concreta de sua tarefa no Estado Democrático de Direito.

25 No original: “En el Estado democrático de derecho la legislación política se considera la función central”.

no Estado Democrático de Direito, a fim de que se possa fazer da jurisdição a instância legítima que assegura o aperfeiçoamento das instituições essenciais ao desenvolvimento da democracia.

Portanto, o espaço que a teoria da separação dos poderes deve ocupar no controle jurisdicional de políticas públicas, se compreendida mediante a separação dos argumentos disponíveis para cada uma das instâncias – legislação, administração e jurisdição – no exercício de suas tarefas, é o de interditar a judicialização da Política e a politização do Judiciário, fenômenos que se situam no limite da deformação do Estado Democrático de Direito, porque, além de não contribuírem, efetivamente, para uma realização adequada dos direitos fundamentais, colocam em xeque a legitimidade da jurisdição constitucional.

5 Referências

ARENDT, Hannah. *On violence*. New York: Hartcourt, Brace & World Inc., 1970.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo e revisão de Adriano Correia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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.

FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución: de la antegüedad a nuestros días*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCE. La Constitution – Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen de 1789. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/const01.htm>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: _____. *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. São Paulo: DPJ, 2009. p. 36-57.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: _____. *Habermas: sociologia*. Tradução de Barbara Freitag e Sergio Paulo Rouanet. São Paulo: Ática, 1993. p. 100-118.

_____. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

_____. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Traducción de Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986.

MIRANDA, Jorge. Funções do Estado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 189, p. 85-99, jul./set. 1992.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão de poderes, presidencialismo versus parlamentarismo*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. Poder, ação e esfera pública em Hannah Arendt e em Jürgen Habermas: a conexão constitutiva entre direito e poder

no Estado Democrático de Direito. In: _____. *Direito, política e filosofia*: contribuições para uma teoria discursiva da Constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 45-56.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Relatório de Desenvolvimento Humano 2009. Disponível em <http://hdr.undp.org/en/media/HDR_2009_PT_Complete.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALDANHA, Nelson. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

TAVARES, André Ramos. A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do Estado. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 29, p. 66-71, out./dez. 1999.



2

PARECERES

2.1

SERVIÇO DESCOBERTO POR PRAZO CONTRATUAL E O PAGAMENTO POR INDENIZAÇÃO

ANDERSON SANT'ANA PEDRA

PROCESSO: 42871310. Parecer PGE/PCA nº 0049/2010. Origem: Procuradoria Geral do Estado.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Análise. 3 Conclusão.

1 Relatório

Trata-se de processo oriundo do XXX encaminhado pelo Subsecretário de Gestão Hospital, Sr. XXX (fl. 222) onde se observa o seguinte despacho:

Encaminhamos os autos, visando análise jurídica quanto a possibilidade de pagamento a título de indenização em favor da empresa XXX no valor de R\$ 15.840,00 (quinze mil, oitocentos e quarenta reais sete [sic]), referente a prestação de serviços de locação de módulo e manutenção de ar medicinal, conforme solicitação às fls. 220/221 da Direção Administrativa do XXX.

Fazendo um retrospecto dos autos, nota-se que o Diretor Administrativo do XXX em 10 de outubro de 2008 cientificou o Diretor Geral do XXX (fls. 01-02) a situação caótica que estava instalada no XXX no que tange ao serviço de gases medicinais, solicitando (fl.02)

[...] autorização formal para abertura de processo emergencial, com base art. 24, IV da Lei nº 8.666/93, para locação de 01 (um) Módulo de Ar Medicinal Duplex cabinado acusticamente, com manutenção e reposição de peças, caso necessário, pelo prazo máximo e improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias, enquanto se conclui o processo regular dessa contratação, que tramita na SESA, cujo número é citado no início desse documento [42432456/08].

Encaminhado os autos a esta PGEES pela primeira vez, recebeu o mesmo a análise minuciosa da Dr^a. ANA MARIA CARVALHO LAUFF (fls.08-12) em que se destaca:

2 – Trata-se de análise quanto à possibilidade de contratação direta, com fulcro no art. 24, IV da Lei nº 8.666/93 para locação de 01 (um) Módulo de Ar Medicinal Duplex cabinado acusticamente, com manutenção e reposição de peças.

3 – Ressalta-se, desde já, que as razões da escolha da empresa e a justificativa da contratação emergencial são de inteira responsabilidade da Autoridade Competente, não cabendo a esta PGE adentrar em análises de critérios técnicos ou de conveniência e oportunidade, mas apenas para constatar objetivamente a subsunção das normas ao caso ora analisado.

11 – Para a contratação emergencial é necessário que os autos estejam instruídos com as seguintes manifestações/documentos:

a) autorização expressa da autoridade competente para a contratação direta;

b) previsão de dotação orçamentária para fazer frente às despesas;

...

d) elaboração de contrato administrativo para a formalização da avença, devendo ser utilizada uma das minutas padronizadas disponíveis em nosso sítio (www.pge.es.gov.br);

...

16 – Isto posto, depois da detida análise, restrita ao exame dos aspectos jurídicos do processo, abstraídas as questões técnicas e de oportunidade e conveniência, e considerando as informações lançadas nos autos pelos agentes públicos, opinamos pela possibilidade da contratação emergencial desde que sejam atendidas as recomendações contidas neste parecer.

17 – Após ser o instrumento datado e assinado, recomendamos que seja devidamente publicado na imprensa oficial como condição de eficácia e em conformidade com o que preceitua o art. 61, parágrafo único da Lei 8666/93.

Às fls. 28 observa-se publicação em que a SESA torna público (Jornal A GAZETA e DIO) um procedimento competitivo simplificado para a contratação emergencial.

Às fls. 30-50 nota-se proposta de três empresas interessadas na contratação, incluindo a empresa XXX que apresentou a melhor proposta no valor mensal de R\$ 10.800,00 (dez mil e oitocentos reais) e valor total R\$ 64.800,00 (sessenta e quatro mil e oitocentos reais).

À fl. 58 observa-se a Nota de Empenho no valor de R\$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais) e à fl. 60 despacho informando que “foi empenhado até o término do exercício, sendo que o restante da despesa encontra-se previsto no orçamento de 2009, após encaminhar ao setor de contratos.”

À fl. 61 observa-se o “Aviso de ratificação de aquisição por dispensa de licitação”, às fls. 65-70 o Contrato nº 0529/2008 – SESA e à fl. 86 p Resumo do Contrato publicado no DIO de 22.10.2008.

Em seguida tem-se às fls. 90-158 seis notas fiscais (e respectiva documentação fiscal) no valor de R\$ 10.800,00 cada uma – o que perfaz o valor total do contrato.

A partir da fl. 168 nota-se um silêncio da Administração quanto a continuidade da situação emergencial e a continuidade do contrato. Não obstante são juntadas notas fiscais referentes à prestação do serviço contratado emergencialmente, como se o Contrato não tivesse com seu prazo expirado.

Mais adiante pontua a Diretora Administrativa do XXX:

Considerando que o procedimento licitatório não foi concluído a tempo, sabendo da importância dos serviços para o Hospital, conforme justificativa as fls. 01 a 03, *apesar de expirada a vigência optou-se pela continuidade dos serviços* já que a contratação de uma nova empresa demoraria no mínimo de 30 a 45 dias. (fl. 180)

E ainda:

O presente processo refere-se a prestação de serviços de locação de módulo e manutenção de ar medicinal, conforme já relatado as fls. 180, *o serviço foi prestado durante o período de 17/04/2009 a 31/05/2009 sem cobertura contratual.* (fl. 220)

Os autos, recentemente, foram submetidos à apreciação desta PGEES por meio de seu dd. Procurador, Dr. FABIANO GIAQUINTO HERKENHOFF que se manifestou criteriosamente às fls. 185-197 trazendo em linhas derradeiras (fl. 197):

Registra-se que a instrução está precária porque a autoridade competente e ordenadora de despesa não se manifestou a respeito dos requisitos contidos no art. 26 da Lei (razão da escolha do fornecedor ou executante e justificativa do preço).

Diante disso, recomenda-se o retorno dos autos à origem para que providenciem todos os documentos e despachos necessários, bem como esclareça qual é a dúvida acerca da contratação que se pretende realizar ou re-ratificar.

É o relatório.

2 Análise

Ab initio, cobra relevo registrar que o presente exame se restringe aos aspectos jurídicos do processo, abstraindo as questões técnicas e de oportunidade e conveniência, considerando ainda para as conclusões que aqui serão expostas as informações lançadas nos autos pelos agentes públicos que se manifestaram nos autos.¹

A questão posta pode ser resumida nos seguintes termos:

1. os serviços prestados e que agora buscam indenização são essenciais num Hospital sendo que a suspensão do serviço por gerar risco de morte;
2. o serviço que ora se busca indenização é oriundo de uma empresa que prestou serviço com espeque no Contrato nº 0529/2008 – SESA (fls. 65-70);
3. após o término do contrato entelado, *com concordância da Administração* (cf. fls. 180 e 220 – trechos transcritos acima);

1 "Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a *presunção de legitimidade*, independentemente de norma legal que a estabeleça." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 148.)

4. se o serviço não fosse prestado, com certeza, poderia custar algumas vidas ou seqüelas irreversíveis aos pacientes internados e carecedores do produto do serviço;
5. pelo que se encontra afirmado nos autos pela Direção do XXX o serviço foi prestado por um determinado período sem cobertura contratual e o prestador não recebeu até o momento o pagamento devido.

Partindo desses pressupostos, é ora de analisar o ordenamento jurídico vigente. Como cediço a Administração Pública encontra suas balizas fincadas na Constituição brasileira de 1988 que em seu art. 37, *caput* prescreve:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e *eficiência* e, também, ao seguinte:

O *princípio da legalidade* para a Administração Pública – legalidade estrita – não tolera qualquer exercício de autonomia de vontade, característica esta que é típica do regime jurídico de direito privado (art. 5º, II da CRFB). Pela *legalidade estrita* à Administração Pública só é lícito fazer aquilo que a lei autoriza/permite, sob pena de nulidade dos seus atos, vez que todo o resto se encontra proibido – “aquilo que não está permitido está proibido”.

Já pelo *princípio da moralidade administrativa* a Administração Pública deve se pautar pela *boa fé* na condução dos seus negócios, até porque “a boa-fé realiza a moralidade administrativa na relação Administração-administrados”².

Nesse sentido é que o dever de agir de boa-fé mantém a confiança mútua entre os sujeitos em relação e também obriga

2 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 113. “Na verdade, a boa-fé é conatural, implícita ao princípio da moralidade administrativa.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 52). “O princípio da boa-fé possui estatura constitucional, seja como elemento normativo do subprincípio das relações jurídicas, decorrente do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito, quer ainda, como desdobramento do princípio da moralidade administrativa.” (SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 213.)

a um dever de coerência no comportamento e de fidelidade às declarações feitas a outrem, motivo por que os sujeitos respondem por todo desvio contrário a uma conduta leal, sincera e fiel nos tratos jurídicos.³

BOCKMANN MOREIRA destaca que do princípio da boa-fé deriva, dentre outros a “proibição ao *venire contra factum proprium* (conduta contraditória, dissonante do anteriormente assumido, ao qual havia se adaptado a outra parte e que tinha geral legítimas expectativas)”⁴.

Assim sendo, é óbvio que surge, para a Administração, o dever de realizar o pagamento ao interessado, sob a forma de indenização, por imposição do *princípio da moralidade* (art. 37, *caput*, da CRFB) já que o não pagamento causaria um acréscimo ao patrimônio do Estado do Espírito Santo sem a respectiva remuneração (locupletamento ilícito⁵), além do que “a eventual invalidade do ato jurídico que conduziu o particular a realizar prestação em benefício do Estado não legitima o enriquecimento sem causa. Caberá a restituição do equivalente ao que o particular executou em prol do Estado. Se tal se verificar como impossível [como *in casu*], a solução será a indenização pelo correspondente.”⁶

Inolvidável também é o instituto da *responsabilidade objetiva* do Estado que é trazido na Constituição brasileira de 1988 em se art. 37, § 6º⁷ e que também conduz ao entendimento do dever da Administração em realizar o pagamento pretendido.

3 CARVALHO, Raquel Melo Urbano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 113. Juarez Freitas apresenta o princípio da boa fé como sinônimo do princípio da confiança. (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 72. Cf. ainda: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Segurança jurídica, boa-fé e confiança legítima. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 51-52, p. 7: “Em quaisquer de seus atos, o Estado – tanto mais porque cumpre a função de ordenador da vida social – tem de emergir como interlocutor sério, veraz, responsável, leal e obrigado aos ditames da boa-fé. De sue turno, os administrados podem agir fiados na seriedade, responsabilidade, lealdade e boa-fé do Poder Público, maiormente porque a situação dos particulares é, em larguíssima medida, condicionada por decisões estatais, ora genéricas, ora provenientes de atos concretos.”

4 MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei nº 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 91.

5 Cf. art. 884 do Código Civil: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 717.

7 “§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

JUSTEN FILHO lançando luzes sobre o art. 37, § 6º da CRFB assim leciona:

O princípio da obrigatoriedade das leis e da presunção de legitimidade dos atos administrativos relaciona-se, num Estado Democrático de Direito, diretamente a essa concepção. Todo e qualquer sujeito é obrigado a respeitar as leis e os atos administrativos porque a atividade estatal tem de observar todas as exigências e garantias contempladas no Direito. Portanto, sempre que um ato estatal (lei ou ato administrativo) é produzido, presume-se sua plena concordância com a ordem jurídica.

Daí se segue que, se o sujeito tem o dever de cumprir as leis e os atos administrativos, é inafastável assegurar-se-lhe uma indenização em face de toda e qualquer atuação estatal ilegítima. A contrapartida das competências e prerrogativas públicas é a responsabilização do Estado por atos indevidos ou defeituosos.⁸

Não custa recordar que a própria lei (*princípio da legalidade*) reconhece que, mesmo que haja alguma nulidade no procedimento de contratação, o pagamento de indenização ao particular, pelo que já houver executado de boa-fé, fica resguardado (art. 59, par. único da Lei Nacional n.º 8.666/93):

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade *não exonera a Administração do dever de indenizar o contrato pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.*

Observe como a própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta hipótese de manifestação concreta do

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 715.

princípio da moralidade (boa-fé), na medida em que determina a indenização do contratado, ainda que nulo o contrato, relativamente ao que o mesmo efetivamente tiver executado.

Interessante agora colacionar o seguinte julgado do C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

ADMINISTRATIVO. INSTITUTO BRASILEIRO DO CAFÉ. CONTRATO PARA AQUISIÇÃO NO MERCADO INTERNACIONAL DE CAFÉ. OPERAÇÃO “PATRÍCIA” OU “LONDON TERMINAL”. MANOBRAS ESPECULATIVAS. PRETENZA NULIDADE DO CONTRATO NÃO AFASTA O DEVER DE INDENIZAR O CONTRATADO DE BOA-FÉ. IMPOSSIBILIDADE DE PRESUMIR A MÁ-FÉ. SÚMULA N.º 07/STJ. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

...

3 - *Acudindo o terceiro de boa-fé aos reclamos do Estado e investindo em prol dos desígnios deste, a anulação do contrato administrativo quando o contratado realizou gastos relativos à avença, implica no dever do seu ressarcimento pela Administração. Princípio consagrado na novel legislação de licitação (art. 59, Parágrafo Único, da Lei n.º 8.666/93).*

...

6 - *Indenizabilidade decorrente da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, gerando a confiabilidade em contratar com a entidade estatal.*

7 - O dever de a Pessoa Jurídica de Direito Público indenizar o contratado pelas despesas advindas do adimplemento da avença, ainda que eivada de vícios, decorre da Responsabilidade Civil do Estado, consagrada constitucionalmente no art. 37, da CF.

8 - Deveras, “... se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, ipso facto, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. Seria iníquo que o agente violador do direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as conseqüências patrimoniais

gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de que, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé. Acresce que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde quem atuou arrimado neles, salvo se estava de má-fé (vício que se pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar.” (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 14ª ed., 2002, p. 422-423).⁹

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RECURSOS DE FINANCIAMENTO. INTERMEDIAÇÃO PELO PRÓPRIO CONTRATADO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 7º, §§ 2º, I, II E 3º, DA LEI 8.666/93. CESSÃO PARCIAL DO CONTRATO. LEGALIDADE. ART. 72, DA LEI DE LICITAÇÕES. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LOCUPLETAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

...

4 – Demonstrada a efetiva realização do objeto contratado – no caso, obras de infraestrutura no Município -, não pode a Administração, ao argumento de eventual irregularidade no estabelecimento do ajuste, furtar-se, na espécie, ao adimplemento de sua obrigação pecuniária com o particular.

5 - As mesmas moralidade e legalidade que devem permear os atos públicos, inclusive as contratações, devem, também, vedar o enriquecimento ilícito e o locupletamento de qualquer das partes, aí se inserindo a própria Administração Pública.

6 – Recurso especial conhecido e desprovido.¹⁰

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. ARTIGO 59, PARÁGRAFO

9 REsp nº 547.196/DF, 1ª T., Rel. Min. LUIZ FUX, j. 06.04.2006, DJ de 04.05.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2010.

10 REsp nº 468.189/SP, 1ª T., Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. 18.03.2003, DJ de 12.05.2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2010. Cf. ainda: REsp nº 545.471/PR, 1ª T., Rel. Min. DENISE ARRUDA, j. 23.08.2005, DJ de 19.09.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2010.

ÚNICO DA LEI Nº 8.666/93. SÚMULA 7/STJ. DEVER DE INDENIZAR DA ADMINISTRAÇÃO.

Para a exata aplicação do artigo 59, parágrafo único da Lei nº 8.666/93, necessário se faz a aferição de quem foi o culpado pela realização do contrato administrativo irregular, o que implica no reexame do quadro fático-probatório constante nos autos. Incidente, pois, a Súmula nº 07/STJ. Ademais, a Administração não pode locupletar-se indevidamente em virtude de nulidade de contrato administrativo, devendo indenizar o particular pelos serviços prestados ou pelas obras realizadas.

Agravo regimental improvido.¹¹

Assim, qualquer serviço ou obra realizados pelo particular à Administração sem a pertinente cobertura contratual devem ser *indenizados* (utilizando-se da própria nomenclatura legal do parágrafo único, do artigo 59 da Lei 8.666/93), *desde que o contratado esteja de boa-fé, o que deve ser aferido e declarado pela Administração-contratante*.

Aspecto que merece realce por sua relevância para a conclusão dessa manifestação, diz respeito ao *quantum* devido a título de indenização. VILLELA SOUTO traz suas reflexões sobre esse aspecto com a seguinte tinta:

Polêmico, no entanto, o valor da indenização. Entendemos que deve ela levar em conta o efetivo ganho da Administração e o prejuízo do particular, que inclui, pois, a sua margem de *lucro*. Tal não é a conclusão adotada pelo Estado do Rio de Janeiro, que, calcado no pronunciamento do Procurador do Estado Alexandre Santos de Aragão, entende que só devem ser ressarcidos os *custos* do contratado, que caracterizam o seu *empobrecimento* imputável à Administração. Não admite, pois, a inclusão de qualquer margem de lucro na indenização, que não seria um desfalque ou perda material.

11 AgRg no REsp nº 303.730/AM, 2ª T., Rel. Min. PAULO MEDINA, j. 17.09.2002, DJ de 02.12.2002. Capturado em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2010. Cf. ainda: REsp nº 317.463/SP, 2ª T., Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 16.03.2004, DJ de 03.05.2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 06 jan. 2010.

Data venia, ousamos discordar por entender que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem; no caso, negar o lucro ao colaborador da Administração, que pacientemente emprestou seus esforços em situação emergencial (e só nestas admite-se o termo de ajuste), é impor-lhe trabalhar de graça, violando o princípio da livre iniciativa.¹²

Nesse mesmo sentido são as ensinanças de JUSTEN FILHO:

O Estado deverá indenizar o particular por todos os danos e pelo lucro que a ele adviria se o contrato fosse válido e fosse integralmente executado.¹³

A indenização em questão ocorreu em razão de emergência, na forma como justificado pela Diretora Administrativa do XXX às fls. 180¹⁴ e 220¹⁵, o que abre um dos requisitos para a indenização sob debate. O outro requisito, repita-se, diz respeito à boa-fé do contratado, o que deve ser aferido pelo órgão de origem.

Contudo à margem de todo esse comportamento administrativo em que se busca a indenização da correspondente contraprestação, como bem salienta HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA, deve a Administração Pública “também, promover a responsabilidade dos agentes públicos competentes que ensejaram a invalidação do procedimento de contratação ou do contrato subseqüentes”¹⁶, cumprindo assim a parte final do parágrafo único do art. 59 da Lei Nacional nº 8.666/93.

Ademais, o pagamento deve ser precedido de empenho e da observância das demais formalidades da Lei 4.320/64, bem

12 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 392.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. 17. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 724.

14 “Considerando que o procedimento licitatório não foi concluído a tempo, sabendo da importância dos serviços para o Hospital, conforme justificativa as fls. 01 a 03, *apesar de expirada a vigência optou-se pela continuidade dos serviços* já que a contratação de uma nova empresa demoraria no mínimo de 30 a 45 dias.”

15 “O presente processo refere-se a prestação de serviços de locação de módulo e manutenção de ar medicinal, conforme já relatado as fls. 180, o *serviço foi prestado durante o período de 17/04/2009 a 31/05/2009 sem cobertura contratual*.”

16 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 194. Nesse mesmo sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 609-610.

como da *comprovação da regularidade fiscal da empresa a ser indenizada*.

3 Conclusão

Ante o exposto, concluo:

- 1 pela possibilidade do pagamento da indenização pretendida desde que o valor esteja de acordo com o mercado (responsabilidade do consulente), que não tenha ocorrido o pagamento em outro processo (o que deverá ser verificado pelo consulente); que o *quantum* a ser pago corresponda ao período que o serviço foi realmente prestado (responsabilidade do consulente) e que o indenizado tenha agido de boa-fé (aferição pelo consulente);
- 2 recomendo a abertura de processo administrativo disciplinar para fins de apuração de indícios referentes, principalmente, ao ânimo subjetivo com que se conduziu o responsável pela fiscalização dos serviços.¹⁷

É o parecer que submeto à apreciação superior.

Vitória, 12 de janeiro de 2010.

¹⁷ Anotou a Diretora Administrativa do XXX à fl. 221: "Cabe salientar que o Núcleo responsável pela fiscalização do contrato *não realizou o acompanhamento adequado* do mesmo e pouco tempo depois de assumir a Direção Administrativa o gerente foi exonerado ficando o cargo vago por quase dois meses o que contribuiu para a situação apresentada."

2.2

INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTRIBUIÇÃO DE PARTICIPAÇÕES GOVERNAMENTAIS ADVINDAS DA EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO A ESTADOS E MUNICÍPIOS NÃO-PRODUTORES

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA

PROCESSO: 53838360. Parecer: PGE/CEI nº 0092/2011. Origem: Procurador Geral do Estado.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Análise. 2.1 Sobre a manifestação anterior desta Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo sobre a distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo a todas as unidades federadas. 2.2 Sobre a nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República para a distribuição a Estados e Municípios das participações governamentais advindas da exploração de petróleo. 2.3 Inconstitucionalidade dessa nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República por violação ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição. 2.3.1 Opinião dos constituintes e do Supremo Tribunal Federal sobre a finalidade da regra jurídica positivada no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição. 2.3.2 Sobre a aplicação desse entendimento à discussão relativa à distribuição a Estados e Municípios de *royalties* e participações especiais advindos da exploração do petróleo. 2.3.3 Incompatibilidade dessa nova opção político-legislativa aprovada pelo Senado da República com a opinião dos constituintes e do Supremo Tribunal Federal acerca da finalidade da regra jurídica positivada no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição. 2.3.4 Inexistência de razão válida para se abandonar a *mens legislatoris* do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição e para se modificar a interpretação correntemente atribuída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse dispositivo constitucional (*mens legis*). 2.4 Considerações finais. 3 Conclusão.

1 Relatório

O Excelentíssimo Senhor Procurador Geral do Estado remeteu à apreciação deste Centro de Estudos e Informações Jurídicas da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo a análise da constitucionalidade da sistemática de distribuição de recur-

sos encartada no projeto de lei recentemente aprovado pelo Senado da República para a distribuição a Estados e Municípios dos *royalties* e participações especiais advindas da exploração de petróleo. Em especial, Sua Excelência solicitou a análise da compatibilidade dessa nova opção político-legislativa com o texto do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição.

É o relatório.

2 Análise

Dada a urgência na conclusão deste parecer, preordenada pela circunstância de o Excelentíssimo Senhor Governador do Estado do Espírito Santo haver convocado a Bancada Parlamentar Capixaba e a Procuradoria Geral do Estado para reunião que será realizada na próxima segunda-feira, às 7:30 horas, no Palácio Anchieta, procurarei ser sucinto em minhas observações.

2.1 Sobre a manifestação anterior desta Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo sobre a distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo a todas as unidades federadas

O que está sendo discutindo pelo Parlamento é a distribuição a todos os Estados e Municípios das participações governamentais previstas pelo parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, mais especificamente de *royalties* e participações especiais. Como expus em manifestações anteriores, em especial no parecer anteriormente proferido neste processo, a opção político-legislativa por distribuir a todas as unidades federadas as participações governamentais relativas à exploração de petróleo, sem ter em consideração a situação especial vivenciada pelos Estados e Municípios afetados pelo exercício dessa atividade econômica (Estados e Municípios produtores), é inconstitucional, porque contraria o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição (art. 20, p. 1º) e porque ofende o princípio da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), o princípio federativo (CRFB, art. 1º e art. 60, p. 4º, I) e o princípio da segurança jurídica (art. 5º, *caput* e inciso XXXVI).

Na oportunidade, referi ao texto do artigo 64 e parágrafos 1º e 2º da Lei nº 12.351/2010, posteriormente vetado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva; que têm a seguinte redação:

Art. 64. Ressalvada a participação da União, bem como a destinação prevista na alínea “d” do inciso II do art. 49 da Lei nº 9.478, de 1997, a parcela restante dos royalties e participações especiais oriunda dos contratos de partilha de produção ou de concessão de que trata a mesma Lei, quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, será dividida entre Estados, Distrito Federal e Municípios da seguinte forma:

I – 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Estados (FPE); e

II – 50% (cinquenta por cento) para constituição de fundo especial a ser distribuído entre todos os Municípios, de acordo com os critérios de repartição do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

§ 1º A União compensará, com recursos oriundos de sua parcela em royalties e participações especiais, bem como do que lhe couber em lucro em óleo, tanto no regime de concessão quanto no regime de partilha de produção, os Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, até que estas se recomponham mediante o aumento de produção de petróleo no mar.

§ 2º Os recursos da União destinados à compensação de que trata o § 1º deverão ser repassados, aos Estados e Municípios que sofrerem redução de suas receitas em virtude desta Lei, simultaneamente ao repasse efetuado pela União aos demais Estados e Municípios.

Esses dispositivos estabelecem que a integralidade dos *royalties* e participações especiais advindos da exploração de petróleo sob os regimes de concessão e partilha devem ser distribuídos a todos os Estados e Municípios, observando-se os critérios de distribuição de recursos dos fundos de participações dos Estados e Municípios.

2.2 Sobre a nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República para a distribuição a Estados e Municípios das participações governamentais advindas da exploração de petróleo

Ocorre que, como é de conhecimento geral, o Senado da República aprovou uma nova proposta legislativa para a distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo, destinando aos Estados e Municípios não-produtores parte considerável dos *royalties* e participações especiais decorrentes da exploração de petróleo sobre os regimes de concessão e partilha.

No que toca ao regime de partilha, a proposta legislativa aprovada consigna as seguintes regras de distribuição de recursos:

Art. 3º Na Lei nº 12. 351, de 22 de dezembro de 2010, dê-se a seguinte redação ao art. 42 e insiram-se os seguintes arts. 42-A, 42-B e 42-C:

[...]

“Art. 42-B Os royalties devidos em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção serão distribuídos da seguinte forma:

I – Quando a produção ocorrer em terra, rios, lagos, ilhas lacustres ou fluviais:

- a) Vinte por cento para os Estados ou o Distrito Federal, se for o caso, produtores;
- b) Dez por cento para os Municípios produtores;
- c) Cinco por cento para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP;
- d) Vinte e cinco por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

- 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” deste inciso, na alínea “a” do inciso II deste artigo, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2º do art. 50 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997.
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
 - 4) O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
 - 5) Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- e) Vinte e cinco por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
- 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II deste artigo, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2º do art. 50 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997;
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de que trata o art. 159, da Constituição;

- 3) O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;
- 4) O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
- 5) Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- f) Três por cento para o Ministério da Defesa, para atender aos encargos decorrentes do emprego dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica na fiscalização e proteção das áreas de produção e distribuição;
- g) Doze por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

II – Quando a produção ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:

- a) Vinte e dois por cento para os Estados ou o Distrito Federal, se for o caso, produtores;
- b) Cinco por cento para os Municípios produtores;
- c) Dois por cento para os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outro hidrocarboneto fluido, na forma e critérios estabelecidos pela ANP;
- d) Vinte e cinco inteiros e cinco décimos por cento (25,5%) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
 - 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido

recursos em decorrência do disposto na alínea “a” do inciso I e deste inciso II, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso II do § 2º do art. 50 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997.

- 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
 - 4) O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
 - 5) Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- e) Vinte e cinco inteiros e cinco décimos por cento (25,5%) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
- 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I e deste inciso II, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no inciso III do § 2º do art. 50 da Lei no. 9.478, de 6 de agosto de 1997;
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial

em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;

- 4) O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
- 5) Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- f) Três por cento para o Ministério da Defesa, para atender aos encargos decorrentes do emprego dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica na fiscalização e proteção das áreas de produção e distribuição;
- g) Dezessete por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

1º A soma dos valores referentes aos royalties devidos aos Municípios nos termos dos incisos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II deste artigo, com os royalties devidos nos termos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II dos arts. 48 e 49 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, com a participação especial devida nos termos do inciso III do § 2º do art. 50 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, ficarão limitados ao maior dos seguintes valores:

I – os valores que o Município recebeu a título de royalties e participação especial em 2011;

II – a duas vezes o valor per-capita distribuído pelo FPM, calculado em nível nacional, multiplicado pela população do Município.

§ 2º A parcela dos royalties de que trata este artigo que contribuiu para o valor que exceder o limite de pagamentos aos Municípios em decorrência do disposto no § 1º será transferido para o fundo especial de que trata a alínea “e” dos incisos I e II.

§3º Os pontos de entrega às concessionárias de gás natural produzido no País serão considerados instalações de embarque e desembarque, para fins de pagamento de royalties aos Municípios afetados por essas operações, em razão do disposto na alínea “c” dos incisos I e II.

§ 4º A opção dos Estados, Distrito Federal e Municípios de que trata o item 4 das alíneas “d” e “e” dos incisos I e II poderá ser feita após conhecido o valor dos royalties e da participação especial a serem distribuídos, nos termos do regulamento”.

“Art. 42-C Os recursos do fundo especial de que tratam os incisos IV e V do art. 42-B terão a destinação prevista no art. 50-E da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997.”

Do que se infere desses dispositivos, na partilha, a distribuição dos *royalties* (não há participação especial nesse regime de exploração) observará a seguinte proporção:

UNIDADES FEDERADAS	EXPLORAÇÃO EM TERRA	EXPLORAÇÃO EM MAR
União Federal	15%	20%
Estados e Municípios produtores	35%	29%
Estados e Municípios não-produtores	50%	51%

Há, pois, nesse novo regramento, considerável prejuízo para as unidades federadas produtoras, que passarão a receber menos recursos que os Estados e Municípios que não são afetados exploração de petróleo. Aliás, merece ser destacado, nesse contexto, que os Municípios produtores foram especialmente prejudicados, pois, além de sofrerem redução percentual da sua participação na distribuição de *royalties*, viram suas receitas minoradas por “limitador” de recursos descrito no parágrafo 1º do inciso II da redação proposta para o artigo 42-B da Lei nº 12.351/2010, aplicável à exploração do petróleo em mar. Com efeito, esse dispositivo estabelece como teto à distribuição de *royalties* aos Municípios produtores (i) os valores recebidos a título de *royalties* e participação especial em 2011 ou (ii) o dobro

do valor per-capita distribuído pelo fundo de participação dos Municípios, calculado em nível nacional, multiplicado pela população do Município, o que for maior.

Essa previsão impõe severas restrições ao recebimento de *royalties* pelos Municípios que vierem a suportar as consequências de aumentos na produção do petróleo, preordenado pela descoberta de jazidas no pré-sal, com reflexos imediatos sobre os Municípios do sul dos Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, assim como sobre aqueles situados no norte do Estado de São Paulo. Mas também pode afetar Municípios de outras unidades federadas onde forem descobertas novas jazidas com petróleo do pré-sal, que, por não terem auferido produção petrolífera no ano de 2011, ou porque sua produção deu-se em patamares inferiores aos praticados após a descoberta das novas jazidas, passarão a receber *royalties* com base nos critérios de distribuição do fundo de participação dos Municípios, isto é, pelos mesmos critérios atribuídos pelo legislador aos Municípios não afetados pela exploração de petróleo.

No que se refere ao regime de concessão, a proposta legislativa aprovada consigna as seguintes regras de distribuição de *royalties*:

Art. 4º A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes novas redações para os arts. 48, 49 e 50, e com os seguintes novos arts. 49-A, 49-B, 49-C, 50-A, 50-B, 50-C, 50-D, 50-E e 50-F:

“Art. 48. A parcela do valor dos *royalties*, previstos no contrato de concessão, que representar cinco por cento da produção, correspondente ao montante mínimo referido no § 1º do art. 47, será distribuída segundo os seguintes critérios:

I – quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres:

- a) setenta por cento aos Estados onde ocorrer a produção;
- b) vinte por cento aos Municípios onde ocorrer a produção; e
- c) dez por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critérios estabelecidos pela ANP.

II – quando a lavra ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva:

- a) vinte por cento para os Estados produtores confrontantes;
- b) dezessete por cento para os Municípios produtores confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986;
- c) três por cento para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- d) vinte por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
 - 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei, e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei.
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
 - 4) O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
 - 5) Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de

arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.

- e) vinte por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
 - 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II, do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 49 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Municípios – FPM, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;
 - 4) O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
 - 5) Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- f) três por cento para o Ministério da Defesa, para atender aos encargos decorrentes do emprego dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica na fiscalização e proteção das áreas de produção e distribuição;
- g) dezessete por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

§ 1º A soma dos valores referentes aos royalties devidos aos Municípios nos termos dos incisos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, com os royalties devidos nos termos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II deste art. 48 e do art. 49 desta Lei, com a participação especial devida nos termos do inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei, ficarão limitados ao maior dos seguintes valores:

I – os valores que o Município recebeu a título de royalties e participação especial em 2011;

II – a duas vezes o valor per-capita distribuído pelo FPM, calculado em nível nacional, multiplicado pela população do Município.

§ 2º A parcela dos royalties de que trata este artigo que contribuir para o que exceder o limite de pagamentos aos Municípios em decorrência do disposto no § 1º será transferido para o fundo especial de que trata a alínea “e” do inciso II.

§ 1º Os pontos de entrega às concessionárias de gás natural produzido no País serão considerados instalações de embarque e desembarque, para fins de pagamento de royalties aos Municípios afetados por essas operações, em razão do disposto na alínea “c” dos incisos I e II.

§ 2º A opção dos Estados, Distrito Federal e Municípios de que trata o item 4 das alíneas “d” e “e” do inciso II poderá ser feita após conhecido o valor dos royalties e da participação especial a serem distribuídos, nos termos do regulamento.” (NR)

“Art. 49.

I –

.....

d) três por cento para o Ministério da Defesa, para atender aos encargos decorrentes do emprego dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica na fiscalização e proteção das áreas de produção e distribuição.

e) vinte e dois por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 22 de de-

zembro de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

II –

.....

- a) vinte por cento para os Estados produtores confrontantes;
- b) dezessete por cento para os Municípios produtores confrontantes e respectivas áreas geoeconômicas, conforme definido nos arts. 2º, 3º e 4º da Lei nº 7.525, de 22 de julho de 1986;
- c) três por cento para os Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, na forma e critério estabelecidos pela ANP;
- d) vinte por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:
 - 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei, e no inciso II do § 2º do art. 50 desta Lei.
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
 - 4) O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;

- 5) Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- e) vinte por cento para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:
 - 1) Os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II, do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” deste inciso e do inciso II do art. 48 desta Lei e no inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei;
 - 2) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do FPM, de que trata o art. 159, da Constituição;
 - 3) O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto no item “1” será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;
 - 4) O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata esta alínea, desde que não receba os recursos referidos no item “1”;
 - 5) Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista no item “4” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata esta alínea.
- f) três por cento para o Ministério da Defesa, para atender aos encargos decorrentes do emprego dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica na fiscalização e proteção das áreas de produção e distribuição;
- g) dezessete por cento para a União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo.

§ 1º (revogado)

§ 2º (revogado)

§ 3º (revogado)

§ 4º A soma dos valores referentes aos royalties devidos aos Municípios nos termos dos incisos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, com os royalties devidos nos termos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II deste artigo e do art. 48 desta Lei, com a participação especial devida nos termos do inciso III do § 2º do art. 50 desta Lei, ficarão limitados ao maior dos seguintes valores:

I – os valores que o Município recebeu a título de royalties e participação especial em 2011;

II – a duas vezes o valor per-capita distribuído pelo FPM, calculado em nível nacional, multiplicado pela população do Município.

§ 5º A parcela dos royalties de que trata este artigo que contribuir para o valor que exceder o limite de pagamentos aos Municípios em decorrência do disposto no § 4º será transferida para o fundo especial de que trata a alínea “e” do inciso II.

§ 6º A opção dos Estados, Distrito Federal e Municípios de que trata o item 4 das alíneas “d” e “e” do inciso II poderá ser feita após conhecido o valor dos royalties e da participação especial a serem distribuídos, nos termos do regulamento.

§ 7º Os pontos de entrega às concessionárias de gás natural produzido no País serão considerados instalações de embarque e desembarque, para fins de pagamento de royalties aos Municípios afetados por essas operações, em razão do disposto na alínea “c” dos incisos I e II.” (NR)

“Art. 49-A. Os percentuais de distribuição a que se referem a alínea “b” do inciso II do art. 48 e a alínea “b” do inciso II do art. 49 serão reduzidos:

I – em dois pontos percentuais em 2013 e em cada ano subsequente até 2018, quando alcançará cinco por cento;

II – em um ponto percentual em 2019, quando alcançará o mínimo de quatro por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de quatro por cento.”

“Art. 49-B. Os percentuais de distribuição a que se referem a alínea “d” do inciso II do art. 48 e a alínea “d” do inciso II do art. 49 serão acrescidos:

I – em um ponto percentual em 2013 e em cada ano subsequente até atingir vinte e quatro por cento em 2016;

II – em um inteiro e cinco décimos de ponto percentual em 2017, quando atingirá vinte e cinco inteiros e cinco décimos por cento (25,5%);

III – em um ponto percentual em 2018, quando atingirá vinte e seis inteiros e cinco décimos (26,5%);

IV – em cinco décimos de ponto percentual em 2019, quando atingirá o máximo de vinte e sete por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de vinte e sete por cento.”

“Art. 49-C. Os percentuais de distribuição a que se referem a alínea “e” do inciso II do art. 48 e a alínea “e” do inciso II do art. 49 serão acrescidos:

I – de um ponto percentual em 2013 e em cada ano subsequente até atingir vinte e quatro por cento em 2016;

II – de um inteiro e cinco décimos de ponto percentual em 2017, quando atingirá vinte e cinco inteiros e cinco décimos por cento (25,5%);

III – um ponto percentual em 2018, quando atingirá vinte e seis inteiros e cinco décimos (26,5%);

IV – cinco décimos de ponto percentual em 2019, quando atingirá o máximo de vinte e sete por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de vinte e sete por cento.”

Esses dispositivos prevêem critérios distintos para a distribuição dos *royalties* obtidos pela incidência das duas “parcelas” estabelecidas pela Lei nº 9.478/1997. O que se dá é que esse diploma legal prevê o pagamento de *royalties* em montante corres-

pondente a 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás natural, como se infere de seu artigo 47, mas admite a redução desse percentual em até 5% (cinco por cento), tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, desde que haja previsão no edital da licitação¹.

O artigo 48 da proposta legislativa do Senado refere à “parcela” de *royalties* que não está submetida ao redutor do parágrafo 1º do artigo 47 da Lei nº 9.478/1997, incidindo, assim, sobre 5% (cinco por cento) da produção de petróleo. Quanto ao particular, a distribuição de recursos entre as unidades federadas assume, num primeiro momento, a seguinte proporção:

UNIDADES FEDERADAS	EXPLORAÇÃO EM TERRA	EXPLORAÇÃO EM MAR
União Federal	0%	20%
Estados e Municípios produtores	100%	40%
Estados e Municípios não-produtores	0%	40%

Já o artigo 49 do texto aprovado pelo Senado refere à parcela do valor do *royalty* que exceder a 5% (cinco por cento) da produção (que, conforme o caso, poderá não atingir esse percentual), propondo o seguinte critério de distribuição de recursos:

UNIDADES FEDERADAS	EXPLORAÇÃO EM TERRA	EXPLORAÇÃO EM MAR
União Federal	25%	20%
Estados e Municípios produtores	75% ²	40%
Estados e Municípios não-produtores	0%	40%

- 1 Lei 9.479. “Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo ou gás natural. § 1º Tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* deste artigo para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção”.
- 2 Quanto ao particular, foram mantidos os parâmetros originários de distribuição de recursos, previstos pelas alíneas “a”, “b” e “c” do artigo 48 da Lei nº 9.478/97, que têm a seguinte redação: “Art. 49. A parcela do valor do *royalty* que exceder a cinco por cento da produção terá a seguinte distribuição: I - quando a lavra ocorrer em terra ou em lagos, rios, ilhas fluviais e lacustres: a) cinquenta e dois inteiros e cinco décimos por cento aos Estados onde ocorrer a produção; b) quinze por cento aos Municípios onde ocorrer a produção; c) sete inteiros e cinco décimos por cento aos Municípios que sejam afetados pelas operações de embarque e desembarque de petróleo e gás natural, na forma e critério estabelecidos pela ANP”.

Essa nova proposta legislativa parece atribuir aos Estados e Municípios produtores, para a produção em mar, a mesma proporção de recursos destinada aos Estados e Municípios não-produtores. Mas essa primeira impressão é desmentida pela leitura dos artigos 49-A e 49-B, que propõem a redução gradativa das participações governamentais distribuídas a Estados e Municípios produtores pela exploração do petróleo em mar. Em 2010, essas unidades federadas perceberão apenas 26% (vinte e seis por cento) dos *royalties* incidentes sobre o petróleo extraído no mar, ao passo que os Estados e Municípios produtores passarão a receber 54% (cinquenta e quatro por cento).

Além disso, como ocorre na fixação do critério de distribuição de recursos proposto para o regime de partilha, o texto aprovado pelo Senado também prevê limites para o recebimento de recursos pelos Municípios produtores, pois o parágrafo 4º da redação proposta para o artigo 49 da Lei nº 9.478/1997 estabelece teto para a distribuição desses recursos a essas unidades federadas.

Está claro, então, que os Estados e Municípios produtores têm perdas significativas com a distribuição dos *royalties* advindos da exploração de petróleo sobre o regime de concessão; vez que, no pormenor, essa nova proposta legislativa aprovada pelo Senado avança sobre recursos que a legislação anterior lhes havia conferido, inclusive sobre as receitas auferidas pela extração desse recurso natural em poços que já se encontram em produção.

O mesmo ocorre com as participações especiais pagas pela exploração de petróleo sob o regime de concessão. Quanto ao particular, a proposta legislativa aprovada pelo Senado consigna os seguintes critérios de distribuição de recursos:

Art. 4º A Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, passa a vigorar com as seguintes novas redações para os arts. 48, 49 e 50, e com os seguintes novos arts. 49-A, 49-B, 49-C, 50-A, 50-B, 50-C, 50-D, 50-E e 50-F:

[...]

“Art. 50.
.....

§2º

I – quarenta e dois por cento à União, a ser destinado ao Fundo Social, instituído pela Lei nº 12.351, de 2010, deduzidas as parcelas destinadas aos órgãos específicos da Administração Direta da União, nos termos do regulamento do Poder Executivo;

II – trinta e quatro por cento para o Estado onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção;

III – cinco por cento para o Município onde ocorrer a produção em terra, ou confrontante com a plataforma continental onde se realizar a produção;

IV – nove inteiros e cinco décimos por cento (9,5%) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre Estados e o Distrito Federal, se for o caso, de acordo com os seguintes critérios:

- a) Os recursos serão distribuídos somente para os Estados e, se for o caso, o Distrito Federal, que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto na alínea “a” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, na alínea “a” do inciso II dos arts. 48 e 49 desta Lei, e no inciso II do § 2º deste artigo.
- b) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE, de que trata o art. 159, da Constituição;
- c) O percentual que o FPE destina aos Estados e ao Distrito Federal, se for o caso, que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto na alínea “a” será redistribuído entre os demais Estados e o Distrito Federal, se for o caso, proporcionalmente às suas participações no FPE;
- d) O Estado produtor ou confrontante, e o Distrito Federal, se for produtor, poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata este inciso, desde que não receba os recursos referidos na alínea “a”;

e) Os recursos que Estados produtores ou confrontantes, ou que Distrito Federal, se for o caso, tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista na alínea “d” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata este inciso.

V – nove inteiros e cinco décimos por cento (9,5%) para constituição de fundo especial, a ser distribuído entre os Municípios de acordo com os seguintes critérios:

- a) Os recursos serão distribuídos somente para os Municípios que não tenham recebido recursos em decorrência do disposto nas alíneas “b” e “c” dos incisos I e II, do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, nas alíneas “b” e “c” do inciso II dos arts. 48 e 49 desta Lei e no inciso III do § 2º deste artigo;
- b) O rateio dos recursos do fundo especial obedecerá às mesmas regras do rateio do FPM, de que trata o art. 159, da Constituição;
- c) O percentual que o FPM destina aos Municípios que serão excluídos do rateio dos recursos do fundo especial em decorrência do disposto na alínea “a” será redistribuído entre Municípios proporcionalmente às suas participações no FPM;
- d) O Município produtor ou confrontante poderá optar por receber os recursos do fundo especial de que trata este inciso, desde que não receba os recursos referidos na alínea “a”;
- e) Os recursos que Municípios produtores ou confrontantes tenham deixado de arrecadar em função da opção prevista na alínea “d” serão adicionados aos recursos do fundo especial de que trata este inciso.

§ 3º

§ 4º (revogado)

§ 5º A soma dos valores referentes aos royalties devidos aos Municípios nos termos dos incisos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II do art. 42-B da Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, com os royalties devidos nos termos das alíneas “b” e “c” dos incisos I e II dos arts. 48 e 49 desta Lei, com a parti-

cipação especial devida nos termos do inciso III do § 2º deste artigo, ficarão limitados ao maior dos seguintes valores:

I – os valores que o Município recebeu a título de royalties e participação especial em 2011;

II – a duas vezes o valor per-capita distribuído pelo FPM, calculado em nível nacional, multiplicado pela população do Município.

§ 6º A opção dos Estados, Distrito Federal e Municípios de que trata a alínea “d” dos incisos IV e V poderá ser feita após conhecido o valor dos royalties e da participação especial a serem distribuídos, nos termos do regulamento.

§ 7º A parcela da participação especial que contribuir para o valor que exceder o limite de pagamentos aos Municípios em decorrência do disposto no § 5º será transferida para o fundo especial de que trata o inciso V do § 2º.” (NR)

“Art. 50-A. O percentual de distribuição a que se refere o inciso I do § 2º do art. 50 será acrescido de um ponto percentual em 2013 e em cada ano subsequente até 2016, quando alcançará quarenta e seis por cento.

Parágrafo único. A partir de 2016, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de quarenta e seis por cento.

“Art. 50-B. O percentual de distribuição a que se refere o inciso II do § 2º do art. 50 será reduzido:

I – em dois pontos percentuais em 2013, quando atingirá trinta e dois por cento;

II – em três pontos percentuais em 2014 e em 2015, quando atingirá vinte e seis por cento;

III – em dois pontos percentuais em 2016, em 2017 e em 2018, quando atingirá vinte por cento.

Parágrafo único. A partir de 2018, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de vinte por cento.”

“Art. 50-C. O percentual de distribuição a que se referem o inciso III do § 2º do art. 50 será reduzido em um ponto percentual em 2019, quando atingirá quatro por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de quatro por cento.”

“Art. 50-D. O percentual de distribuição a que se refere o inciso IV do § 2º do art. 50 será acrescido:

I – em cinco décimos de ponto percentual em 2013, quando atingirá dez por cento;

II – em um ponto percentual em 2014 e em 2015, quando atingirá doze por cento;

III – em cinco décimos de ponto percentual em 2016, quando atingirá doze inteiros e cinco décimos por cento (12,5%);

IV – em um ponto percentual em 2017 e em 2018, quando atingirá quatorze inteiros e cinco décimos por cento (14,5%).

V – em cinco décimos de ponto percentual em 2019, quando atingirá quinze por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de quinze por cento.”

“Art. 50-E. O percentual de distribuição a que se refere o inciso V do § 2º do art. 50 será acrescido:

I – em cinco décimos de ponto percentual em 2013, quando atingirá dez por cento;

II – em um ponto percentual em 2014 e em 2015, quando atingirá doze por cento;

III – em cinco décimos de ponto percentual em 2016, quando atingirá doze inteiros e cinco décimos por cento (12,5%);

IV – em um ponto percentual em 2017 e em 2018, quando atingirá quatorze inteiros e cinco décimos por cento (14,5%).

V – em cinco décimos de ponto percentual em 2019, quando atingirá quinze por cento.

Parágrafo único. A partir de 2019, o percentual de distribuição a que se refere este artigo será de quinze por cento.”

Observe-se, a propósito, que, como ocorre com a distribuição de *royalties*, essa nova proposta legislativa estabelece proporção originária para distribuição de participação especial às unidades

federadas, mas prevê, na sequência, redutor das receitas distribuídas aos Estados e Municípios produtores. Em síntese, as participações especiais decorrentes da exploração de petróleo sobre o regime de concessão serão distribuídas às unidades federadas mediante a observância das seguintes proporções:

UNIDADES FEDERADAS	PROPORÇÃO ORIGINÁRIA (art. 50)	APLICAÇÃO DO REDUTOR (arts. 50-A a 50-E)
União Federal	42%	46%
Estados e Municípios produtores	39%	24%
Estados e Municípios não-produtores	19%	30%

Tal não bastasse, o Senado também prevê “limitador” para o recebimento de recursos pelos Municípios produtores, quando estabelece, na redação proposta para o parágrafo 5º do artigo 50 da Lei nº 9.478/1997, teto à distribuição desses recursos a tais unidades federadas.

São os contornos da nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República.

Esses números encontram-se consolidados nas seguintes tabelas apresentadas no parecer do Senador Vital do Rego³, do Estado da Paraíba, relator da matéria no Senado da República, que os compara com a distribuição atual de *royalties* e participações especiais a Estados e Municípios:

Tabela 1: Proposta do Substitutivo para repartição dos *royalties* de 2012 a 2020⁴

	(%)										
ROYALTIES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Total</i>	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
<i>União</i>	30	30	20	20	20	20	20	20	20	20	20
<i>Total zdos confrontantes</i>	61,25	61,25	40	38	36	34	32	29	27	26	26

3 Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/parecer_%20royalties.pdf. Acesso em: 23 out. 2011.

4 Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/parecer_%20royalties.pdf. Acesso em: 23 out. 2011. p. 17-18.

ROYALTIES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
Estados confrontantes	26,25	26,25	20	20	20	20	20	20	20	20	20
Municípios confrontantes	26,25	26,25	17	15	13	11	9	7	5	4	4
Municípios afetados	8,75	8,75	3	3	3	3	3	2	2	2	2
<i>Fundo especial</i>	8,75	8,75	40	42	44	46	48	51	53	54	54
FPM	7	7	20	21	22	23	24	25	26,50	27	27
FPM	1,75	1,75	20	21	22	23	24	25,50	26,50	27	27

Tabela 2: Proposta do Substitutivo para repartição da participação especial de 2012 a 2020⁵

(%)

ROYALTIES	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
<i>Total</i>	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
<i>União</i>	50	50	42	43	44	45	46	46	46	46	46
<i>Total dos confrontantes</i>	50	50	39	37	34	31	29	27	25	24	24
Estados confrontantes	40	40	34	32	29	26	24	22	20	20	20
Municípios confrontantes	10	10	5	5	5	5	5	5	5	4	4
Municípios afetados	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
<i>Fundo especial</i>	0	0	19	20	22	24	25	27	29	30	30
FPM	0	0	9,50	10	11	12	12,50	13,50	14,50	15	15
FPM	0	0	9,50	10	11	12	12,50	13,50	14,50	15	15

Deles se extrai, com relativa facilidade, que as unidades federadas afetadas pela exploração de petróleo, comumente designadas com Estados e Municípios produtores, passarão a receber menos *royalties* e participações especiais que as unidades federadas que não são afetadas pela exploração de petróleo, comumente designadas como Estados e Municípios não-produtores.

5 Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/parecer_%20royalties.pdf. Acesso em: 23 out. 2011. p. 18.

Quanto ao particular, o Senador Vital do Rego observa, em seu parecer, que não haverá perdas efetivas para os Estados e Municípios produtores, à consideração de que essas unidades federadas devem manter suas arrecadações atuais, em razão da previsão de aumento da produção petrolífera. Em suas próprias palavras:

“Com a maior arrecadação prevista, é possível redistribuir as receitas de forma a permitir que todos ganhem. É possível, assim, adotar uma estratégia ganha-ganha. Preferimos essa estratégia a uma em que o ganho de alguns decorre em função da perda de outros.

Considerando o aumento de arrecadação previsto, de R\$ 20,7 bilhões em 2010 para R\$ 28 bilhões em 2011, considerando somente os royalties e participação especial decorrentes da produção em mar, a redistribuição que estamos propondo permite que os Estados confrontantes venham, efetivamente, a ter ganhos já em 2012, comparativamente àquilo que receberam em 2010. Mais precisamente, os Estados confrontantes arrecadaram R\$ 7 bilhões em 2010. De acordo com as nossas projeções, sua arrecadação subirá para R\$ 7,7 bilhões em 2012. No agregado, estados e municípios confrontantes e afetados por operações de embarque e desembarque de petróleo deverão arrecadar R\$ 11,1 bilhões em 2012, praticamente os mesmos R\$ 11,4 bilhões que arrecadaram em 2010. Em 2013 a arrecadação deverá atingir R\$ 11,9 bilhões e continuar crescendo, e chegar a quase 20 bilhões em 2010.

Dessa forma, nossa proposta é que os entes produtores não percam. Pelo contrário, verão suas receitas crescerem até o final desta década. À medida que a produção – e, até 2020 deve praticamente triplicar em relação a 2010, os produtores continuarão ganhando, embora suas receitas irão crescer mais lentamente do que cresceriam se não houvesse alterações no marco regulatório”⁶.

6 Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/parecer_%20royalties.pdf. Acesso em: 23 out. 2011. p. 18-19.

Mas Sua Excelência não teve em consideração a circunstância de o aumento da produção de petróleo induzir uma elevação de mesma magnitude dos reflexos da indústria do petróleo sobre as contas públicas dos Estados e Municípios produtores e sobre o modo de vida de suas respectivas populações; o que torna as contraprestações atribuídas por essa nova proposta legislativa a essas unidades federadas insuficientes para fazer frente aos riscos e custos inerentes à atividade de exploração de petróleo.

2.3 Inconstitucionalidade dessa nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República por violação ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição

Por esse motivo, não tenho dúvidas em afirmar que os mesmos argumentos alinhavados no parecer anteriormente proferido neste processo são aplicáveis a essa nova opção político-legislativa aprovada pelo Senado da República, em especial a tese da violação ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, de que trata a consulta.

2.3.1 Opinião dos constituintes e do Supremo Tribunal Federal sobre a finalidade da regra jurídica positivada no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição

Nas últimas semanas, procurei me aprofundar nesse argumento, que se apresenta como a tese mais relevante entre as que sustentamos. De concreto, apurei que a retribuição financeira referida no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, na opinião dos constituintes (*mens legislatoris*) e na interpretação que lhe é correntemente atribuída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*mens legis*), destina-se a compensar (ou indenizar) os Estados e Municípios afetados pela exploração de recursos naturais (entre eles o petróleo) pelos reflexos dessa atividade sobre as suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações, apresentando-se, assim, como

contraprestação pelos riscos e custos inerentes ao exercício dessa atividade econômica.

Com vistas a identificar a opinião dos constituintes (*mens legislatoris*) recorri ao excelente estudo do professor Gustavo Kaercher Loureiro, da Universidade de Brasília, que discorre sobre a evolução da redação conferida ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição ao longo do processo de deliberação da Assembléia Nacional Constituinte⁷. Desse contexto, destaco as seguintes manifestações dos constituintes Prisco Viana, José Lins, José Serra, Pimenta da Veiga, Renato Johnsson e Sérgio Spada, que não deixam dúvidas de que a intenção do legislador constitucional foi compensar de alguma forma os Estados e Municípios afetados pela exploração de determinados recursos naturais:

“De fato, a Constituição em vigor deixa dúvidas quanto a esse direito dos Estados e Municípios. *O que se quer, agora, é deixar bastante claro, bem definido, que esses Estados que pagam um alto preço pela exploração de petróleo em seus territórios, tenham esta indenização*” (Prisco Viana, constituinte pelo Estado da Bahia)⁸⁻⁹.

“[...] *o que se deseja, certamente, são os royalties que a Petrobrás pagará sobre o petróleo que extrair em determinados territórios ou sobre o gás natural que explorar na costa da Bahia ou do Rio de Janeiro*” (José Lins, constituinte pelo Estado do Ceará)¹⁰⁻¹¹.

“[...] *muitos dos companheiros Constituintes que aqui estão ficam pensando no petróleo, no Município que fica pauperizado a partir da exploração de certos recursos minerais e outros, como no caso dos companheiros do Paraná, em áre-*

7 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988 – Parte IV: a Constituição de 1988*. Brasília: Unb, 2010. Disponível em: <http://www.gern.unb.br/administrator/components/com_jresearch/files/publications/Participações%20-%20Quarta%20Parte.pdf>.

8 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988 – Parte IV, cit.*, p. 13.

9 Diário da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/constituente_principal.asp>. p. 1.490.

10 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988 – Parte IV, cit.*, p. 13.

11 Diário da Assembléia Nacional Constituinte, cit., Suplemento C, de 27/01/88, p. 1.484.

as inundadas dentro de seu Estado por hidrelétricas” (José Serra, constituinte pelo Estado de São Paulo)¹²⁻¹³.

“[...] O que se pretende apenas é proteger o interesse do Município e do Estado contra uma injusta espoliação que ocorre hoje, quando suas riquezas são retiradas, não ficando ao Estado e ao Município pouco mais do que nada” (Pimenta da Veiga, constituinte pelo Estado de Minas Gerais)¹⁴⁻¹⁵.

“As unidades da Federação e os Municípios devem auferir uma renda a título de compensação pelo uso de recursos naturais para a produção de eletricidade, que frequentemente é consumida e utilizada em grande medida fora de seus limites. A emenda procura assegurar que o aproveitamento de recursos naturais beneficie efetivamente e mais amplamente as Unidades da Federação e os Municípios onde eles se localizam. Os recursos naturais integram o conjunto de fatores produtivos no qual se deve apoiar o processo de desenvolvimento econômico e social das comunidades. A receita correspondente a essa compensação propiciará recursos financeiros aos Municípios e às Unidades da Federação – para projetos de desenvolvimento – cujos recursos naturais deixam de propiciar, plenamente, os benefícios ao desenvolvimento das comunidades em que eles se localizam” (Renato Johnsson, constituinte pelo Estado do Paraná)¹⁶⁻¹⁷.

“[...] A Assembléia Nacional Constituinte, na semana passada, historicamente corrigiu uma injustiça que vinha sendo cometida há muito tempo contra Estados produtores de energia elétrica e contra Estados fornecedores de matéria prima, mais especificamente o minério. [...] ficou definido que ficará assegurada, na futura Constituição, através do seu próprio texto, uma compensação financeira pelos danos, pelos prejuízos que esses Estados, como é o caso de Paraná, de Minas Gerais, do Pará e da Bahia que perdem inúmeros quilôme-

12 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988* – Parte IV, cit., p. 14-15.

13 Diário da Assembléia Nacional Constituinte, op. cit., p. 1.488.

14 LOUREIRO, op. cit., p. 15.

15 Diário da Assembléia Nacional Constituinte, op. cit., p. 1.484.

16 LOUREIRO, op. cit., p. 17-18.

17 Diário da Assembléia Nacional Constituinte, cit., 08/03/88, p. 8.068.

tros quadrados de terra e recebem como herança as crateras pela exploração do minério” (Sérgio Spada, constituinte pelo Estado do Paraná)^{18,19}.

Sobre a interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição (*mens legis*), reporto-me aos julgamentos em que esse Tribunal Constitucional debateu a natureza jurídica da “Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais”, comumente designada como CFEN. Entre eles, destaco os dois julgados mais recentes²⁰, como forma de identificar como se manifestaram alguns dos Ministros que integram a Suprema Corte em sua composição atual.

Por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 453.025/DF, o relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, assentou que “a causa à compensação não é a propriedade do bem, pertencente exclusivamente à União, mas sim a sua exploração e o dano por ela causado”. Na ocasião, Sua Excelência foi acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Joaquim Barbosa e Eros Graus, que com ele compunham a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal²¹. Desses magistrados, apenas o Ministro Eros Graus não mais integra o Tribunal Constitucional.

Quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 381.830/DF, o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, reportou-se a esse posicionamento firmado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 453.025/DF²², e assentou que as retribuições financeiras de que trata o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição qualificam-se como indeniza-

18 LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Participações governamentais na indústria mineral e do petróleo: histórico da legislação até a Constituição de 1988* – Parte IV, cit., p. 18-19.

19 Diário da Assembléia Nacional Constituinte, cit., vol. 1, Suplemento C, p. 1.091.

20 O Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 453.025/DF, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes e julgado em 09/06/2006, e o Recurso Extraordinário nº 381.830/DF, relatado pelo Ministro Marco Aurélio e julgado em 23/08/2011.

21 Vide Extrato da Ata do Julgamento. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=369033>. Acesso em: 22 out. 2011.

22 Como se infere do Voto condutor do julgamento.

ção²³. Nessa oportunidade, o Ministro Marco Aurélio foi acompanhado pela Ministra Carmen Lúcia e pelos Ministros Dias Tóffoli e Luiz Fux²⁴, todos eles ainda integrantes do Tribunal Constitucional.

Assim, pelo menos sete Ministros dos onze que atualmente integram o Supremo Tribunal Federal já votaram no sentido de que a retribuição financeira prevista no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição destina-se a compensar (ou indenizar) os Estados e Municípios afetados pela exploração de recursos naturais pelos riscos e pelos custos inerentes a essa atividade econômica; a saber: Celso de Mello (AI 453.025-AgR/DF), Gilmar Mendes (AI 453.025-AgR/DF), Joaquim Barbosa (AI 453.025-AgR/DF), Marco Aurélio (RE 381.830/DF), Carmen Lúcia (RE 381.830/DF), Dias Tóffoli (RE 381.830/DF) e Luiz Fux (RE 381.830/DF).

2.3.2 *Sobre a aplicação desse entendimento à discussão relativa à distribuição a Estados e Municípios de royalties e participações especiais advindos da exploração do petróleo*

A tendência é que esses Ministros, que formam a maioria no Tribunal Constitucional, mantenham esse seu posicionamento quando da discussão da distribuição das participações governamentais advindas da exploração de petróleo. Até porque a Constituição disciplina a CFEN e os *royalties* de petróleo no mesmo dispositivo constitucional, qual seja: o parágrafo 1º do artigo 20. Essa circunstância foi afirmada pelo próprio Supremo

23 Como se verifica da própria ementa do julgamento, que tem o seguinte teor: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como objetivo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a chegar-se a exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente legal. COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL, RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS – NATUREZA. O que previsto no artigo 20, § 1º, da Constituição Federal não consubstancia tributo, estando alcançado pelo gênero indenização" (STF. RE 381830/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011. EMENT VOL-02587-01 PP-00051).

24 Vide Extrato da Ata do Julgamento. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627419>. Acesso em: 22 out. 2011.

Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 381.830/DF, cuja ementa relaciona o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição não apenas a CFEN, mas também as compensações financeiras pela exploração de petróleo, gás natural e recursos hídricos. Eis, em literalidade, o que consta da emenda do julgamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como objetivo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou entendimento explícito a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizada fica a conclusão sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio a chegar-se a exame de controvérsia equacionada sob o ângulo estritamente legal. *COMPENSAÇÃO FINANCEIRA – EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO, GÁS NATURAL, RECURSOS HÍDRICOS E MINERAIS – NATUREZA. O que previsto no artigo 20, § 1º, da Constituição Federal não consubstancia tributo, estando alcançado pelo gênero indenização* (STF. RE 381830/DF. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011. EMENT VOL-02587-01 PP-00051).

Destarte, não há dúvidas sobre aplicação dessa interpretação dada pelo Tribunal Constitucional ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição também ao regramento da distribuição a Estados e Municípios dos *royalties* e participações especiais decorrentes da exploração de petróleo.

2.3.3 *Incompatibilidade dessa nova opção político-legislativa aprovada pelo Senado da República com a opinião dos constituintes e do Supremo Tribunal Federal acerca da finalidade da regra jurídica positivada no parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição*

A manutenção dessa interpretação conduz à inconstitucionalidade de qualquer opção político-legislativa tendente a distribuir *royalties* e participações especiais a Estados e Municípios não-produtores. Sobretudo daquelas que se propõem a distribuir a Estados e Municípios não afetados pela exploração de petróleo (Estados e Municípios não-produtores) mais recursos do que aqueles atribuídos aos Estados e Municípios afetados pela exploração de petróleo (Estados e Municípios produtores).

Ora, não é preciso muito esforço para se chegar à conclusão de que os Estados e Municípios que não são afetados pela exploração do petróleo, comumente designados como Estados e Municípios não-produtores, não necessitam ser compensados (ou indenizados) pelos reflexos do exercício dessa atividade econômica sobre suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações. E isso pela razão simples de que, dada a sua posição geográfica, essas unidades não sofrem, como regra, prejuízo financeiro ou social com as consequências da atividade de exploração de petróleo.

O mesmo não pode ser dito dos Estados e Municípios produtores, assim qualificados porque são impactados pela indústria do petróleo, com reflexos sobre suas contas públicas e sobre o modo de vida de suas respectivas populações. Vejamos, a propósito, o exemplo da cidade de Marataízes, situada no sul do Estado do Espírito Santo, que muito se assemelha aos demais Municípios litorâneos capixabas afetados pela exploração do petróleo, e talvez à grande maioria dos Municípios produtores situados em outros Estados, pelo menos na fase inicial da instalação das plantas empresariais para a exploração desse recurso natural nas proximidades de suas praias.

Marataízes é um Município com trinta e seis mil habitantes, que fica a cento e vinte sete quilômetros de Vitória, Capital do

Estado. Por ser um Município litorâneo, parte de sua população vive da pesca, e outra parte é ocupada nos serviços que prestam suporte à indústria do turismo (hotelaria, bares, restaurantes, comércio, etc.)²⁵.

Quanto se tem em vista uma cidade com essas características, um vazamento de óleo, que não é improvável, tem a potencialidade de desagregar o funcionamento da economia local, vez que tanto a pesca quanto o turismo dependem de praias limpas. É certo que um evento dessa natureza impõe a reparação dos prejuízos ambientais e econômicos pelas empresas exploradoras. Mas até que isso ocorra o Município, com o apoio do Estado, precisará lançar mão de recursos financeiros para, de alguma forma, minimizar o sofrimento daqueles que tiveram prejudicado o seu modo de vida. E isso porque, por razões óbvias, a cidade precisa continuar funcionando, as crianças precisam continuar frequentando as escolas, os alimentos precisam continuar chegando às mesas das famílias, os serviços públicos precisam continuar sendo prestados, etc., mesmo se não houver pescados e nem turistas para gerar divisas para o setor de serviços.

Na verdade, mesmo quando se desconsidera a possibilidade de ocorrência de um acidente dessa natureza, há clara afetação das contas públicas dos Estados e Municípios produtores e do modo de vida das populações locais. Com efeito, a implantação/ampliação da indústria do petróleo induz por si só a elevação do gasto público dessas unidades federadas. Não há dúvidas de que a indústria do petróleo gera empregos. Mas não necessariamente para a população local de um Município com esse tipo de estruturação econômica. Seus trabalhadores não têm, em regra, a formação técnica necessária para ser aproveitada na atividade petrolífera e nas atividades de apoio à indústria do petróleo. Por isso o Município e o Estado precisarão investir recursos financeiros na qualificação da mão-de-obra local, com vistas a tentar minimizar o problema.

25 Informações disponíveis em: <http://www.marataizes.es.gov.br/default.asp>. Acesso em: 10 out. 2011.

Outro efeito da chegada da indústria do petróleo, ou da sua ampliação na base territorial de um Município com essas características é a elevação do custo de vida. De modo geral, os engenheiros e técnicos que trabalham na indústria do petróleo recebem salários mais altos que os rendimentos da atividade pesqueira e dos salários pagos pela indústria do turismo local. Assim, a pressão da demanda sobre o comércio local, quando conjugada a uma maior capacidade financeira dos novos residentes no Município, pode provocar um aumento nos preços dos alimentos e demais itens de consumo básico. Além disso, esses profissionais passarão a disputar moradias com os trabalhadores que compõem a mão-de-obra local, o que tem a potencialidade de induzir uma elevação dos custos dos aluguéis e dos imóveis. Com isso, parte da população local tende a ser empurrada para bairros mais afastados, gerando um problema de mobilidade urbana. Para minimizar esse problema urbanístico, o Município, com o apoio do Estado, precisará investir na construção de moradias populares, e também instituir, ou ampliar, serviços de transporte urbano. Pode ocorrer, ainda, de parte da população local vir a concentrar-se em moradias improvisadas, gerando favelização, com reflexos sobre a criminalidade; o que exigiria maiores investimentos em programas de inclusão social e maiores gastos com segurança pública.

Essas consequências são inevitáveis, e não são as únicas decorrências da implantação/ampliação da indústria do petróleo em pequenos Municípios litorâneos. Confira-se, a propósito, o exemplo da cidade de Macaé, no Estado do Rio de Janeiro, citado no seguinte trecho do Relatório elaborado pela “Comissão Especial de Análise do Projeto de Lei do Marco Regulatório do Pré-Sal” instituída no âmbito da OAB/ES:

“Exemplo disso é o município de Macaé, no Rio de Janeiro, escolhido na década de 1970 pela Petrobras para sediar suas atividades de prospecção e exploração na Bacia de Campos. Chamada de capital brasileira do petróleo, Macaé teve um aumento demográfico de 75.000 habitantes em 1980, para mais de 150.000 em 2005, possuindo 14 grandes favelas e ocupando a 815ª posição nacional do Índice de Desenvolvimento Municipal (17ª do Estado). No ano de 2006, 53% do

orçamento do município decorreram de royalties do petróleo, com os quais precisa criar 4.000 novas vagas nas escolas todo ano para novos alunos e 3.000 imóveis para acabar com as invasões”²⁶.

Sendo assim, não é lícito ao legislador, quando da distribuição das participações governamentais de que trata o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, direcioná-las também a Estados e Municípios que não são afetados pela exploração do petróleo. Se o fizer estará violando esse dispositivo constitucional, na interpretação que lhe atribui o Supremo Tribunal Federal, retratada nas manifestações de pelo menos sete Ministros dos onze que atualmente compõem o Tribunal Constitucional.

2.3.4 *Inexistência de razão válida para se abandonar a mens legislatoris do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição e para se modificar a interpretação correntemente atribuída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a esse dispositivo constitucional (mens legis)*

Mas há quem afirme, em resposta a esse argumento, que o aumento potencial da base de produção de petróleo, preordenada pela descoberta de jazidas no pré-sal, faria com que os Estados e Municípios produtores se desenvolvessem em ritmo superior ao desenvolvimento das regiões vizinhas, tendo em vista a correspondente elevação do montante das participações governamentais de que trata o parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, criando, com isso, disparidades regionais²⁷. E que tal circunstância justificaria, sob essa específica visão do problema, o abandono da *mens legislatoris* do parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição, colhida das manifestações dos constituintes sobre a finalidade desse dispositivo constitucional, e a modificação da

26 ALLEMAND, Luiz Cláudio (Coord.). *Relatório da Comissão de Análise do Projeto de Lei do Marco Regulatório do Pré-Sal*. Vitória, OAB/ES, 2010. Disponível em: http://www.oabes.org.br/arquivos/legislacao/legislacao_47.pdf. Acesso em: 02 dez. 2010. p. 26-27.

27 A propósito, cfr., por todos, a manifestação do professor Flávio Dino no II Seminário Brasileiro do Pré-Sal, realizado no Rio de Janeiro entre nos dias 11, 12 e 13 de maio de 2011.

interpretação que correntemente lhe atribui a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*mens legis*).

No entanto, é equivocada a suposição de que o crescimento projetado para a indústria do petróleo irá beneficiar apenas os Estados e Municípios produtores. E isso porque o aumento da produção petrolífera não eleva apenas a receita dos Estados e Municípios com *royalties* e participações especiais, mas também o montante de tributos arrecadados com a exploração de petróleo, com destaque para a tributação das operações correspondentes pelo ICMS.

Essa receita tributária é distribuída a todas as unidades federadas. Os Estados a auferem porque tributam pelo ICMS as operações de venda de petróleo e derivados em seus respectivos territórios; e é fato que em todos os Estados se realizam operações de venda de petróleo e derivados ao consumidor. Os Municípios, porque recebem parte do ICMS recolhido pelos seus respectivos Estados, em razão da regra estabelecida pelo inciso IV do artigo 158 da Constituição, que tem a seguinte redação:

CRFB

Art. 158. Pertencem aos Municípios:

[...]

IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

A propósito, merece ser destacado que a Constituição subtraiu dos Estados produtores (e também dos Municípios neles localizados) parcela considerável dessa receita tributária, quando instituiu a imunidade tributária de que trata a alínea “b” do inciso X do parágrafo 2º do seu artigo 155, vedando a tributação pelo ICMS das operações de saída de petróleo para outras unidades federadas. Eis a redação literal do dispositivo:

CRFB

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...]

X - não incidirá:

[...]

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

Não sobeja lembrar, a propósito, que o ICMS é tributo não-cumulativo. Como se sabe, o princípio da não-cumulatividade está assegurado, para o ICMS, por força do disposto no inciso I do parágrafo 2º do artigo 155 da Carta da República; que tem a seguinte redação:

CRFB

Art. 155 [...]

§2º. O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

Em razão da não-cumulatividade, o contribuinte fica autorizado a deduzir o imposto cobrado nas operações anteriores (que, para a hipótese, seria recolhido pelos Estados produtores) do imposto devido nas operações subsequentes, mediante creditamento. Como, no caso, não há tributação na operação anterior, dada a incidência da regra imunizante, o imposto, na prática, acaba transferido, em sua integralidade, para os Estados a que se destinam as mercadorias comercializadas.

Nesse sentido é o posicionamento pretoriano há muito consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para quem a imunidade tributária estabelecida pela aliena “b” do inciso X do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição²⁸ foi instituída apenas para efeito de evitar a tributação do petróleo pelo Estado de origem, possibilitando, com isso, que o Estado de destino proceda à cobrança do tributo em sua totalidade. É o que se infere, a título exemplificativo, do seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. ICMS. LUBRIFICANTES E COMBUSTÍVEIS LÍQUIDOS E GASOSOS, DERIVADOS DO PETRÓLEO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. IMUNIDADE DO ART. 155, § 2º, X, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. *Benefício fiscal que não foi instituído em prol do consumidor, mas do Estado de destino dos produtos em causa, ao qual caberá, em sua totalidade, o ICMS sobre eles incidente, desde a remessa até o consumo.* Conseqüente descabimento das teses da imunidade e da inconstitucionalidade dos textos legais, com que a empresa consumidora dos produtos em causa pretendeu obviar, no caso, a exigência tributária do Estado de São Paulo. Recurso conhecido, mas desprovido (STF. RE 198088/SP. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Julgamento: 17/05/2000. Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação DJ 05-09-2003 PP-00032).

Destarte, dada a incidência da não-cumulatividade, a desoneração tributária ora mencionada acaba beneficiando toda a cadeia de consumo, favorecendo, com isso, todo e qualquer Estado em cujo território se realizarem operações de circulação de petróleo e derivados (gasolina, gás natural, lubrificantes, etc.).

Assim, supondo que a Petrobrás, ou qualquer outra empresa exploradora, destine determinada quantidade do petróleo extraído no Estado do Espírito Santo, ou no Rio de Janeiro,

28 CRFB. “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X - não incidirá: [...] b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

a refinaria localizada no Estado da Bahia, não incidiria ICMS nessa operação, dada a imunidade de que trata a alínea “b” do inciso X do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição²⁹, de modo que o imposto será recolhido em sua totalidade pelo Estado da Bahia. Imaginemos, então, que o produto beneficiado seja vendido, sob a forma de gasolina, ou de óleo diesel, a uma distribuidora domiciliada no Estado do Maranhão, e que essa distribuidora apenas comercialize esses derivados de petróleo no Maranhão. Nesse caso, o Estado da Bahia ficará com o ICMS incidente sobre a primeira operação, que consiste na remessa do produto beneficiado ao Estado do Maranhão, ao passo que essa unidade federada tributará as operações seguintes, seja aquelas consistentes na remessa dos derivados de petróleo da distribuidora maranhense para postos de distribuição localizados no próprio Estado, seja aquelas referentes às vendas desses combustíveis ao consumidor final. Concebamos, por fim, que parte das vendas realizadas pela distribuidora maranhense destinem-se a postos de distribuição localizados no Estado do Piauí. Nessa hipótese, caberá a essa unidade federada tributar as operações de venda dos combustíveis ao consumidor final.

É certo que, dada a incidência da regra da não-cumulatividade, o vendedor poderá deduzir, a cada operação, o imposto anteriormente recolhido, mediante creditamento. No entanto, isso não faz com que os Estados que ficam na ponta da cadeia de consumo sejam privados de recursos financeiros advindos da tributação incidente sobre a exploração e comercialização do petróleo. É que essa atividade, como qualquer outra atividade empresarial, visa à obtenção de lucro, o que faz com que, em cada operação, o vendedor agregue valor ao produto comercializado, majorando-lhe ao preço de venda.

29 CRFB. “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; [...] § 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: [...] X - não incidirá: [...] b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica”.

Com isso, todos Estados acabam contemplados com receitas tributárias advindas da exploração do petróleo³⁰, sendo que a medida da sua participação nesses recursos corresponde ao seu consumo interno de derivados de petróleo³¹. Também os Municípios são beneficiados, nesse contexto, dada a previsão constitucional de distribuição aos Municípios das receitas tributárias dos Estados decorrentes da incidência do ICMS, dantes referida.

Tanto essa receita tributária quanto os *royalties* e participações especiais decorrentes da exploração do petróleo são calculados pela aplicação de percentual (alíquota) sobre o resultado da exploração do petróleo. Por isso, um aumento na produção do petróleo faz com que se ampliem, na mesma medida, não apenas a receita com *royalties* e participações especiais, mas também a receita tributária dos Estados e Municípios.

Desse modo, se forem mantidas as bases atuais da distribuição dos recursos advindos da exploração de petróleo às unidades federadas, Estados e Municípios produtores e não-produtores de petróleo acabam beneficiados na mesma medida, e em idêntica proporção, pela ampliação dos níveis da atividade petrolífera.

Por esse motivo, não se justifica a modificação da interpretação correntemente atribuída pelo Supremo Tribunal Federal ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição (no sentido de que a retribuição financeira paga a Estados e Municípios tem por finalidade compensar ou indenizar as unidades federadas afetadas pela exploração de petróleo pelos reflexos do exercício dessa

30 Inclusive os Estados produtores, que participam da tributação pelo ICMS dos derivados de petróleo vendidos em seus mercados internos, com resultados financeiros para os seus Municípios, sejam eles produtores ou não-produtores de petróleo. Se o legislador constitucional não houvesse instituído a imunidade tributária de que trata a alínea "b" do inciso X do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição, essas unidades federadas teriam uma substancial arrecadação de receitas com esse tributo, pois é inegável a sua perda financeira na primeira operação, que consiste na remessa do petróleo a outros Estados, para beneficiamento, ou da remessa do óleo beneficiado para outros Estados, para consumo, precisamente porque aos Estados produtores, em uma ou outra circunstância, é vetado tributar as saídas de petróleo e derivados a outras unidades federadas.

31 Não sobeja lembrar, a propósito, que parte considerável desses recursos acaba distribuída em função de decisões empresariais, relativas aos locais onde serão instaladas refinarias de petróleo explorado no País, vez que as unidades federadas que sediam essas plantas produtivas ficam com o ICMS incidente sobre as saídas do petróleo dos Estados produtores (que não podem tributar essas operações, dada a imunidade de que trata o inciso X do parágrafo 2º do artigo 155 da Constituição) e sobre as operações subsequentes realizadas em seu território, como a transferência do petróleo beneficiado para as distribuidoras e também para os postos combustíveis.

atividade econômica nas suas contas públicas e no modo de vida de suas respectivas populações), o que impede a distribuição desses recursos a Estados e Municípios que não são afetados pela exploração de petróleo. Disso decorre a inconstitucionalidade dessa nova proposta legislativa aprovada pelo Senado da República (que destina parte considerável das participações governamentais advindas da exploração de petróleo a Estados e Municípios que não são afetados por essa atividade econômica), por ofensa ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição.

2.4 Considerações finais

Por oportuno, informo que continuo estudando o tema, com vistas ao aprofundamento dos demais argumentos expostos no parecer anteriormente proferido neste processo (ofensa ao princípio da isonomia, ao princípio federativo e ao princípio da segurança jurídica) e à investigação da pertinência da sua aplicação ao novo texto proposto pelo Senado da República.

3 Conclusão

Pelo exposto, tendo em vista o posicionamento firmado pelos constituintes por ocasião das deliberações tendentes à construção do texto do dispositivo constitucional analisado e a interpretação que correntemente lhe é atribuída pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, concluo pela inconstitucionalidade dessa nova opção político-legislativa aprovada pelo Senado da República, por ofensa ao parágrafo 1º do artigo 20 da Constituição.

Vitória, 23 de outubro de 2010.

2.3

LICITAÇÃO, MORALIDADE E BOA-FÉ ADMINISTRATIVA

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA

PROCESSO: 42927668. Parecer: SCA/PGE nº 747/2009. Origem: SESA/Hospital São Lucas. Interessado: UT Manutenção.

SUMÁRIO: 1 O problema. 2 A metodologia de exame. 3 A eficácia do princípio constitucional da moralidade administrativa. 4 A eficácia do princípio constitucional da boa-fé diante da administração pública. 5 A aplicabilidade dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da boa-fé no âmbito do devido processo legal licitatório. 6 As repercussões jurídicas das condutas praticadas pelos licitantes, no caso em exame. 7 Proposições conclusivas.

1 O problema

Cuida-se de análise jurídica de procedimento de licitação, na modalidade pregão, com a finalidade de contratação de sociedade empresária para a manutenção preventiva e corretiva de aparelhos hospitalares, consoante se infere dos autos do processo em exame.

Aduz o órgão consulente que o procedimento licitatório teve curso normal e selecionou, como proposta mais vantajosa, o menor preço ofertado pela sociedade empresária Odontotec. Posteriormente, a aludida sociedade empresária foi inabilitada, por não apresentar atestado de capacidade técnica demonstrando a execução anterior de serviços de natureza semelhante àqueles pretendidos pela Administração Pública, nos termos exigidos pelo edital.

Nesse contexto, foi convocada a segunda colocada, ou seja, a sociedade empresária Hospimed, a quem foi adjudicado o objeto da licitação.

Nada obstante, informa o órgão consulente que ambas as sociedades empresárias aludidas possuem como administrador a mesma pessoa natural, que também é detentora da maioria

das cotas dos respectivos capitais sociais das licitantes. Destaca, ainda, que o outro sócio minoritário da sociedade empresária Hospimed foi representante da sociedade empresária Odontotec no certame licitatório em análise.

Em razão desses fatos, indaga o órgão consulente a respeito da possibilidade de contratação da licitante vencedora, na hipótese vertente (fl. 233).

É o relatório, no essencial. Passo a opinar.

Vale reiterar que a análise desta PGE se restringe ao caráter jurídico do procedimento licitatório, não sendo considerados os aspectos técnicos ou econômicos da avença, aspectos esses que se presumem terem sido apreciados pelos órgãos técnicos competentes para tanto (art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93, em combinação com o art. 3º, inc. VII, da Lei Complementar Estadual nº 88/96).

2 A metodologia de exame

O exame da temática em análise passa pela investigação da eficácia dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da boa-fé administrativa, a aplicabilidade dos aludidos princípios no âmbito do devido processo legal licitatório, assim como as repercussões jurídicas das condutas praticadas pelos licitantes, no caso em exame, ofertando-se, ao final, proposições conclusivas.

3 A eficácia do princípio constitucional da moralidade administrativa

O Estado brasileiro vem passando por diversas transformações nos últimos anos, em especial no campo da Economia, da Política e da Administração Pública, o que exige do Direito um acompanhamento normativo adequado a essas novas realidades sociais. Neste contexto, a efetivação do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*) supõe, além da legalidade dos atos e condutas estatais, a legitimidade dos comportamentos do Poder Público.

Essa legitimidade deve ser entendida como o atendimento substancial dos interesses da sociedade, colhidos de maneira direta ou indireta no meio social (CR/88, art. 1º, p. único), e sempre com base em escolhas públicas racionais fundadas, dentre outros valores, na ética e na moral¹.

Destarte, diversos mecanismos fundados na moralidade (CR/88, art. 5º, LXIII c/c art. 37, *caput*) vêm sendo implementados na realidade jurídica e política do Brasil, em especial nos últimos anos. Com efeito, dentre essas medidas, vale destacar, para o presente exame, as medidas moralizantes de natureza objetiva, voltadas para as condutas estatais, como a prudência na realização dos gastos públicos², incluindo-se, neste contexto, a licitação, enquanto instrumento de contenção da discricionariedade do administrador público na seleção de parceiros contratuais do Estado, em vista da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (CR/88, art. 37, XXI).

Com efeito, sendo a coisa pública (CR/88, art. 1º, *caput*), portanto, de todos os membros da sociedade, não parece lícito que as contratações administrativas do Estado sejam efetivadas sem atenção aos princípios jurídicos que informam as atividades do Poder Público, notadamente os princípios republicano,

1 Nas abalizadas ponderações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao dissecar a noção de Estado Democrático de Direito: [...] A definição do Estado como Democrático e de Direito (art. 1º da Constituição) pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens de referência ética: a ético-política e a ético-jurídica. À ordem ético-política corresponde o conceito de legitimidade e à ordem ético-jurídica, o conceito de legalidade". MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 5.

2 Vale citar o exemplo da Lei Complementar nº 101/2000, sendo a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal, cujo objetivo é o equilíbrio na gestão dos recursos públicos, o que pressupõe a prudência na realização das receitas e despesas públicas, mediante a ação estatal planejada e transparente, em que se previnem riscos e se corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, na forma do seu art. 1º, par. 1º. Neste contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma, com razão, a positividade, no mencionado texto legal, do denominado princípio da prudência fiscal, que nada mais é do que a concretização, em matéria de responsabilidade fiscal, do princípio da moralidade administrativa. No magistério do citado autor: "No Estado de Direito iniciou-se um lento, mas irreversível, percurso de resgate da licitude, como parâmetro ético imponível à Administração; um conceito hoje presente em vários dispositivos constitucionais brasileiros, entre os quais um genérico, que institui o princípio da moralidade na administração pública, como um *standart* comportamental a se exigir do administrador efetivamente comprometido com a boa administração da coisa pública [...]. Mas no Estado Democrático de Direito vai-se mais adiante nesse mesmo caminho e se define, ainda com maior precisão e vigor, um princípio de prudência fiscal, que vem a ser um *standart* comportamental a ser observado pelo administrador financeiro diante de riscos na administração dos dinheiros públicos [...]. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Considerações sobre a lei de responsabilidade fiscal*: finanças públicas democráticas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 62.

da moralidade administrativa e da boa-fé nas relações firmadas entre o particular e a Administração Pública³.

Nessa ordem de ideias, o princípio da moralidade administrativa tem sido objeto de preocupações tanto da doutrina clássica quanto da contemporânea, dada a sua relevância para o desenvolvimento legal e legítimo das atividades administrativas do Estado, inclusive os procedimentos licitatórios e respectivas contratações administrativas.

Consoante destaca Francisco Bilac Moreira Pinto, foram as nefastas repercussões sociais da corrupção política, voltada para o atendimento de interesses particulares diversos dos interesses públicos, que fez surgir a necessidade de se elevar a moralidade administrativa ao patamar de postulado fundamental do Estado contemporâneo⁴.

Hely Lopes Meirelles, por seu turno, o elege como verdadeiro pressuposto de validade da atividade pública estatal, sob pena de ilegitimidade dos atos e negócios públicos⁵.

De outra parte, Caio Tácito, averbando que o desvio ético coincide com a própria história da humanidade, destaca como diretrizes do princípio da moralidade administrativa o dever de boa administração, a garantia dos bons costumes e o dever de

3 Pela pertinência, vale mencionar o entendimento do E. STF, proferido na Pet 3270/SC, Relator Min. Celso de Mello que, fazendo alusão ao magistério doutrinário de João Barbalho, assentou a incompatibilidade de privilégios irrazoáveis com o princípio republicano. Confira-se: [...] *A evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, analisada na perspectiva da outorga da prerrogativa de foro, demonstra que as sucessivas Constituições de nosso País, notadamente a partir de 1891, têm se distanciado, no plano institucional, de um modelo verdadeiramente republicano. Na realidade, as Constituições republicanas do Brasil não têm sido capazes de refletir, em plenitude, as premissas que dão consistência doutrinária, que imprimem significação ética e que conferem substância política ao princípio republicano, que se revela essencialmente incompatível com tratamentos diferenciados, fundados em ideações e em práticas de poder que exaltam, sem razão e sem qualquer suporte constitucional legitimador, privilégios de ordem pessoal ou de caráter funcional, culminando por afetar a integridade de um valor fundamental à própria configuração da idéia republicana, que se orienta pelo vetor axiológico da igualdade. Dai a afirmação incontestável de JOÃO BARBALHO (Constituição Federal Brasileira. Brasília, 1992. p. 303 – 304.), que associa, à autoridade de seus comentários, a experiência de membro da primeira Assembléia Constituinte da República, de Senador da República e de Ministro do Supremo Tribunal Federal: “Não há, perante a lei republicana, grandes nem pequenos, senhores nem vassallos, patricios nem plebeus, ricos nem pobres, fortes nem fracos, porque a todos irmana e nivela o direito [...]” (destaquei) Nada pode autorizar o desequilíbrio entre os cidadãos da República. Nada deve justificar a outorga de tratamento seletivo que vise a dispensar determinados privilégios, ainda que de índole funcional, a certos agentes públicos, especialmente quando a lei é editada com propósitos casuísticos e estranhos aos fins autorizados pelo princípio republicano. (destaques no original).*

4 PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 73.

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84.

equidade no confronto entre o interesse público e o interesse dos administrados⁶.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que o princípio da moralidade se traduz num aspecto específico do princípio da licitude, sendo certo também que, enquanto a moral comum se orienta por critérios puramente éticos (o bem e o mal), a moral administrativa é informada por uma distinção prática (boa e má administração), incorrendo o administrador público em imoralidade administrativa quando se utiliza de seus poderes funcionais para alcançar resultados diferentes do interesse público que deveria atender⁷.

Nesse passo, ensina Marcelo Figueiredo, em abalizado estudo específico sobre o tema, que o princípio da moralidade administrativa comporta, ao menos, três fases evolutivas, sejam elas, a moralidade encarada como elemento interno da legalidade; a moralidade como controle da liberdade (discricionariedade) do administrador, com o desenvolvimento da teoria dos motivos determinantes, e a moralidade como direito público subjetivo de natureza constitucional dos cidadãos⁸.

Odete Medauar, preocupada com a efetividade do princípio da moralidade, destaca que a verificação da imoralidade administrativa deve ocorrer no contexto em que a decisão administrativa é tomada, devendo-se verificar se o ato praticado discrepa das regras de conduta extraídas da disciplina jurídica da Administração Pública⁹.

Em sede jurisprudencial, o E. STF já teve a oportunidade de afirmar que qualquer conduta estatal deve ser fundada no princípio da moralidade administrativa, núcleo central balizador da vedação ao estabelecimento de privilégios incompatíveis com a eficiência que se espera do Poder Público¹⁰.

6 TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres, moralidade administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 71. v. 3.

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 93 - 94.

8 FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle da moralidade na Constituição*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 86.

9 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 153.

10 [...] A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. ADI 2.661-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.08.02.

Nesse sentido, além da necessária observância do princípio da moralidade nas condutas administrativas, consoante entende o E. STF, mister se faz o tratamento neutro e objetivo aos administrados que se encontrem na mesma situação fática e jurídica, como forma de realização do princípio da impessoalidade¹¹.

Por conseguinte, o princípio da moralidade, na perspectiva subjetiva, traduz-se no dever de honestidade do administrador enquanto agente público, ao passo que, na perspectiva objetiva, corresponde ao dever de boa Administração Pública imposto ao administrador público. E, neste contexto, o E. STF tem reputado inválidas as atividades - públicas e privadas - com interesse e repercussão direta nas atividades administrativas estatais, que não se coadunem com o princípio em exame¹².

11 [...] O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (Revista de Direito Administrativo, v. 55, p.114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. MI 58, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.04.91.

12 Segundo o E. STF, viola o princípio da moralidade o exercício da advocacia por Diretor-Geral de Tribunal Regional Eleitoral. Da mesma forma, o exercício da advocacia por assessor de Desembargador. Confira-se: [...] Diretor-geral de Tribunal Regional Eleitoral. Exercício da advocacia. Incompatibilidade. Nulidade dos atos praticados. Violação aos princípios da moralidade e do devido processo legal (*fair trial*). Acórdão recorrido cassado. Retorno dos autos para novo julgamento. RE 464.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 14-2-06, DJ de 30-6-06. [...] Bacharel em Direito que exerce o cargo de assessor de desembargador: incompatibilidade para o exercício da advocacia. Lei 4.215, de 1963, artigos 83 e 84. Lei 8.906/94, art. 28, IV. Inocorrência de ofensa ao art. 5º, XIII, que deve ser interpretado em consonância com o art. 22, XVI, da Constituição Federal, e com o princípio da moralidade administrativa imposto à Administração Pública (CF, art. 37, *caput*). RE 199.088, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 1º-10-96, DJ de 16-4-99). [...] Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. ADI 3.026, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 8-6-06, DJ de 29.09.06. Da mesma forma, consoante entende que já entendeu a Suprema Corte, afronta os princípios da impessoalidade, moralidade e responsabilidade nos gastos públicos a previsão de subsídio vitalício a ex-governador e seu cônjuge em caso de falecimento. Confira-se: [...] Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda constitucional n. 35, de 20 de dezembro de 2006, da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. Acréscimo do art. 29-A, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição sul-mato-grossense. Instituição de subsídio mensal e vitalício aos ex-Governadores daquele Estado, de natureza idêntica ao percebido pelo atual chefe do Poder Executivo estadual. Garantia de pensão ao cônjuge supérstite, na metade do valor percebido em vida pelo titular. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público. Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, *caput*, 25, § 1º, 37, *caput* e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República). Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. ADI 3.853, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 12-9-07, DJ de 26-10-07.

Logo, qualquer atividade administrativa estatal, notadamente os procedimentos licitatórios e as contratações da Administração Pública, devem se coadunar com o princípio da moralidade administrativa, sob pena de invalidade da atuação do Poder Público, seja atuando isoladamente, seja com a participação da iniciativa privada.

Como decorrência do princípio da moralidade na condução dos processos administrativos e das contratações estatais, merece destaque, em especial, o princípio constitucional da boa-fé diante da Administração Pública.

4 A eficácia do princípio constitucional da boa-fé diante da administração pública

No ponto, parece oportuno trazer algumas considerações a respeito da temática do princípio da boa-fé e seu relacionamento com as licitações e os contratos da Administração Pública, constante de obra específica de nossa autoria sobre as licitações e contratações da Administração Pública¹³.

Destarte, integra o conhecimento imemorial e convencional que todas as condutas dos homens em sociedade devem ser informadas pela boa-fé, sendo pacífica a ideia de que esse substrato ético geral de comportamento deve orientar todas as relações jurídicas, inclusive aquelas em que o Estado seja parte. A ideia se reforça ainda mais com o movimento contemporâneo denominado pós-positivismo jurídico que, dentre as suas características gerais, destaca a indispensável reaproximação entre a Ética e o Direito.

Em termos gerais, a boa-fé contratual pode ser conceituada como a intenção e o padrão de comportamento objetivamente esperados do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato. Essa intenção e comportamento devem ser, sempre, fundados na lealdade, na prudência, na

13 Ver nosso SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 179 - 214.

honestidade e na obrigação de cooperação recíprocas que deve existir na relação jurídica contratual.

Neste passo, a boa-fé contratual sempre foi concebida como um princípio geral do Direito, permeando, orientando e integrando as relações jurídicas contratualizadas, regidas pelo Direito Público ou pelo Direito Privado. Por tal razão, sempre esteve implícita no ordenamento jurídico brasileiro, como verdadeiro instituto de correção.

Não obstante isso, o estudo da boa-fé contratual no Direito brasileiro foi empreendido, com maior vigor, pelos civilistas e, classicamente, voltado para o seu aspecto subjetivo, ou seja, para a pesquisa da intenção ou vontade do agente na formação, celebração e execução do contrato.

Ressalte-se que a mesma preocupação com o aspecto subjetivo da boa-fé na relação contratual se fez presente no que tange aos contratos da Administração Pública. Esta perspectiva fundamentalmente subjetiva do exame da boa-fé se justificava tendo em vista a sistemática vertente liberal e individualista do (hoje revogado) Código Civil de 1916, sede da teoria geral dos contratos e referência normativa e integrativa para os contratos da Administração Pública, sempre que houvesse lacuna no tratamento jurídico especial dos citados contratos.

Todavia, com a massificação e despersonalização das relações jurídicas contratuais, fruto, em especial, da industrialização, da globalização e da revolução das tecnologias, se tornou muito difícil a pesquisa casuística da intenção do agente (boa-fé subjetiva) em cada um dos milhares de contratos firmados na sociedade, inclusive naqueles em que o Estado fosse parte.

Daí, pois, a necessidade de se estabelecer parâmetros objetivos contratuais comportamentais, exigíveis em qualquer relação jurídica contratual, pública ou privada, independentemente da pesquisa da intenção das partes contratantes. Surge, por conseguinte, a noção de boa-fé objetiva, como padrão de comportamento legitimamente esperado do homem médio da sociedade, quando da celebração e execução de um contrato, independentemente da sua intenção e vontade.

Destarte, a doutrina aponta como marcos legislativos infra-constitucionais da boa-fé contratual objetiva no Direito brasilei-

ro o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e o Código Civil brasileiro de 2002. No Direito Administrativo pátrio, merece destaque, em especial, as Leis nº 9784/99, art. 2º, p. único, IV c/c art. 54, a contrário senso, em combinação com a Lei nº 11.079/2004, art. 4º e a Lei nº 8.666/93, art. 59.

Assim, a doutrina costuma dividir o exame da boa-fé em subjetiva e objetiva. Em linhas gerais, a boa-fé subjetiva corresponde à pesquisa da intenção do sujeito quando da prática e execução de determinado contrato. Noutro passo, a boa-fé objetiva dispensa o exame da vontade do sujeito, investigando-se o padrão de comportamento que era objetivamente esperado quando da celebração e execução de certo contrato, independente - repita-se - da pesquisa da vontade do agente.

Nesse contexto, em busca de uma ética solidarista nas relações contratuais, abre-se um expressivo leque de funções do princípio da boa-fé, seja funcionando como princípio de interpretação e integração do contrato, quer operando como princípio criador de obrigações jurídicas aos contratantes, seja, ainda, como parâmetro de limitação do exercício de posições jurídicas na relação contratual.

É certo, também, que estas perspectivas funcionais da boa-fé contratual (vetor de interpretação e integração contratual, norma criadora de obrigações contratuais de lealdade, transparência, clareza e cooperação e, ainda, norma de limitação de posições jurídicas de vantagem no contrato) não atuam isoladamente e de maneira estanque, mas sim em conjunto sistemático e complementar, fazendo parte do amplo conteúdo de limites e possibilidades normativas do princípio em exame. É mais: em relação à função criadora de obrigações exercida pelo princípio da boa-fé, com especial importância para o presente exame, destaque-se, desde logo, a impossibilidade fática e jurídica de exaurimento da previsão dessas obrigações no instrumento contratual, por mais preventivas e proativas que fossem as partes do negócio jurídico.

Por tal razão, a doutrina costuma falar em obrigações ou deveres instrumentais, diluídos em conceitos jurídicos indeterminados, mas determináveis diante da complexa realidade contratual sobre os quais incidem, na hipótese concreta e específica de cada relação contratualizada.

Do que foi brevemente exposto, parece-me possível sustentar que as premissas normativas e teóricas acima lançadas são aplicáveis aos contratos da Administração Pública.

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

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

Em terceiro lugar, porque as premissas normativas e doutrinárias destacadas em nada conflitam com o regime jurídico dos contratos da Administração Pública. Ao revés, não se pode conceber uma parceria contratual do Estado que não seja informada pela boa-fé, destacando-se, em especial, as respectivas obrigações especiais de lealdade, prudência, honestidade e cooperação recíprocas que devem existir na relação jurídica contratual administrativa. Em quarto lugar, como adiantado acima, na ausência de tratamento normativo específico da boa-fé nas parcerias contratuais do Estado, a própria ordenação contratual administrativa se socorre da disciplina do Direito Privado.

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

Não obstante as considerações gerais supramencionadas e que integram o conhecimento convencional sobre o tema, parece-me possível sustentar, como adiantado acima, à luz do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que a boa-fé, tanto no seu aspecto subjetivo quanto na sua vertente objetiva, pode ser extraída diretamente do sistema constitucional presente na Constituição da República de 1988.

Sob o ponto de vista constitucional, a boa-fé pode ser considerada como elemento normativo do subprincípio da segurança das relações jurídicas, que, por seu turno, decorre do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*). Assim, o subprincípio da segurança das relações jurídicas, consoante se infere da doutrina e jurisprudência que cuidaram do tema, comportaria uma abordagem sob os aspectos objetivo e subjetivo.

O aspecto objetivo corresponde à intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CR/88, art. 5º, XXXVI), ao passo que o aspecto subjetivo estaria relacionado à boa-fé e à proteção da confiança.

Essa boa-fé que implicitamente decorre da Constituição da República de 1988 diz respeito tanto ao seu aspecto subjetivo quanto o objetivo, por força do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, na linha do efeito expansivo e irradiante das normas constitucionais sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, como tem ressaltado os constitucionalistas e publicistas contemporâneos.

Ainda que assim não fosse, a doutrina também vislumbra o princípio da boa-fé como uma decorrência lógica dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, que constituem, respectivamente, fundamento e objetivo primordial da República federativa do Brasil (CR/88, art. 1º, III c/c art. 3º, I).

Significa dizer que, com o movimento contemporâneo de constitucionalização do Direito, mais do que a inserção de normas no texto constitucional, firma-se a ideia geral de que a legitimidade de qualquer norma, negócio ou ato jurídico passa pelo filtro axiológico da sua prévia conformação ao sistema de normas, valores e objetivos consagrados pela CR/88.

Assim, a legitimidade instrumental do contrato, enquanto relevante instrumento da Ordem Econômica, em busca da efetividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, supõe que o seu conteúdo seja a síntese e a expressão dos valores, objetivos e normas que a CR/88 fixou como relevantes. Ademais, a boa-fé pode ser considerada, ainda, como elemento nuclear indissociável do princípio constitucional da moralidade administrativa (CR/88, art. 37, *caput*), pois não se pode falar em

moralidade nas condutas do Estado sem se passar, necessariamente, pelo exame da boa ou má-fé comportamental do agente público e privado parceiro do Estado.

Nessa ordem de ideias, a boa-fé contratual, que decorre diretamente do sistema da Constituição da República de 1988, deve expandir e irradiar os seus efeitos normativos por todos os contratos, inclusive aqueles em que o Estado seja parte, orientando a sua formação, execução, interpretação, integração e extinção. Daí, pois, a sua relevância enquanto parâmetro de conformação das licitações e dos contratos da Administração Pública.

Fixadas essas premissas, passa-se, no item seguinte, a examinar a aplicabilidade dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da boa-fé no âmbito do devido processo legal licitatório.

5 A aplicabilidade dos princípios constitucionais da moralidade administrativa e da boa-fé no âmbito do devido processo legal licitatório

Desde logo, vale frisar ser inadmissível a realização e conclusão de um processo licitatório – e celebração do subsequente contrato – sem que essa processualidade licitatória esteja indissociavelmente conexa, dentre outros, aos princípios constitucionais da moralidade e da boa-fé administrativa. É dizer que fora das bases normativas e das pautas valorativas fixadas pelos princípios jurídicos aludidos não se pode falar em devido processo legal licitatório.

Nesse sentido, é certo que a Constituição da República de 1988 consagrou expressamente, ao lado do princípio do devido processo legal jurisdicional, um outro, desenvolvido no âmbito da atividade administrativa do Estado, denominado devido processo legal administrativo¹⁴.

¹⁴ Em certa oportunidade, já assentou o E. STF: [...] Princípios constitucionais: CF, art. 37: seu cumprimento faz-se num devido processo legal, vale dizer, num processo disciplinado por normas legais. Fora daí, tem-se violação à ordem pública, considerada esta em termos de ordem jurídico-constitucional, jurídico-administrativa e jurídico-processual. Pet 2.066-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 28.02.03.

O princípio do devido processo legal administrativo aqui examinado abrange a expressão em seu sentido amplo, de modo a abrigar o princípio tanto em seu sentido material – *substantive due process of law* – quanto em sua perspectiva instrumental – *procedural due process of law*. Significa dizer que a legitimidade do devido processo legal administrativo, ou seja, do processo administrativo licitatório, pressupõe um procedimento consentâneo com as diretrizes normativas fixadas na Constituição da República de 1988 e com o marco regulatório infraconstitucional aplicável às licitações e contratos da Administração Pública, alcançando-se, ao final, resultado razoável e proporcional decorrente da atividade licitatória do Estado.

A expressar esse entendimento, basta um breve e perfunctório exame da norma constante do art. 3º da Lei nº 8666/93, ao averbar que a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, obtida a partir de um procedimento seletivo pautado, especialmente, nos princípios da moralidade administrativa e da boa-fé.

É dizer que, do exame sistemático e teleológico da lei geral de licitações e contratações da Administração Pública, verifica-se um conjunto normativo destinado à efetividade dos princípios da moralidade e boa-fé administrativa, seja na vedação de tratamentos licitatórios diferenciados e injustificáveis (Lei nº 8.666/93, art. 3º), seja na proibição de tratamentos favorecidos no adimplemento de obrigações econômicas decorrentes das licitações e contratos da Administração Pública (Lei nº 8.666/93, art. 5º, *caput*), seja na proibição de participação no certame licitatório de agentes e entidades que possam comprometer a lisura do procedimento (Lei nº 8.666/93, art. 9º), seja na responsabilização solidária dos agentes públicos e privados em razão de danos gerados em razão de abuso do poder econômico por meio da prática de superfaturamento (Lei nº 8666/93, art. 25, par. 2º), seja, ainda, no dever de indenizar o contratado em caso de invalidade da licitação e da contratação já executada, total ou parcialmente, sem que o parceiro privado tenha dado causa à nulidade (Lei nº 8.666/93, art. 59).

Feito esse breve panorama normativo, doutrinário e jurisprudencial, vale conferir, no item seguinte, as repercussões jurídicas das condutas praticadas pelos licitantes, no caso em exame.

6 As repercussões jurídicas das condutas praticadas pelos licitantes, no caso em exame

Consoante as informações prestadas pelo órgão consulente, devidamente corroboradas pelos documentos e informações constantes dos autos, percebe-se, de maneira incontroversa, o ajuste empresarial entre as sociedades empresárias do mesmo grupo econômico, visando à obtenção de vantagem indevida em procedimento licitatório, em prejuízo ao interesse público.

Com efeito, o exame dos autos revela um conjunto de condutas das sociedades empresárias aludidas – onde a maioria das cotas societárias, de ambas licitantes, pertence à mesma pessoa natural – voltadas para a frustração da competitividade no procedimento licitatório em tela.

Em primeiro lugar, pela apresentação, por uma das sociedades empresárias (Odontotec), ainda na fase interna do certame, de orçamento para a estimativa do valor da contratação, em patamares muito superiores àqueles praticados no mercado, com o notório intuito de elevar artificialmente os preços dos serviços a serem contratados, em prejuízo da Administração Pública e da sociedade como um todo (fls. 37, 54 e 66). Tanto é assim que, por ocasião da participação na licitação, ofertou proposta dentro dos parâmetros fixados no edital (fl. 160).

Em segundo lugar, pela apresentação de atestado de capacidade técnica, ao que tudo indica, propositadamente irregular, o que gerou a sua inabilitação. E assim nos parece, na medida em que a atestação técnica apresentada é substancialmente idêntica àquela ofertada pela sociedade empresária que se consagrou vencedora, com o mesmo conteúdo textual, com a mesma formatação, embora distintos pelo defeito gerador da inabilitação, na medida em que expedido em nome do profissional e não da sociedade empresária, sem constar, também, os serviços específicos pretendidos pelo órgão consulente (Odontotec). Assim, foi apresentado atestado praticamente idêntico pela licitante vencedora, do mesmo grupo econômico (Hospimed), consoante se infere dos autos (fls. 172 e 217).

Em terceiro lugar, verifica-se que o outro sócio minoritário da sociedade empresária Hospimed foi representante da sociedade empresária Odontotec no certame licitatório em análise (fl. 198).

Frise-se, também, que ambas as licitantes firmaram, expressamente, a inexistência de fato superveniente impeditivo da participação no certame licitatório em tela (fls. 165 e 195).

Em quarto lugar, como consequência do ajuste verificado dos autos, ambas as sociedades empresárias formularam propostas de preços praticamente uniformes (fl. 223).

Nessa ordem de ideias, as condutas descritas nos autos violam flagrantemente os princípios jurídicos da moralidade e da boa-fé administrativa, posto que direcionadas à frustração do caráter competitividade do procedimento licitatório, demonstrando flagrante deslealdade das sociedades empresárias aludidas no relacionamento com a Administração Pública promotora do certame, aproveitando-se da proteção do sistema constitucional e legal conferida às pequenas sociedades empresárias, em desrespeito direto à própria Constituição da República de 1988, à função social da empresa e ao sistema infraconstitucional de licitações e contratações administrativas (CR/88, art. 37, *caput* c/c art. 170, III e IX c/c Lei nº 8666/93, art. 3º c/c Lei nº 10.520/2002, art. 7º c/c LC nº 123/2006).

No mesmo contexto, ao que parece, constata-se, inclusive, a realização dos ilícitos criminais previstos nos arts. 90 e 93, ambos da Lei nº 8.666/93.

Além disso, verifica-se que as condutas empreendidas pelas sociedades empresárias licitantes constituem práticas abusivas do poder econômico, consubstanciadas em falseamento e prejuízo à livre concorrência, concretizadas na fixação de preços dos serviços, em acordo com concorrente, na adoção de conduta comercial uniforme ou concertada na licitação, na combinação de preços em procedimento licitatório, além do aumento excessivo, sem justa causa, dos preços dos serviços oferecidos como estimativa à Administração Pública (Lei nº 8884/94, art. 20, I c/c art. 21, I, II, VIII, XXIV).

Todas essas infrações, inclusive, demonstram, também, violação, pelas sociedades empresárias, dos subitens 13.1 “h”, 20.5 e 23.2, todos do edital regente do presente procedimento licitatório, o que não se pode admitir.

7 Proposições conclusivas

Assim, podem ser alinhadas as seguintes proposições conclusivas:

- 1) Não é possível firmar o contrato na hipótese em exame, tendo em vista a manifesta invalidade do procedimento licitatório, por flagrante vício de constitucionalidade e legalidade, notadamente por violação aos princípios da moralidade administrativa, da boa-fé administrativa e da competitividade, em manifesta contrariedade ao sistema constitucional e legal regente das licitações e contratações da Administração Pública.
- 2) Recomendo a instauração do devido processo legal administrativo visando à apuração das responsabilidades das sociedades empresárias envolvidas, oportunizando-se o contraditório e a ampla defesa, com vistas à aplicação das penalidades cabíveis, nos termos do sistema constitucional e legal regente das licitações e contratações da Administração Pública e do edital de licitação disciplinador do certame.
- 3) Uma vez comprovada a responsabilidade das sociedades empresárias envolvidas, deve o órgão consulente quantificar os prejuízos causados ao Estado pela invalidação do procedimento licitatório, enviando os autos ao crivo da Douta Subprocuradoria do Contencioso Judicial – SCJ – para o exame da viabilidade de propositura da ação ordinária com pedido indenizatório pertinente.
- 4) Recomendo a remessa de cópia integral dos presentes autos ao Douto Ministério Público do Estado do Espírito Santo, tendo em vista a configuração possível de ilícitos criminais sujeitos à ação penal pública incondicionada, nos termos do art. 100 da Lei nº 8666/93.
- 5) Recomendo a remessa de cópia integral dos presentes autos à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE, tendo em vista a possível configura-

ção de infrações à ordem econômica, nos termos do art.
30 da Lei nº 8.884/94.

É o que me parece, s.m.j.

Vitória, 27 de maio de 2009.

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA
Procurador do Estado

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha onde se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
--

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica, etc.

Todo trabalho será passível de revisão linguística, formal e metodológica, pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em consequência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.