

Volume 12

ISSN 1808-897 X

Revista da
Procuradoria Geral
do Estado do Espírito Santo

A. M. Villa Fontes

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

ISSN 1808-897 X

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

v. 12, n. 12, 1º/2º sem. 2012



Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO
Rodrigo Marques de Abreu Júdice

COMISSÃO EDITORIAL

DIRETOR RESPONSÁVEL
Anderson Sant'Ana Pedra

MEMBROS
Adriano Frisso Rabelo
Bruno Colodetti
Horácio Augusto Mendes de Sousa
Rafael Induzzi Drews

EQUIPE TÉCNICA
Claudia de Oliveira Barros Feitosa
Fernanda de Barros Coutinho
Renato Heitor Santoro Moreira

EQUIPE DE PRODUÇÃO:
Revisão: Tríade Comunicação
Projeto gráfico: Contemporânea
Capa: Anna Maria Villa Forte
Editoração: Bios
Impressão: Gráfica e Editora JEP Ltda

Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo.
Vitória: PGE/ES, 2012. Semestral.

ISSN: 1808-897 X

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

CDD: 340

Tiragem: 800 exemplares

Exemplares desta publicação podem ser solicitados à:

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

Av. N. S. da Penha, 1590, 8º and. – Barro Vermelho

29.057-590 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

Anderson Sant'Ana Pedra

PROCURADOR DO ESTADO

CHEFE DO CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS

SUMÁRIO

Apresentação	9
Editorial.....	11
1 DOCTRINA	
1.1 Democracia e contrapoderes.....	15
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	
1.2 Licitações sustentáveis e o fim inadiável da miopia temporal na avaliação das propostas	51
<i>Juarez Freitas</i>	
1.3 Imprescritibilidade da pretensão ressarcitória do Estado e patrimônio público.....	71
<i>José dos Santos Carvalho Filho</i>	
1.4 Novos rumos das parcerias do Estado para muito além da proposta economicamente mais vantajosa: a licitação, o contrato e o convênio como instrumentos do fomento ao desenvolvimento socioeconômico estadual e o exame da juridicidade da fixação nos editais de licitações para obras e serviços da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em situação de conflito com a lei.....	85
<i>Horácio Augusto Mendes de Sousa</i>	
1.5 <i>Royalties</i> de petróleo e segurança jurídica.....	135
<i>Claudio Penedo Madureira</i>	
1.6 Convênio administrativo: seleção de projetos e entidades privadas.....	163
<i>Pericles Ferreira de Almeida</i>	
1.7 As relações entre Direito Internacional e Direito Interno: panorama e crítica de uma interminável polêmica doutrinária	189
<i>Jasson Hibner Amaral</i>	
1.8 O ISS sobre os serviços notariais, registrais e cartorários e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn nº 3089.....	225
<i>Gabriela Milbratz Fiorot</i>	
1.9 Prequestionamento e causa decidida: desfazendo mitos.....	259
<i>Bernardo Câmara</i>	
1.10 Controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais: a interpretação constitucional fora das Cortes de Justiça	283
<i>Marianna Montebello Willeman</i>	

1.11 A regulação estatal na sociedade de riscos.....	327
<i>Sérgio Guerra</i>	
1.12 O mínimo existencial e a capacidade contributiva: a justiça distributiva da perspectiva Rawlsiana e as necessidades básicas sobre o mínimo imune a tributos	357
<i>Julio Pinheiro Faro</i>	
<i>Marcelo Sant'anna Vieira Gomes</i>	
1.13 Ineficiência da Justiça Federal.....	381
<i>Reis Friede</i>	
1.14 Impossibilidade de comissão parlamentar de inquérito conduzir coercitivamente testemunhas e advogados para prestar depoimentos. Indispensabilidade de decisão judicial.....	383
<i>Flávio de Araújo Willeman</i>	
1.15 Dos fundamentos axiológicos dos modelos probatórios (clássico, moderno e contemporâneo).....	409
<i>Eduardo Cunha da Costa</i>	

2 PARECERES

2.1 Alteração do contrato administrativo: questões sobre seu limite legal.....	447
<i>Pericles Ferreira de Almeida</i>	
2.2 A criação de conselhos populares como forma de gestão descentralizada e participativa das políticas públicas no Brasil.....	467
<i>Ricardo Benetti Fernandes Moça</i>	

ANEXO

Normas para publicação.....	475
-----------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo chega a sua 12ª edição num momento decisivo para toda a população capixaba. Ao final de 2012, vemos se aproximar ameaças ao Estado que certamente demandarão de sua advocacia pública esforço intelectual redobrado para garantir a defesa dos interesses da nossa sociedade. Refiro-me, aqui, especificamente, aos projetos recentemente aprovados no Congresso Nacional que levarão à perda de receitas com o Fundo de Desenvolvimento das Atividades Portuárias (Fundap) e com os *royalties* do petróleo. Em ambos os casos, caberá à Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES), por meio de seus procuradores, elaborar teses que impeçam ou minimizem prejuízos de ordem econômica, que poderão subtrair de nosso Estado aquilo que lhe é garantido constitucionalmente.

Todavia, o cenário de 2012 também apresentou aspectos positivos à advocacia pública. Esse foi o ano em que a PGE-ES conseguiu preencher todo o seu quadro de procuradores, com a nomeação de mais 20 colegas aprovados no concurso de 2008. Ainda em 2012, a PGE-ES conquistou novas instalações, permitindo aos seus 120 procuradores do Estado condições de trabalho compatíveis com a importância de suas atividades para o governo e para a sociedade. Por fim, neste mesmo ano, a Procuradoria iniciou a assunção dos serviços jurídicos das autarquias do Governo do Estado, conforme prevê o artigo 132 da Constituição Federal e a Lei Complementar 88/96.

Não custa lembrar o sempre proclamado artigo 132 (CF) para demonstrar que o “desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República (...) operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado”. (ADI 881-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-8-93, DJ de 25-4-97).

Como já disse em outras ocasiões, essa exclusiva atividade funcional garantida pela Constituição Federal não deve, sob pena de transformar-se num simulacro sedicioso, ser exercida apenas formalmente. Não basta ao procurador do Estado dizer “pode” ou

“não pode” às demandas judiciais ou administrativas que lhe são postas. Sua atividade detém o *poder-dever* de alcançar soluções para a implementação de atividades públicas que possam ser efetivadas do modo mais rápido e menos oneroso possível.

A nós, procuradores do Estado, portanto, cabe a tarefa indelegável de defender o ente federado, atribuição que não comporta compartilhamento com outra carreira que não seja aquela que o constituinte definiu, em 1988, como a única, exclusiva e apta a assumir a consultoria e defesa do erário estadual.

Nesse contexto, o Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) da PGE-ES traz mais uma seleção de artigos e pareceres altamente qualificados, produzidos por procuradores, juristas, professores e advogados do Espírito Santo e de outros Estados da Federação. E é com muita satisfação e orgulho que eu, ora estando no cargo de procurador-geral do Estado, ofereço à comunidade jurídica trabalhos técnicos e científicos que certamente servirão como referência para muitos que, como nós, abraçaram o Direito como profissão de vida e fé.

Finalizando, aproveito a oportunidade para prestar minhas homenagens a todos os procuradores do Estado, aqueles que ocupam chefia ou não, em especial ao procurador-chefe do CEI, Anderson Sant’Ana Pedra e toda a sua equipe, pelo brilhante trabalho de organização dessa Revista da PGE-ES. Não poderia deixar de mencionar também os subprocuradores-gerais Lívio Oliveira Ramalho e Luciana Merçon Vieira, e a gerente-geral Juliana Paiva Faleiro, colegas que enaltecem a garra da advocacia pública, transformando-a em uma realidade perene e entusiástica de debates jurídicos do mais alto nível, bem como pragmáticos, possibilitando ao Estado do Espírito Santo segurança jurídica na implementação de suas políticas públicas.

Por último, meu agradecimento ao governador Renato Casagrande, político que ao longo de sua história pública notabilizou-se pela veia social e humanista. E hoje, como chefe do Executivo, consegue unir as qualidades de gestor profícuo e político democrata, sem perder a autoridade e o respeito do povo capixaba. A ele todo o meu agradecimento pelas conquistas da PGE-ES.

Rodrigo Marques de Abreu Júdice

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EDITORIAL

Quinze artigos científicos e dois pareceres, tudo isso escrito por advogados, magistrados, professores, procuradores, mestrandos, mestres, doutores e pós-doutores de todas as partes do Brasil. Assim chegamos ao 12º volume da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (PGE-ES).

A participação dos procuradores de Estado da PGE-ES, neste volume, foi bastante representativa (cinco artigos e um parecer). Tiveram seus trabalhos selecionados os procuradores Horácio Augusto Mendes de Souza, Cláudio Penedo Madureira, Pericles Ferreira de Almeida, Jasson Hibner Amaral e Gabriela Milbratz Fiorotz.

Vale destacar que, para este número, mais de 30 trabalhos foram apresentados ao Centro de Estudos e Informações Jurídicas (CEI) da PGE-ES para concorrerem à publicação. Todos com altíssimo nível técnico e intelectual, o que tornou o trabalho de seleção ainda mais difícil que nos números anteriores. Essa é a prova cabal de que os operadores do Direito estão cada vez mais preocupados em produzir peças de qualidade, que contribuam intelectualmente para o exercício da advocacia pública.

A publicação de mais esse volume da Revista da PGE-ES deve-se, também, ao trabalho incansável de toda a equipe do CEI, à qual faço questão de citar aqui, nominalmente: Alexandre Batista, Cláudia de Oliveira Barros Feitosa, Fernanda de Barros Coutinho e Karolina Gabriela Marques Gonçalves. Sem o trabalho desses colaboradores, pouco ou quase nada teríamos feito.

Por fim, espero que todos os nossos leitores desfrutem desse material que ora apresentamos e que, para o próximo número, possamos ter um número ainda maior de artigos e pareceres para publicar, cumprindo assim o papel de difundir o conhecimento.

Boa leitura a todos!

Anderson Sant'Ana Pedra

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

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



1

DOCTRINA

1.1

DEMOCRACIA E CONTRAPODERES*

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO**

SUMÁRIO: 1 Sociedade, Poder e Estado. 2 Emergem os contrapoderes. 3 Os contrapoderes nas sociedades pós-modernas. 4 Os contrapoderes e o direito contemporâneo. 5 Juridicizando os contrapoderes. 6 A importância das funções neutrais como canais contemporâneos de expressão da democracia. 7 Conclusão: globalização da democracia.

Mesmo a mais avançada e requintada Ordem Jurídica que se logre instituir para assegurar a distribuição de justiça a um povo não será suficiente para prevenir desordens, surtos de violência e explosivas manifestações populares se não estiver dotada dos adequados meios democráticos, que assegurem o emprego de permanentes, eficientes e suficientes canais de comunicação institucionais abertos aos cidadãos, de modo a levarem os seus interesses, insatisfações, indignações, reivindicações e revoltas aos órgãos do Estado para que lhes deem resposta.

O que há de comum entre os recentes movimentos de massa registrados em vários países da Europa, da Ásia, do mundo islâmico e da América Latina está na insuficiência desses, cada vez mais necessários, canais de comunicação e de institucionalização de demandas, substancialmente democráticos, neutrais e apartidários, para, diante das manifestações de contrapode-

* Este estudo, dedicado a MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, reinserido em edição especial da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, da qual foi ele destacado Diretor, é merecida homenagem à sua saudosa memória e por feliz iniciativa da Procuradora-Geral LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES. É um preito de admiração da Casa, com a qual tanto contribuiu com seu talento e dedicação, à sua brilhante trajetória de vida como Procurador, Professor universitário e autor de obras jurídicas, não obstante truncada em pleno zênite, tão produtiva e qualificada, que impressiona mesmo a quem com ele teve a ventura de conviver e trabalhar muito proximamente, quase como um pai espiritual, como se sente o autor deste artigo. Não obstante, serão as suas magníficas qualidades como pessoa, o seu caráter reto, a sua enraizada fidelidade aos amigos, o seu coleguismo, a sua ardorosa dedicação aos discípulos, o seu imenso amor ao trabalho e o seu autêntico e lúcido patriotismo, entre tantas outras virtudes que o adornaram, as lembranças mais fortes e emocionantes que ele nos deixou, como permanente exemplo e precioso legado de sua vida.

** Bacharelado e Doutorado em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Especializado pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor Titular da cadeira de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes – UCAM, do Rio de Janeiro. Professor Emérito da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ. Professor Conferencista em várias instituições acadêmicas no Brasil e no exterior como, entre outras, a *Universidad Complutense de Madrid*, a *American University*, e o *European Center of Public Law*.

res, garantir ao povo a preciosa liberdade de acesso aberto e dialógico aos órgãos de decisão do Estado.

1 Sociedade, Poder e Estado

A *sociedade*, agregação dinâmica de indivíduos da mesma espécie, é um fenômeno natural e, como tal, uma derivação de instintos de todo ser vivo: associado ao da sobrevivência e da reprodução, o *instinto gregário*, que o ser humano compartilha com os demais seres vivos.

Nessa recíproca dependência, própria da agregação natural instintiva, o homem encontra não apenas o meio elementar para lhe facilitar a satisfação de suas *necessidades primárias*, que são a de sobreviver como indivíduo e a de sobreviver como espécie, como ainda o meio propício para a satisfação de incontáveis *necessidades derivadas* – em diversificado rol que não cessa de ampliar-se em função da cultura e da civilização –, aspecto este que marca sua dupla realização individual: como *pessoa* e como *membro da sociedade* a que pertence.

O *poder*, fenômeno social conatural ao homem,¹ está presente em todas as suas manifestações gregárias, como o grande protagonista da História, construindo culturas e civilizações e as destruindo, atuando necessariamente como um instrumento, mas, por vezes, servindo perversamente como fim em si mesmo, mas sempre, em suma, como a *energia que move a sociedade*.

No sentido sociológico, o poder é uma *relação social assimétrica*, na qual a *vontade* de um indivíduo ou de um grupo demonstra capacidade de influenciar ou determinar o comportamento de outro indivíduo ou de outros grupos.

Como se pode deduzir desses conceitos, trata-se de uma *manifestação espontânea* em qualquer sociedade humana, que tem lugar ao se travarem *relações sociais assimétricas*, tanto entre indivíduos, como entre indivíduos e grupo e entre grupos, ou, dito em outros termos, quando o potencial de influência de

1 Assim o consideram, entre seus mais renomados monografistas, Bertrand Russell, Nicolas Timasheff, Max Weber e Maurice Hauriou (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 54, nota nº 143).

uma parte sobre a outra se revele de tal modo suficiente para lhe induzir efetivamente o comportamento.

Não obstante, o estudo do poder, embora se tratando de “*um dos mais velhos fenômenos das emoções humanas*”,² mencionado em clássicos, como em Maquiavel, Hobbes, Locke e Montesquieu, só começou a ser trabalhado cientificamente a partir do século XIX, na obra seminal de Ludwig Von Gumplowicz.³

Ainda assim, o foi com sua ênfase preferentemente focalizada sobre a *expressão política* – então a mais conhecida, por ser a específica modalidade à qual se imputam os efeitos das relações assimétricas no que concerne à *direção da sociedade*⁴ –, pois o estudo do poder tem negligenciado o tratamento teórico de suas demais expressões, como notadamente o são a social e a econômica, igualmente importantes, até mesmo por também se projetarem sobre o campo político.⁵

Com sua origem coletiva nas interações sociais, a percepção das relações de poder é a que se sobressai em suas manifestações concentradas para a *direção do grupo*: de início, tribal e religiosa, para, com o tempo, institucionalizar-se como *modalidade política*, que se consolidaria, a partir de então, em *estruturas de poder organizadas*, que evoluiriam desde os primitivos patriarcados aos reinos da Antiguidade, passando pela singularidade do Império Romano e pelas organizações feudais, até se concentrar, com o Renascimento, na modalidade institucional moderna e difundida do *Estado*.

Mas nem pelo fato de haver gerado, nessa longa evolução, tantas específicas modalidades de organizações cratológicas, o conceito de poder, *por ser sempre um produto de toda a sociedade*, não se cingiu a essas históricas *expressões políticas*, de sorte que é necessário que a sua teoria geral se estenda ao estudo de quaisquer *expressões* em que esse fenômeno se manifeste, tais como a *religiosa*, a *militar*, a *econômica* etc., pois o

2 Observação de Adolf A. Berle em seu estudo *Power*. New York: Harcourt, Brace & World Inc..

3 GUMFLOWICZ, Ludwig von. *Die soziologische staatsidee*. Graz: Leuschner & Lubensky, 1892.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. (única monografia em língua portuguesa sobre o tema).

5 “*Todavia, não obstante quase um século transcorrido desde Gumplowicz, o estudo integral do poder continua a ser um desafio. Sua bibliografia não abarca todo o fenômeno em toda sua riqueza teórica, ressentindo-se da falta de um esforço de unidade sistemática...*” (MOREIRA NETO, op. cit., p. 38).

poder político é gerado nas interações que se processam entre todas elas.

É a própria História a nos evidenciar que até nas mais fechadas e absolutas modalidades tirânicas de concentração de poder político sempre *remanesce o poder latente* na sociedade, que, mesmo oprimido e sufocado, lá restará, pronto a reverter qualquer dominação, por mais feroz que se apresente, aguardando apenas a oportunidade de se manifestar e de reflorescer.

Assim, mesmo dominadas e duramente reprimidas, sempre haverá em quaisquer sociedades as manifestações desse poder latente, eventualmente externadas em demonstrações de insatisfação, de rebeldias e de revolta, que provavelmente eclodirão sempre que indivíduos ou grupos se convencerem de que compensa o sacrifício de arrostar as armas do poder instituído dominante para reconquistar as liberdades perdidas.

Enfim, a semente da liberdade jamais morre no coração dos homens, senão que neles por vezes dormita, aguardando a sua primavera, de sorte que o arbítrio do poder incontido só logrará subsistir se houver um mínimo crítico de aceitação dos que estão a ele sujeitos, pois até a mais brutal das ditaduras só sobreviverá enquanto as sociedades se mostrarem complacentes com a tirania que lhes for imposta e não despertarem de seu letargo.

Todavia, até o século XVIII, essas maravilhosas rebeldias, levantes e revoltas fatalmente se chocariam com velhos mitos... barreiras milenares que protegiam as instituições vigentes –, que, por tantas eras, sustentariam a *concentração absoluta* do poder político, um fenômeno que, mais tarde, a lucidez de Carl Schmitt viria a explicar como resíduos secularizados de conceitos teológicos,⁶ que impregnavam a dominação política de uma intocável *sacralidade do poder*, como era então reputada.

Tratava-se de considerações brotadas da meditação de cunho religioso sobre qual deveria ser a *missão fundamental* do poder nas sociedades humanas, já que, por muito tempo, se o

6 *Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe* (Todos os conceitos significantes da doutrina moderna do Estado são conceitos teológicos secularizados. N/ tradução). SCHMITT, Carl. *Politische theologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 43).

considerava como exclusivo atributo da Divindade, uma vez que somente ela possuiria em sua essência o poder absoluto sobre todas as coisas (*omni potestas dei*), do qual as manifestações humanas seriam nada mais que reflexos e, os cetros reais, meras outorgas temporais (*omni potentatui dominans*).⁷

Assim foi que, pioneiramente, viria a caber a Hobbes, no século XVII, produzir o primeiro sistema moderno de Filosofia Política,⁸ no qual tais crenças passaram a ser revistas, de modo que, a partir de seu pensamento, fincaram-se os fundamentos da doutrina que prosperaria no século seguinte, produzindo as *três grandes revoluções liberais*, que se tornariam as fontes conceituais das manifestações do poder estatal moderno, a saber: a revolução inglesa, consolidando a independência do poder legislativo, atribuído aos Parlamentos; a revolução americana, consolidando a do poder judiciário, atribuído em sua cúpula às Cortes Supremas; e a revolução francesa, consolidando a do poder executivo, como atribuição das Administrações Públicas.

Ao descaracterizar o mito da sacralidade do poder, Hobbes reafirmava a *sociedade* como a *fonte autônoma e natural do poder*, com isso, definindo a *natureza derivada e artificial* de sua expressão estatal organizada, e deduzindo que a *legitimidade do poder político* haveria de repousar na *representação* como o instrumento que garantiria a presença, ainda que de modo indireto, da *vontade da sociedade* na estrutura decisória do Estado.⁹

Estavam abertas as portas para a expansão das ideias liberais no século XVIII, com seus grandes próceres, destacadamente John Locke e Adam Smith, para acrescentar um novo rol de valores a partir do *individualismo* como a nova corrente de ideias que, revivida no Renascimento, logo amadureceria com o reconhecimento das *inatas liberdades do homem* e, em consequência, de seus *direitos fundamentais*.

7 Livro de Ester, XIV.

8 HOBBS, Thomas. *The Leviathan (Leviathan or the matter, forme and power of a common wealth ecclesiastical and civil)*. 1651.

9 E essa função no Estado, própria dos parlamentares, distinguiria estes como *agentes da sociedade na estrutura do Estado* e não como meros *agentes do Estado*, um tema que hoje ressurgiu, com grande atualidade, na atualíssima categorização funcional de *agentes neutrais no Estado*.

Desde então, esses novos valores seriam entronizados como necessários fundamentos de uma *ordem espontânea da sociedade* e, por esse motivo, inviolável por qualquer *ordem artificial politicamente imposta*, daí derivarem-se os conceitos políticos, hoje comezinhos, de *governo limitado*, de *Estado de Direito* e de *constitucionalismo*, que prosperariam em distintos institutos liberais, que, difundidos, assentariam os atuais *fundamentos juspolíticos do poder*.¹⁰

2 Emergem os contrapoderes

Nas sociedades submetidas às modalidades fechadas, tirânicas e absolutas de *concentração* de poder político, qualquer expressão de *insatisfação* em face do regime político a que estavam sujeitas era vista como insuportável rebeldia ou revolta a ser justamente sufocada antes que se disseminasse. Esse, o modelo dominante na Antiguidade, com a áurea exceção da Atenas de Péricles, permaneceria por todo o Medievo e pelos primeiros séculos da Modernidade, até que ganhassem plena expressão os valores do liberalismo.

Com efeito, ainda não seriam suficientes todas as arbitrariedades, as intermináveis injustiças e o sofrimento de incontáveis vítimas dos regimes absolutistas para abalar o avelhantado sistema de classes, de estamentos e de privilégios do *ancien regime*... Haveria de ser necessário que a consciência da superioridade natural da pessoa humana e de seus valores sobre quaisquer outras ideias e realizações artificialmente engendradas inspirasse e produzisse *revoluções*, inovando alternativas de poder capazes de reverter o sistema piramidal dominante, de tal sorte que as pessoas, ao retomarem o gozo de suas liberdades inatas, reconquistassem os poderes de *escolha política*: em suma, se transformassem de súditos em cidadãos.

Indubitavelmente, a mera insatisfação e até mesmo uma eventual oposição aberta tinham sido incapazes de operar es-

10 DUMONT, Louis. *O individualismo: uma perspectiva antropológica da sociedade moderna* (Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p. 38-39) desenvolve interessante afirmação de se tratar de um valor caracteristicamente ocidental e, por isso, fundante das sociedades modernas.

sas mudanças no monolítico sistema de poder político tradicional de corte autoritário, sem que se possibilitasse uma suficiente mobilização de corações e mentes através do aperfeiçoamento da *comunicação social*; portanto, desde a imprensa de Guttemberg, evoluindo aceleradamente até o acesso popular aos meios eletrônicos, que proporcionam hoje a *informação* sem limites e sem fronteiras; tudo afirmando a *consciência do coletivo* e a convicção de que, não obstante, subsistam tantas diferenças entre os povos e entre os indivíduos, somos todos elementarmente iguais e igualmente dignos: o que nos identifica como *pessoas*.

Esses valores — que eventualmente podem também mover a insatisfação e a revolta — geram um tipo de *poder espontâneo* na sociedade, obviamente de natureza distinta e mais fraco do que o *poder institucionalizado* concentrado nos Estados, mas, ainda assim, dadas as circunstâncias, com potencialidade de a este se opor e até de, eventualmente, sobre ele prevalecer.

É o que nos mostra a História e, recentemente, se tem repetido, como no Egito, com a derrubada da ditadura de Hosny Mubarak, e na Líbia, a da prolongada tirania de Muammar Kadafi, iniciando um dominó de insatisfação, como obra desse poder anônimo e difuso, que prossegue sua propagação — identificando a primavera islâmica — a outras autocracias de que está povoada essa vasta área, que vai do Magrebe às fronteiras do subcontinente indiano.

É, portanto, essa espontânea percepção da maravilhosa peculiaridade de nossa própria natureza capaz de gerar uma íntima certeza, de fácil difusão, de que a vida em sociedade e, nela, a plena realização individual se assentam sobre um binômio de valores aparentemente antagônicos, mas intimamente intercausais, que precisam ser absorvidos e vividos intensamente, não importando a que custo: a *liberdade* e a *solidariedade*. A *liberdade* a realçar a singularidade de sermos individualmente diferentes e aptos a escolher o que pretendemos para nossas vidas com ela interagindo, e a *solidariedade* a ressaltar nossa complexa dependência da sociedade para que efetivamente a logremos com plenitude.

Como fiel entre esses dois valores, oscilando historicamente entre ambos — mas presente onde quer que se agrupem seres

humanos — situa-se o *Direito*, que, mesmo variando no espaço e no tempo sob inúmeros aspectos, contém um núcleo essencial e inalterável que lhe é imanente e inviolável: os *direitos humanos*.

E é ainda a Mestra História a nos ensinar que o *progresso político*, obtido tantas vezes com imenso sacrifício de vidas humanas, avança muito lentamente, de vitória em vitória, e o vem novamente comprovar com o momentoso exemplo de nossos dias, da referida primavera islâmica, em pleno curso na região mais densamente dominada por autocracias de todo gênero; tudo a demonstrar que sempre é possível aluir as bases seculares do poder concentrado de antigas e novas autocracias a partir da *comunicação* com sua capacidade de se diversificar e de gerar espécies de poder próprios¹¹, potencializando as insatisfações, disseminando valores e acenando com a inesperada e venturosa eventualidade de se ver resgatados para a democracia mais da metade dos países do mundo, ainda no albor deste vigésimo primeiro século.

Cabe, como adequado encerramento e remate desta apresentação vestibular, uma complementação, que se segue, na qual se adentrará um pouco mais no intrigante tema pós-moderno dos *contrapoderes*, confiando à pena de Manuel Castells, acima lembrado em nota, a síntese parcial do que já foi exposto nesta tersa observação: “*Em última análise, só o poder da sociedade civil global, atuando sobre a mentalidade pública por via da mídia e das redes de comunicação, poderá eventualmente superar a inércia histórica dos Estados-nação e assim levá-los a aceitar a realidade de seu poder limitado em troca de incremento de sua legitimidade e eficiência*”.¹²

3 Os contrapoderes nas sociedades pós-modernas

Uma vez reconhecida a incontestante prelazia do *homem* — seja individual ou coletivamente considerado — sobre todas as

11 Manuel Castells sustenta que, com as atuais redes digitais de comunicação, a análise das relações de poder requer uma nova abordagem das formas e dos processos da comunicação, hoje amplamente socializados, notadamente em razão das redes horizontais de participação, que produzem o fenômeno que denomina de *autocomunicação de massa* (*mass self-communication*). CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 4).

12 *Ibid.*, p. 42.

suas criações, o que inclui todas as instituições estatais e legais por ele produzidas, tem-se, a partir daí, fundamentado o conceito de *Estado de Direito*, tal como desenvolvido na Modernidade, ou seja, entendido, o *Direito*, como uma *exclusiva e soberana expressão da vontade estatal*, ainda que dissociado da *legitimidade*, bastando tão somente ao Estado observar a *legalidade*, ou seja, respeitar a *lei* que ele próprio edita, sintetizada no brocardo *patere legem quam fecisti*.

A injustiça e desacerto da aceitação dessa onímoda e ilimitada sujeição, costumeiramente ignorada ou encoberta nos clássicos manuais teóricos, só se veio a patentear no curso do século vinte, muito em razão dos holocaustos bélicos, que alcançaram escala mundial, impostos por esses “Estados de Direito” a sociedades passivas e inermes. Era um processo que (*hélas! à quelque chose malheur est bon...*) concorreria, afinal, para robustecer o conceito de *legitimidade democrática*, referida ao próprio Direito, como ideia da força nascida das catástrofes produzidas sob o signo do mito da legalidade, que acobertava tiranos e ditadores, que logo floresceria com a constitucionalização do *Estado Democrático de Direito*, ironicamente, um movimento iniciado nos países que haviam sido os mais sacrificados por seus próprios regimes autocráticos...

Implícita, portanto, nessa significativa evolução – que, partindo do poder estatal *sem sujeição*, passaria pelo poder estatal *sujeito não mais que à própria lei*, para chegar hoje ao poder estatal *sujeito à lei e ao Direito* – está a robusta emergência dessa nova ideia-força: a de que as *sociedades humanas*, independentemente de estarem organizadas sob o tradicional modelo renascentista de *Estados nacionais* (ou até, em certos casos, plurinacionais), devem desfrutar de um *espaço público* que lhes é próprio e inerente, sobre o qual as interferências estatais só serão *legítimas* se democraticamente consentidas.

É, portanto, nesse *espaço público não estatal*, de extrema complexidade e surpreendente dimensão nas sociedades pós-modernas, que continuamente medram modalidades espontâneas de *poder societal*, passando a interagir com o *poder estatal* estabelecido, para exercer crítica, influência e pressão, eventualmente em confronto com posições oficiais de seus órgãos, daí

a denominação genérica, que se lhes confere, de *contrapoderes sociais* ou, mais simplesmente, de *contrapoderes*, como vem sendo empregada pelos pensadores da atualidade

Esse cenário de complexidade e de expansão interagindo nas sociedades pós-modernas, assim como as intrigantes perplexidades que estão causando, leva a que conspícuas mentes acadêmicas constantemente a ele se refiram como uma *arena de desafios*, tal como exposto na visão de Ulrich Beck¹³ e de Patrick Lagadec¹⁴, ao denominá-las *sociedades* e *Estados de risco*, considerando, particularmente, não apenas a multiplicação como o agravamento de *perigos* de toda sorte nelas incessantemente gerados, tais como ambientais, sanitários, econômicos, sociais e, por certo, mais agudamente, os políticos, ameaçando permanentemente as sempre frágeis conquistas da *paz* e da *democracia* e, não raramente, enfrentados em escala global.

É na complicada confluência de tantos e diversificados *riscos*, que se potencializam quando acumulados — como é particularmente o caso dos *riscos sociais* ao agravar os *políticos* e vice-versa — que as matérias veiculadas frequentemente pela imprensa, bem como os amudados estudos continuamente produzidos nas áreas das ciências humanas, debruçam-se sobre essas *manifestações públicas*, organizadas ou semiorganizadas, como, indistintamente, o são as promovidas por *associações privadas* que se ocupam de interesses públicos, por *grupos de pressão*, por órgãos da *imprensa* escrita, falada, televisiva, por *grupos estruturados na internet*, ou por quaisquer modalidades de demonstrações ostensivas de *opinião pública* e, de modo destacado, aquelas *manifestações*, cada vez mais veementes, dos *movimentos de massa em reivindicação e protesto*.

Está-se, enfim, diante de um conjunto de fenômenos — classificados genericamente como *expressões de contrapoderes sociais* — que presenciamos eclodir, ganhar força e se expandir, impulsionados pela espantosa intensidade da *comunicação social* em nossos dias.

13 BECK, Ulrich. *Risk society: towards a new modernity* (Sociedade do risco). Londres: Sage, 1992.

14 LAGADEC, Patrick. *La civilisation du risque: catastrophes technologiques et responsabilité sociale*. Paris: Seuil, collection « *Science ouverte* », 1981, e LAGADEC, Patrick ; GUILHOU, Xavier. *La fin du risque zéro*. Paris: Eyrolles Société - Les Echos Éditions, 2002.

Note-se que algumas das mais antigas dessas manifestações – como as de *movimentos reivindicantes e de protesto* – já de há muito se encontram devidamente contidas e disciplinadas sob padrões jurídicos aceitáveis, muito embora, por vezes, possam ser até desconfortáveis para a sociedade, como, servindo de exemplo, a *greve*, que é uma bem sucedida *canalização jurídica* de manifestações coletivas de setores organizados de empregados e, da mesma forma, podendo ser mencionadas outras experiências de *juridicização* exitosa de reivindicações e de protestos públicos, como as que geraram instituições como as de *ombudsmen*, de auditores, de centrais de reclamação obrigatórias e de congêneres, cuja missão é, em suma, de filtrá-los e encaminhá-los à decisão processualizada dos órgãos competentes da estrutura do Estado.

A institucionalização faz sentido, pois esses *movimentos* populares, que, observadamente, vêm se amiudando nas sociedades contemporâneas, se forem *ordeiros e pacíficos*, podem ser úteis para ecoar construtivamente os *protestos e reivindicações* de vários segmentos da sociedade, tornando-se, portanto, de grande importância social processar-se uma canalização direta dessas várias modalidades sociais espontaneamente manifestadas, como autênticos *controles difusos*, que são aceitáveis e quando não até mesmo desejáveis nas democracias.

Mas o que tristemente se observa é, ao revés, um paulatino incremento de *manifestações públicas de massa demonstrando contrariedade, insatisfação e indignação*, que, se considerando desatendidas, ignoradas ou rechaçadas, acabam recorrendo à *violência* e, assim, deslegitimando-se e desservindo a seus propósitos originais, causando desordem, insegurança e, paradoxalmente, o abalo da ordem democrática.

São fatos acabrunhantes e cada vez mais presentes, que, indiferentemente, tanto ocorrem em países desenvolvidos como em desenvolvimento, tanto nos ricos como nos pobres, e, não raramente, acompanhados de tumultos, de agressões, de depredações e de vítimas, escancarando a ferocidade latente da turbamulta, que, uma vez confrontada, em resposta à repressão policial empregada para contê-los, pode atingir inacreditáveis paroxismos de fúria cega.

É possível constatar a atualidade e a importância desse fenômeno nas recentes manifestações anarquistas que se têm propagado em alguns países da Europa, que, segundo autorizados observadores acadêmicos, como Herfried Mùskler, da Universidade Humboldt de Berlim, registraram um espantoso aumento de 43% no ano de 2010.¹⁵

A todas essas *manifestações públicas*, pacíficas ou não, constantemente estudadas em trabalhos sociológicos e políticos, agregam-se ainda novas modalidades: as que se valem dos meios de *comunicação digital de massa* e empregam uma grande variedade de *canais próprios de expressão*, operando através de *redes eletrônicas mundiais interligadas*, que, assim difundidas globalmente, *atuam independentemente dos meios tradicionais* – tanto os tradicionais meios de comunicação da imprensa escrita, falada e televisionada, como os meios político-partidários institucionalizados –, qualificando-se, portanto, como *distintas variedades de manifestações de poder da sociedade*, identificadas genericamente como *contrapoderes*.

Essa identificação já se pronunciava bem clara em 1945, ainda durante a Segunda Guerra Mundial, na obra de Bertrand de Jouvenel¹⁶, ao denominar *contra-poderes os impedimentos ao poder com origem na sociedade*; excluídos, portanto, os de ordem natural.¹⁷

No entanto, somente no Segundo Pós-Guerra, já no contexto da pós-modernidade, iniciou-se a produção de uma bibliografia consistente sobre os contra-poderes, mesmo sem clara indicação do tema em seus respectivos títulos.¹⁸

15 Esses dados se encontram publicados na reportagem de "O Globo", de 30 de dezembro de 2010, à página 30, sob o título *Anarquismo sobre fronteiras*.

16 JOUVENEL, Bertrand de. *Le pouvoir: histoire naturelle de sa croissance*. Genebra: Éditions du Cheval Ailé, 1945. v. 6, cap. 15.

17 Ao apreciar essa classificação, no ano de 1992, embora registrando ser tecnicamente *exata*, deixei consignada uma divergência, por entender que, embora potencialmente adversativas, essas manifestações não se poderiam considerar ainda dotadas de poder, mas de uma potencialidade de sê-lo, conclusão que ora se corrige neste ensaio (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Teoria do poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 72 e nota 27.)

18 Como, por exemplo, nas seguintes obras, todas surgidas no final do século vinte: EVANS, P. *Globalización contra-hegemonica: las redes transnacionales como herramientas de lucha contra la marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. Estatismo vs. Imediatismo: noções conflitantes da política na Alemanha Federal. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 2, n.1, p. 25-39, abr. 1983; PAOLI, M. C. As ciências sociais, os movimentos sociais e a questão do gênero. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 31, p.107-120, out. 1991, e PORTES, A. Villagers: the rise of transnational communities. *The American Prospect*, n. 25, 1999.

Mas, indubitavelmente, com a *globalização* acelerou-se a percepção do fenômeno, ensejando a sua definitiva inserção como novo tema de estudo das Ciências Sociais, destacando-se seis obras monográficas versando sobre os contrapoderes, em rol que se abre com a de John Holloway, das mais controversas e, por isso mesmo, provocadora de um renovado interesse sobre o assunto, por sustentar que o objetivo das revoluções não seria necessariamente empolgar o poder político institucionalizado, mas promover uma *resistência idealizada*, capaz de mudar a sua orientação, daí o título de sua obra aparecida em 2002: *Mudar o mundo sem tomar o poder*.¹⁹

A crítica a essa idealizada despolitização, proposta por Holloway, adviria logo no ano seguinte, com Miguel Benasayag e Diego Sztulwark, reconsiderando que reside no poder do próprio Estado, como gestor de interesses públicos, o real objeto da manifestação transformadora dos contra-poderes sociais.²⁰

É, todavia, nesse mesmo ano, de 2002, que o reputado sociólogo Ulrich Beck, da Universidade de Munique, dedica-se a examinar o fenômeno sob o prisma da globalização, com alentado estudo, o mais completo até então, enriquecido com uma impressionante bibliografia de cerca de 600 títulos, no qual o autor parte da premissa de se tratarem os contrapoderes de uma *normal reação das sociedades, cada vez mais esclarecidas, ao envelhecimento e pouca prestabilidade das instituições dominantes*, que “*foram criadas em um mundo onde as ideias de pleno emprego, do primado da economia governamental sobre as economias nacionais, de fronteiras em funcionamento, de soberania e de identidade territoriais claramente definidas tinham valor de pontos cardeais*”, suscitada por uma óptica que não mais pode ser concebida como nacional, “*mas transnacional, no quadro de uma política interior global*”.²¹

Mais recentemente, já em 2009, a dupla Ludovic François e François-Bernard Huyghe, cunhando a expressão “*democracia*

19 HOLLOWAY, John. *Change the world without taking power*. London: Pluto Press, 2002.

20 BENASAYAG, Miguel ; SZTULWARK, Diego. *Du contre-pouvoir*. Paris: La Découverte, 2003.

21 BECK, Ulrich. *Macht und gegenmacht im globalen zeitalter*. Frankfurt am Mein: Suhrkamp Verlag, 2002. Citações acima, com n/tradução, retiradas da edição francesa *Pouvoir et contre-pouvoir: à l'heure de la mondialisation*. Paris: Éditions Flammarion, Champs Essais, 2003. p. 7 - 8.

de influência”, observa nos contra-poderes uma *estratégia de ação*, assumida como produto de vários atores que se interconectam pela informação, e que se manifesta através de um *sistema sócio-político* voltado a convencer e a seduzir de modo a “*formatar as mentalidades para agir sobre os homens e preparar o futuro coletivo*”, marcando, assim, a passagem de uma *sociedade de autoridade* — que girava em torno do conceito de chefia — para uma *sociedade de influência* — que depende da formação da adesão e do consenso.²²

Ainda no ano de 2009, Manuel Castells, depois de reafirmar o poder como o processo fundamental da sociedade e de distinguir dois tipos de processos sociais — os processos que impõem a “*dominação existente*”, e os processos *contrapostos*, de resistência à dominação, “*em favor dos interesses, valores e projetos que são excluídos ou sub-representados*” nos programas e composição da rede —, conclui que “*o poder nas sociedades em rede é o poder da comunicação*” e que, por isso, “*o poder governa e os contrapoderes lutam*”.²³

Para encerrar esta resenha, mencione-se a obra mais atual de George Corm, autor de *O novo governo do mundo*, publicada em 2010, que, em seu subtítulo, se refere a *Ideologias, estruturas e contrapoderes*, embora nela não teorize esse último tema, senão que a ele apenas se refere com vistas a refutar a “*inelutabilidade da globalização*”, valendo-se do conceito para defender os “*movimentos anti-sistêmicos*” que, a seu ver, deveriam dirigir-se a corrigir “*o funcionamento perverso da economia globalizada*”, pondo em ação “*mecanismos que travassem a globalização e permitissem progressivamente uma reorganização dos espaços socioeconômicos, assegurando mais coerência e estabilidade às diferentes sociedades...*”.²⁴

22 FRANÇOIS Ludovic et HUYGHE François-Bernard. *Contre-pouvoirs, de la société d'autorité à la démocratie d'influence*. Paris: Ellipses, 2009. p. 3 -10 e resumo na contracapa.

23 CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 47, 50 e 53.

24 CORM, Georges. *Le nouveau gouvernement du monde: ideologies, structures, contre-pouvoirs*. Paris: La Découverte, 2010. p. 10 e resumo na contracapa.

4 Os contrapoderes e o direito contemporâneo

O reconhecimento, em princípio, de uma intrínseca *legitimidade* dessa dinâmica espécie de interação democrática dos contrapoderes, ainda que envolva inconformismo ou confrontação de ideias — que, como já reconhecido, são socialmente *construtivos* — não afasta, porém, a possibilidade e, quiçá, a inelutabilidade do *agravamento de confrontos*, de modo que, eventualmente, cheguem a alcançar níveis de agressividade que exijam o emprego de meios repressivos, ante a violação de valores essenciais para a convivência civilizada das próprias sociedades vitimadas.

Assim, facilmente exasperados os possíveis conflitos, justifica-se a importância que ora assume para o Direito o fenômeno dos contrapoderes, com a conseqüente necessidade de que sejam devidamente conhecidos, analisados e estudados, para que possam receber um tratamento receptivo juspolítico adequado e condizente com os progressos jurídicos conquistados na pós-modernidade.

Trata-se, pois, de uma tarefa que exige não apenas uma *percepção multidisciplinar*, como um *esforço de criatividade*, para, sem desfigurar as características democraticamente saudáveis que se expressem nos contrapoderes, encontrar os adequados *canais disciplinadores, que são próprios do Direito*, para as suas manifestações populares, devidamente escoimadas de abusos que possam representar desafios aos valores republicanos da ordem social, da paz e das liberdades públicas.

Trata-se, em suma, de um trabalho a ser desenvolvido concomitantemente no âmbito jurídico mundial *estatal*, dos quase duzentos países independentes — portanto interessando aos respectivos direitos constitucionalizados — como, simultaneamente, no ecúmeno global *transestatal*, com as suas milhares de organizações independentes que, de algum modo, administram interesses públicos, portanto, alcançando o âmbito do *direito globalizado*.

Em ambos os casos, ter-se-á o mesmo objetivo: a criação de *instituições* — sejam elas nacionais, internacionais, supranacionais ou transnacionais —, as quais, sempre respeitando a liberdade de expressão das pessoas, estejam aptas a *canalizar*

civilizadamente as manifestações de contrapoderes de qualquer espécie e intensidade, para, filtrando-os, *incorporá-los ao processo aberto de criação e aplicação do Direito*, para que possam servir como *novos instrumentos da cidadania*.

Em complemento, ao aludir à *criatividade*, pensa-se, com efeito, em um enfrentamento construtivo da *conflitualidade*, que espontaneamente sempre poderá se desenvolver, quanto mais extraordinária for a complexidade de interesses que apresentem as sociedades pós-modernas.

Em consequência, hoje, desaparecidas ou enfraquecidas inúmeras limitações físicas e sociais que se interpunham à livre *comunicação humana*, torna-se necessário instituir *novos padrões de ordem* para os recentes processos sociais, como, emblematicamente em nossos dias, são os contrapoderes; portanto, uma tarefa que exige concertação e ação ecumenicamente ampliadas, desde os quadros juspolíticos delimitados pelos Estados, estendendo-se a todo o campo globalizado transnacional, até onde possa alcançar a natural espontaneidade das relações sociais.

Há, portanto, uma distinção importante a ser, desde logo, registrada relativamente a essas expressões da vitalidade gregária dos povos, muitas das quais, em suas manifestações tradicionais, já foram juridicamente institucionalizadas como espécies históricas do gênero dos *contrapoderes sociais*, acrescentadas ao rol das *modalidades institucionalizadas não estatais*, de longa data conhecidas e estudadas, tais como as associações dedicadas à arregimentação e propagação de ideias, os *lobbies* parlamentares, a imprensa, as religiões e tantas outras manifestações organizadas da opinião pública, porém que, em razão das dimensões transestatais que adquiriram, a Sociologia as tem, por isso, classificado como *expressões de uma nova sociedade civil global*.²⁵

25 O conceito de *sociedade civil global* tem emergido muito a propósito das dificuldades de superação dos vazios institucionais causados pela globalização, como o recurso, sempre possível, ao *processo espontâneo* através do qual a sociedade continua a gerar *instituições* independentemente das produzidas através dos canais juspolíticos tradicionais, como sugere HOBBSBAWM na seguinte passagem de sua conhecida obra: "Talvez a característica mais marcante do fim do século XX seja a tensão entre esse processo de globalização cada vez mais acelerado e a incapacidade conjunta das instituições públicas e do comportamento coletivo dos seres humanos de se acomodarem a ele." HOBBSBAWM, E. J. *Era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 24.

Assim, o que predominantemente as tem caracterizado — a todas essas mais recentes manifestações sociais — é o fenômeno da *comunicação digital de massa*, que toma corpo e importância como expressão não estatal de concentração de *poder difuso* em escala global, já assinalando, por isso, para alguns observadores, o que se pode identificar, com Castells, como uma *Era Digital*.²⁶

Esse megafenômeno da comunicação, tratado como *uma específica manifestação de poder*,²⁷ pode ser constatado na repercussão pública dos grandes arquivos de dados e de opiniões, abertos sem fronteiras políticas ou limites geográficos, postos à disposição de bilhões de pessoas, tais como, exemplificativamente, os *blogs*, o *Facebook* — aptos a formar redes para transformar informações em grupos de ação — e, mais recentemente, o *WikiLeaks*, que procura desnudar e desmistificar o emprego do sigilo de Estado com a divulgação de correspondências oficiais reservadas em todo o mundo.

Embora, por sua própria natureza, essas manifestações públicas virtuais que empregam a via digital e *concentram poder* em princípio *prescindam do emprego da força*, uma particularidade que as distingue das manifestações públicas presenciais, a dos tradicionais *movimentos de massa*, é, por outro ângulo de percepção, que elas encurtam a distância, de um lado, entre a simples demonstração pública de ideias ou, mesmo, a da resistência passiva e, de outro lado, a explosão de ações coletivas de agressão e de vandalismo, ou, em outros termos: entre o emprego de um *lícito poder persuasivo* e de um *ilícito poder coercitivo*.

Assim é que os *movimentos de massa*, empregados como formas de expressão de protestos ou de reivindicações, poderão facilmente se prevalecer dos acrescidos meios de difusão e de arregimentação possibilitados pela *comunicação digital*, para facilmente se constituírem como espécies compósitas e particularmente agressivas do que seria, assim perigosamente ampliada, a espécie de risco dos *contrapoderes sociais*. E tanto assim o é,

26 Sobre esse ponto, do recente livro de Manuel Castells, já citado — *Communication power* — no Capítulo *Communication in the digital age* (p. 54 e ss.).

27 Na mesma obra acima referida, de Manuel Castells, a respeito dessa afirmação destacada em negrito, o seu Capítulo final: *Toward a communication theory of power* (p. 416 e ss.).

que, mesmo sem que esse hibridismo de meios de propagação atinja todo o seu potencial, é possível observar-se que, até em simples manifestações de massa em praça pública, indistintamente em países ricos ou pobres e em vários níveis de desenvolvimento, *já se vem registrando uma preocupante escalada de violência* remotamente induzida pela mobilização eletrônica, que, não obstante, se produz até mesmo em movimentos legais e legítimos, como as greves.

É, pois, esse imponderado potencial de *riscos* que têm surgido com essas novas manifestações de contrapoderes o objeto dos estudos sociológicos empreendidos quanto a suas causas, padrões e efeitos, suscitando, como seria de se esperar – enquanto processos espontâneos de mobilização da sociedade que são – tanto opiniões tolerantes como intolerantes, embora, como seria de se esperar, em geral, haja reprovação dos abusos e das selvagerias que possam acompanhá-los.²⁸

Portanto, são arrolados como *aspectos positivos* do fenômeno, para os que o veem com tolerância, citando-os em incompleta síntese: a demonstração do *amadurecimento político-social das populações*, a intensificação da *participação cidadã ativa* e, particularmente, a sua plena *compatibilidade, senão mesmo a sua indispensabilidade como útil sinal de alarme social do aguçamento de riscos*.

Em confronto, se considerados quanto aos *aspectos negativos* do fenômeno, para os que os temem, a ponto de não tolerá-los, mencionem-se: a possibilidade da *manipulação radical político-partidária* dos descontentamentos, ainda que legítimos; os abalos que causam à *segurança pública*, principalmente nos centros urbanos; e, não menos inquietantes, as graves *interferências de fato que acarretam sobre o normal exercício dos serviços públicos*, em prejuízo geral de seus usuários.

28 Da qual é exemplo a bibliografia especializada do fim do século passado, já referida em nota anterior: EVANS, P. *Globalización contra-hegémónica: las redes transnacionales como herramientas de lucha contra la marginalización*. Contemporary Sociology, 1998; EVERS, T. Estatismo vs. Imediatismo: noções conflitantes da política na Alemanha Federal. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 25-39, abr. 1983; PAOLI, M. C. As ciências sociais, os movimentos sociais e a questão do gênero. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 31, p.107-120, out. 1991, e PORTES, A. Villagers: the rise of transnational communities. *The American Prospect*, n. 25, 1999.

De qualquer forma, sintetizando os argumentos expostos, tais movimentos, em seu estado bruto, embora possam ser úteis, constituem um potencial de riscos à ordem jurídica instituída, pois, por sua própria natureza, podem incitar *agitações propensas ao emprego da força*, particularidade que distingue o fenômeno da mera *comunicação massiva*, que, embora modalidade concentradora de poder, em geral não chega a expressá-lo pela violência.

Eis porque, sem alarmismo ou radicalismo, há que se reconhecer que existem sobejas razões para que os *Estados democráticos* considerem atentamente a necessidade de instituir instrumentos juspolíticos hábeis para uma *contenção preventiva e pacífica* sobre esses fenômenos, visando a *reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem*. Cabe assim, à ordem jurídica dos Estados, a missão de *canalizá-los institucionalmente*, ou seja, de *submetê-los a cânones jurídicos*, para, bem aproveitando o que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, *levá-las a desempenhar um papel valioso e construtivo* para a manutenção da *paz social* e o exercício das *liberdades democráticas*, sempre em prestígio das legítimas expressões da *cidadania*, com soluções que não lhe sufoquem a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, levem a minimizar e, se possível, eliminar os aspectos negativos que possam oferecer *riscos*.

5 Juridicizando os contrapoderes

Ora, não é outra a imemorial missão institucional do Direito que a de buscar a *disciplina das situações de fato conflitivas*, de modo a gerar as desejadas qualidades de *previsibilidade* e de *segurança na convivência civilizada*, objetivos que, na escala das reivindicações aqui consideradas, desde logo, obrigatoriamente se incluem no contexto do direito interno dos países como uma relevante *matéria constitucional* atinente à *segurança das instituições*.

Mas, tal como posto, diante do adensamento das relações transestatais, tornou-se evidente que o *problema da juridicização dos contrapoderes* transcendeu as possibilidades oferecidas pelo desenho constitucional do *Estado Moderno*, até re-

centemente limitado à instituição de apenas duas categorias de *funções públicas* — as *governativas*, preponderantemente majoritárias, de legislar e de executar, e as *judicativas*, contramajoritárias, de modo que se circunscreveria no quadro de ambas —, importante é observar que a solução para os excessos dos contrapoderes em geral não passa da adoção de típicas *medidas repressivas*.

Essa é, pois, a razão pela qual, hoje, distintamente, nos *Estados Pós-Modernos* se patenteia a necessidade de *instituir novas funções públicas* que se voltem especialmente à realização de novas e diferenciadas funções voltadas ao atendimento dessas novas modalidades de demandas sociais de massa, tais como as aqui tratadas, que levam à emergência contemporânea dos contrapoderes.

Inclui-se, assim, nesse rol, um conjunto de específicas *funções de intermediação e de controle*, a serem cometidas a *instituições constitucionalizadas*, com vistas a que atuem como *expressões da democracia substantiva, apartidárias e independentes, de legítimos interesses da cidadania*; aptas, portanto, a *canalizar e filtrar os contrapoderes* em qualquer manifestação e nível e onde quer que desponham, *de modo que possam ser direta ou indiretamente exercidas no precípua, ainda que não exclusivo, interesse da sociedade*.

Nessa linha, que não é senão nova versão do tema, sempre insuficientemente versado, *do permanente aprimoramento do controle do poder*, tem-se procedido a busca de soluções e institucionalizado aquelas que possibilitem dar *imediatas respostas a esses desafios postos pela pós-modernidade*, uma vez que os riscos de delongas para serem superados muitas vezes serão maiores do que os normalmente previsíveis; isso porque as escaladas bárbaras e agressivas de manifestações incontidas das massas podem alcançar paroxismos de desobediência civil e de violência coletiva, carreando, como consequência, o indesejável *desencanto popular* com as legítimas soluções democráticas tradicionais e o correlato perigo de ressuscitar o sombrio mito da *necessidade do Estado forte* — como se só fosse possível manter a segurança *retornando aos modelos de Estado orientados à imposição da ordem pública exclusivamente pela via autoritária*.

Esse risco maior, do regresso à via política anacrônica e falida do *autoritarismo*, infelizmente está sempre acenado pelos inefáveis inimigos da liberdade como resposta simplista e imediatista tanto aos reais problemas enfrentados, como aos falsos, esses que são geralmente concebidos pelos autocratas como reforço à lógica falaciosa própria dessa equivocada opção política.

Ora, eis que essa enganosa resposta, não obstante sua falácia, já tantas vezes historicamente comprovada, é praga que novamente se difunde neste início de século em países que já a haviam superado, como uma sinistra escalada anacrônica de *neautoritarismo*, que já atinge países vizinhos da América Latina, com o acrescido risco de ressuscitar, entre suas sequelas, as malsinadas *razões de Estado*, que, além de vulnerarem frontalmente o dever de transparência e de motivação das Constituições democráticas, desperdiçam as oportunidades abertas pelas crises para o aperfeiçoamento da república, da democracia e da cidadania.

Por isso, dando uma resposta *diametralmente oposta* a essa sinistra opção, que tanto fracassou no passado, repudiando a repressão e o autoritarismo, tem-se que o exercício permanente e efetivo do *controle do poder* — qualquer que seja o órgão que se exceda — deve ser conduzido na linha civilizada da *racionalização* permanente e institucionalizada, possibilitada por instrumentos que ampliem, genericamente, as atuações de *zelação, fiscalização, promoção e defesa dos interesses públicos*, um desiderato que se alcança pela abertura de *novos canais de expressão da sociedade* em acréscimo aos recebidos da Modernidade. Desse modo, a *intermediação cidadã*, expressada na forma de *canalização jurídica de contrapoderes funcionalmente institucionalizados na estrutura do Estado*, a fim de tratar democraticamente as discordâncias e conflitos para incorporá-los aos processos regulares voltados à sua apreciação, apresenta-se como uma dessas necessárias e possíveis *respostas do Direito à proliferação de riscos*, que, outramente, só viriam a ser agravados, se permitida uma atuação incontida e desabrida dos *contrapoderes sociais relegados ao estado bruto*.

Com a alternativa *jurídica* de promover-se o *encaminhamento e filtragem* de inúmeros interesses e reivindicações emergen-

tes da sociedade, que de outra forma engrossariam o inconformismo e iriam às ruas, possibilita-se que eles ingressem com segurança e venham até a atuar institucionalmente no sistema juspolítico, já sob a forma civilizada de *contrapoderes sócioestatais juridicamente absorvidos e organizados*.

Desse modo, as sementes de conflito que proliferam nas complexas sociedades pós-modernas, em lugar de gerarem sempre novos riscos, podem, superiormente, servir como *instrumentos da democracia ativa*, uma vez adequadamente absorvidos institucionalmente, o que vale dizer: para que sejam *encaminhados como expressão legítima de poderes estatais de provocação, à apreciação e decisão, conforme se apresentem as questões, das funções governativa e judicativa do Estado*.²⁹

Para o aperfeiçoamento dos estados democráticos abrem-se duas vias para a *judicialização dos contrapoderes sociais*: ou instituí-los diretamente na estrutura eclética da *sociedade* – oficializando *escolhas diretas do povo* – ou instituí-los como órgãos híbridos na estrutura cratológica organizada do *Estado* – oficializando *escolhas indiretas do povo*. A ação direta da sociedade tem lugar pela pluralização de *canais para o exercício da cidadania*, conformando as *modalidades políticas de participação*, como o são o sufrágio eletivo de representantes e de chefes do executivo dos três graus federativos, o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa de leis, bem como as *modalidades administrativas de participação*, tais como: a coleta de opinião, a consulta, o debate e a audiência públicos, o colegiado público, a cogestão de prestatal, a assessoria externa, a delegação atípica, a provocação de inquérito civil, a denúncia aos tribunais de contas, a reclamação relativa à prestação de serviços públicos e a reclamação contra membros ou órgãos do Poder Judiciário.

29 Recolha-se, mais uma vez, a lição de MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em seu clássico (*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense), em que, com incrível percepção antecipativa do que hoje se tem como policentrismo, expôs o correto entendimento, rarefeito à época, de que o Estado desempenha funções e não poderes que lhes sejam próprios. E isso, primeiro, porque o poder estatal é - como hoje pacificamente reconhecido - uno e não fracionado e, segundo, com mais razão, porque tais poderes são inerentes à cidadania – o que SEABRA FAGUNDES sustenta, logo nas primeiras páginas de sua obra prima (item nº 1, numeração mantida em todas as edições) – e prossegue afirmando que “o Estado uma vez constituído, realiza seus fins através de três funções em que se reparte a sua atividade” (item nº 2) explicando, em nota correspondente, que MONTESQUIEU jamais usou a expressão “separação de poderes”, razão pela qual, acrescentava o Mestre, não merecia que se o recriminasse pelos defeitos decorrentes dessa arraigada concepção, tipicamente estatocêntrica, em que se subentende um velado desprezo pela democracia (nota 2).

rio, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro, sejam por delegação do poder público, sejam, oficializados, bem como contra membros do Ministério Público e seus servidores.³⁰

Essa via de oficialização de escolhas diretas do povo, que constituem os processos da *democracia direta*, não é novidade, pois, além do primitivo exemplo ático, alguns modelos podem ser lembrados, como a prática medieval do sufrágio presencial em praça pública, ainda existente na Suíça, e o *recall*, empregado para a revogação de mandatos de agentes eleitos e a rescisão de sentenças judiciais, vigente em alguns estados norteamericanos e na Suíça.

Por outro lado, uma atuação mista, tanto de *democracia semidireta* como de *indireta*, requer maior elaboração, como a que pode ser instituída pela criação de órgãos híbridos: instituições que, embora se situem na estrutura organizativa do Estado e estejam dotados de prerrogativas estatais, oficializam a *participação da sociedade no desempenho de funções que não são legislativas, nem de pública administração e nem, tampouco, judicativas*.

Assim, são *híbridas* certas funções a serem exercidas no interesse comum, tanto da sociedade como do Estado, pois, embora lídimos instrumentos da sociedade, elas necessitam da investidura de *autoridade* para serem eficazmente exercidas, pois que, como advertiu Montesquieu, somente o poder contém o poder: “*le pouvoir arrête le pouvoir*”³¹.

Daí essa solução depender da criação e desenvolvimento de *novas funções constitucionais independentes*, destinadas a serem *canalizadoras habilitadas para a expressão da sociedade* com as referidas características *híbridas* – devendo, por isso, serem criadas *no próprio Estado*, de modo que, ao se articularem, de vários modos, com as tradicionais funções constitucionais independentes *do Estado*, de seus assim chamados “Poderes”,

30 Para a participação administrativa, suas características e possibilidades, do autor, a obra *Direito da Participação Política* (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 123 - 142).

31 Alusão à síntese da consagrada expressão de MONTESQUIEU no *Espírito das Leis*: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”.

produzam uma rica *diversificação funcional legitimatória*, atuando, portanto, como autênticas *vias de expressão democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade* e, assim, como necessárias e diversificadas alternativas aos já notoriamente insuficientes instrumentos da *representação político-partidária*.

Desse modo, reivindicações de toda natureza da sociedade ganham *em acréscimo aos tradicionais meios de expressão político-partidários* – que são mais próprios para gerar soluções através de generalizações legislativas do que para ministrar soluções conjunturais –, passando a conformar um conjunto de diversificados meios de atuação oferecidos através de instituições para tanto já criadas com as características de serem *juridicamente abertas* e fundamentalmente *neutras*, em razão de atuarem *fora dos canais político-partidários*.

Porém, a mais marcante novidade dessa diversificação de instrumentos sociais, que se prestam a tão distintas funções como as de *filtragem, fiscalização, zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade*, consiste inegavelmente no notável aperfeiçoamento que aportam à *democracia substantiva*, ao introduzirem *novas vias de participação da cidadania*, em seu *direto interesse e proveito*, sobretudo pelo acréscimo de *legitimidade* que aportam à sempre desejada interação sociedade-Estado, complementando, na pós-modernidade, as soluções políticas já insuficientes pela via da *representação e das instituições parlamentares*.³²

32 Daí porque Montesquieu só encontrava remédio para a tendência universal ao abuso de poder político na montagem institucional de um mecanismo de poderes e contrapoderes. “É preciso que, pela própria disposição das coisas, o poder freie o poder.” “Já não se trata, portanto, de confiar cegamente nos homens, mas de saber que qualquer um de nós, quando no poder, é facilmente levado ao desatino, se não for convenientemente enquadrado pelas instituições políticas. Acontece que o sábio francês raciocinava no quadro da ação política exercida por meio de representantes dos governados. Isso era, sem dúvida, um progresso em relação às práticas absolutistas do passado, mas revela-se hoje, em tempos de democracia participativa, algo de muito insuficiente. Sabemos todos que o ‘Estado Democrático de Direito’, mencionado na Constituição, não passa, em nossa triste realidade, de uma peça de ficção política. A democracia pressupõe a atribuição efetiva (e não apenas simbólica) da soberania ao povo, devendo os órgãos estatais atuar como meros executores da vontade popular. Entre nós, esse esquema funciona em sentido inverso. A soberania pertence de fato aos governantes, que vivem numa espécie de estratosfera ou círculo celeste, onde são admitidos, tão só, os que detêm algum poder econômico ou alguma influência junto ao eleitorado ou à opinião pública. Todos os demais cidadãos são confinados, cá embaixo, como simples espectadores, pois os governantes há muito lograram transformar a representação política em representação teatral: eles encenam, perante o povo, a farsa do rigoroso cumprimento da vontade eleitoral. Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contra poder popular diante dele.” (COMPARATO, Fábio Konder. Contrapoder popular. Folha de São Paulo, São Paulo, 22 fev. 2004) (respeitada a grafia original, com nossos destaques).

Importantes exemplos atuais dessas instituições híbridas podem ser apontadas nas *cortes administrativas técnicas de controle*, como o são os *tribunais de contas* em geral³³, e alguns órgãos específicos de controle externo no exercício de funções contramajoritárias³⁴; nos *Ombudsmen*, de tradicional criação escandinava³⁵; nas várias modalidades de *advocacias independentes*, privadas e públicas, como, no Brasil, o são as *Funções Essenciais à Justiça*³⁶; e, ainda, nas *Assembleias de Cidadãos*³⁷, uma solução que, no Brasil, já recebeu expresso apoio de Fábio Konder Comparato, em 2004, em artigo pela imprensa.³⁸ Observe-se que todas essas modalidades, assim como as assemelhadas, que venham a ser criadas na mesma linha, se reforçam e se completam mutuamente, conformando uma trama de funções contramajoritárias voltadas, em comum, à tutela da *legitimidade*.

-
- 33 As cortes de contas, não obstante existentes desde o primitivo modelo napoleônico, de 1821, e, do já mais avançado, o belga, de 1931, têm apresentando uma constante evolução, desde órgãos auxiliares do Poder Legislativo a órgãos constitucionalmente independentes de controle, não apenas de contas, mas de procedimentos e de resultados da gestão administrativa de quaisquer entes ou órgãos que atuem com recursos públicos.
- 34 Podendo ser citados no Brasil dois órgãos constitucionais independentes: de controle administrativo do Poder Judiciário, o *Conselho Nacional da Magistratura*, e o do Ministério Público, o *Conselho Nacional do Ministério Público*.
- 35 Admirada institucionalização pioneira de um contrapoder *no* Estado, originada em países escandinavos, com denominação derivada de palavra com etimologia no norueguês arcaico – *umbuðsmann* – que significa, apropriadamente, *representante*: agente independente com funções de zeladoria, controle e promoção de interesses públicos manifestados por cidadãos.
- 36 Tema sobre o qual o autor tem publicado vários trabalhos desde 1988, ano em que essa modalidade veio a ser adotada na Constituição, sendo, dos mais recentes, o artigo a respeito das *Novas funções constitucionais no Estado Democrático de Direito: um estudo de caso no Brasil*, em obra coletiva em homenagem ao eminente publicista Professor Doutor Jorge Miranda, glória e orgulho das letras jurídicas portuguesas, por ocasião de sua jubilação, em 2011, coordenada pelos Professores Doutores Marcelo Rebelo de Souza, Fausto de Quadros e Paulo Otero.
- 37 As *Assembleias de Cidadãos*, como as existentes em alguns países tão diversificados, como na Austrália, na Finlândia, no Canadá (Columbia Britânica e Ontário) e no Quênia, proliferam rapidamente, em razão do efeito demonstração globalizante, inspirando outras entidades políticas que têm em pauta funções semelhantes.
- 38 Assim expõe e justifica o ilustre publicista a sua proposta: “*Em suma, temos todo um sistema de poder estatal, mas nenhuma forma organizada de contra-poder popular diante dele. Ora, numa democracia autêntica, a ação política não se desenvolve apenas no nível do poder estatal, com o objetivo de conquistá-lo ou mantê-lo. Ela deve também exercer-se diretamente pelo próprio povo, perante todos os órgãos do Estado, não só para fiscalizá-los, denunciar os crimes, desvios, imoralidades e omissões, mas também para que o povo tome por si, e não por meio de representantes, as grandes decisões políticas, aquelas que empenham o futuro da coletividade em todos os níveis: local, regional e nacional. Na esfera do Estado, são incontestavelmente os partidos políticos os grandes instrumentos de representação popular. Mas ainda não conseguimos criar um sistema organizado de agentes políticos que atuem, com o povo, como instrumentos de contra-poder perante os órgãos do Estado. Vai, pois, aqui a idéia de criar um consórcio das organizações não-governamentais dedicadas, exclusivamente, à tarefa de atuar como agentes desse contrapoder popular. O povo soberano teria assim, a seu serviço, um instrumento político capaz de promover protestos e campanhas de opinião pública, bem como de utilizar, da melhor maneira, os escassos mecanismos de denúncia e responsabilização dos agentes públicos existentes em nosso sistema jurídico: ações populares, ações civis públicas, representação ao Ministério Público por improbidade administrativa ou práticas criminosas em geral, denúncias de crimes de responsabilidade visando ao impeachment”.* (COMPARATO, Fábio Konder. *Contrapoder popular. Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 fev. 2004).

Realmente, como exposto, essas alternativas institucionais se implementam constitucionalmente pela criação e pelo desenvolvimento de *novas funções independentes canalizadoras da expressão da sociedade*, que, por serem híbridas, ou seja, instituídas *no próprio Estado*, *articulam-se de vários modos* com as tradicionais três funções constitucionais independentes *do Estado*, produzindo uma rica pluralização funcional e legitimatória, suficiente para abrir autênticas vias de expressão democrática e civilizada dos interesses legítimos da sociedade, postas como alternativas aos insuficientes instrumentos da representação político-partidária.

As reivindicações da sociedade ganham, com o acréscimo dessa legitimação, além dos tradicionais meios de expressão político-partidários, mais próprios para as generalizações legislativas do que para ministrar soluções pontuais aos conflitos, novos e diversificados caminhos institucionais, *juridicamente abertos* e fundamentalmente *neutrais*, assim entendidos por atuarem fora dos canais político-partidários.

Porém, a mais marcante novidade dessa diversificação de instrumentos sociais de *zeladoria, controle, promoção e defesa dos interesses da sociedade* nos vem, inegavelmente, com o notável aperfeiçoamento que proporcionam à *democracia substantiva*, pela introdução de *novas vias de participação da cidadania*, abertas em seu *direto interesse e proveito*, constituindo-se em notável avanço, sobretudo pelo acréscimo de *legitimidade* que trazem à interação sociedade-Estado, complementando na pós-modernidade, as soluções hoje tidas como insuficientes da *representação política*.

Portanto, o notável aperfeiçoamento de que aqui se dá conta, trazido pelos novos instrumentos democráticos para a expressão da cidadania, não se sobrepõe, senão que se *acrescenta aos existentes*, de modo a poderem atuar paralela e independentemente *dos tradicionais canais partidários e eleitorais*, que, como exposto, hoje se ressentem das limitações inerentes às instituições representativas, forjadas para satisfazer adequadamente as demandas da Modernidade, para que possam prover, com individualização, presteza e qualidade, as diversificadíssimas prestações para o atendimento dos cada vez mais exigen-

tes valores, necessidades, interesses e aspirações das sociedades contemporâneas.

6 A importância das funções neutrais como canais contemporâneos de expressão da democracia

Essas funções independentes também necessitam ser desempenhadas por *agentes do Estado*, que se distinguirão dos demais pelo exercício de competências constitucionais *prioritariamente afetas a interesses diretos e imediatos da sociedade*, embora, *sempre que legitimamente com esses compatíveis, possam também curar dos interesses do próprio Estado*, em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se, assim, tal como o é o Judiciário, outro *complexo orgânico constitucional de funções estatais neutrais*.

A institucionalização desse novo bloco de funções constitucionais – que ostenta a característica distintiva de serem funções *político e partidariamente neutras* – é resultado de importantes mutações juspolíticas, incidentes, notadamente, na teoria dos *interesses públicos*, que dissiparam a antiga confusão categorial, gerada pela imprecisão da distinção entre os *interesses públicos originais*, ou *primários*, afetos às pessoas em sociedade, e os *interesses públicos derivados*, ou *secundários*, afetos ao Estado.

Com efeito, os sistemas de produção legislativa tradicional, através de grandes colegiados – os *aparelhos de Estado parlamentares* – criados para a produção do *direito-legalidade*, historicamente só funcionaram plenamente a contento enquanto não haviam sido claramente diferenciadas as categorias específicas de *interesses públicos*, até então consideradas em bloco sob a designação de *interesses gerais*.

Observe-se, portanto, que exatamente por esse motivo – por fidelidade ao princípio da *representação* política (e apenas política) –, esses *interesses gerais*, conseqüentemente, deveriam ser definidos com exclusividade pelos órgãos investidos de mandato para manifestar essa presumida “vontade geral” da sociedade, ou seja: exclusivamente pelas assembleias populares, para tanto tomando as decisões por seus grupos majoritários.

Com o crescimento e a diversificação das sociedades, notadamente a partir das Revoluções Industriais, que marcaram o fastígio e o começo do fim da Modernidade, esses interesses se foram de tal modo multiplicando, fragmentando, setorializando e especializando, que o sistema legislativo de tipo parlamentar, não tendo como acompanhar essa evolução — o que demandaria diversificar-se também para a produção das leis — mergulhou em *crise de legitimidade*.³⁹

Vale, portanto, dizer que, por não mais poder definir e atender adequadamente através da *função legislativa* a complexa massa de reivindicações que conformariam em tese *interesses realmente gerais*, não houve como evitar que no clássico *processo legislativo* se passasse a negligenciar a precípua missão de cuidar dos *interesses públicos primários* (os da *sociedade*), bem como a de zelar pelos *interesses públicos secundários* (os do *Estado*), para se aplicar cada vez mais ao jogo do poder político-partidário, de *interesses públicos terciários* (os dos *partidos políticos*), que se confunde ainda com os interesses dos próprios representantes, de acólitos e das inúmeras seções das agremiações partidárias, muito distantes das reais necessidades do povo.

Em suma, aqui aplicando e estendendo a conhecida classificação de interesses públicos, em primários, do povo, e secundários, do Estado, que encontra seus prolegômenos em Marcello Caetano e Oreste Ranelletti e seu enunciado mais divulgado em Renato Alessi, observa-se que os parlamentos, por se dedicarem a uma atuação cada vez mais voltada à satisfação do que seriam mais propriamente, como acima denominado, *interesses terciários* (os dos próprios partidos políticos em sua atuação pública na busca de poder), vão, com isso, produzindo *resultados* que, não obstante *formalmente democráticos* — um aspecto que

39 Elio Chaves Flores e Joana D'arc de Souza Cavalcanti, citando Norberto Bobbio (*A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992), dão três razões para esse preocupante fenômeno: 1 - a representação política nos Estados democráticos está em crise, principalmente porque a instituição parlamentar na sociedade industrial avançada não é mais o centro do poder real, mas quase somente uma câmara de ressonância de decisões tomadas em outro lugar; 2 - os mecanismos institucionais de escolha fazem com que a participação popular se limite a legitimar, em intervalos mais ou menos longos, uma classe política que tende à autopreservação e que é cada vez menos representativa; e 3 - devido ao poder de manipulação por parte de poderosas organizações privadas e públicas. (O fardo da legitimidade: a democracia para além dos parlamentos. *Prim@facie*, ano 5, n. 9, p. 64 – 72, jul./dez. 2006. <http://www.josuelima.net/ppgcj/gerencia/docs/25062007023217.pdf>).

poderia até ser considerado suficiente sob uma óptica meramente legalista – em nada servem à sua clássica missão de conferir o que se pudesse qualificar como uma *autêntica legitimação democrática quanto à substância* – agora entendida sob a óptica ampliada e pós-positivista da *juridicidade*.

Porém, além dessas razões, como é sabido, as casas parlamentares perdem as condições – em termos de *tempo* e de *técnica* – de exercerem suas importantes *funções de controle*, como por tradição desempenhavam. Condições de *tempo*, pois a pletera legislativa cresce além da possibilidade de um adequado seguimento fiscalizatório sobre o governo e sua administração através dos institutos usuais das comissões parlamentares de inquérito, de convocação de autoridades e dos demais instrumentos tradicionais.

No entanto, mais grave ainda, perdem as condições de *técnica*, pois a diversidade e a especialidade dos *interesses originais*, bem como as dos temas a serem enfrentados, escapam aos conhecimentos generalistas, que normalmente são os esperados dos representantes políticos e que, por isso mesmo, tendem a considerar limitadamente tais tipos de problemas, avaliando-os meramente sob os aspectos *político-partidários*, justamente por escapar-lhes o domínio de critérios de outra natureza, como são, por exemplo, os *técnicos* e os *jurídicos*, cada vez mais essenciais a uma autêntica legitimação democrática de suas decisões.

Portanto, a teoria dos *poderes neutrais* – que, mais apropriadamente, hoje não mais assim se definirão corretamente, mas como “*funções neutrais*,”⁴⁰ em razão da própria *unicidade do poder estatal*, e entendida não como uma *neutralidade genérica*, mas como uma *neutralidade específica*, ou seja, tão somente restrita aos assuntos político-partidários – parte da constatação dessa paulatina *erosão da legitimidade* das assembleias políticas, as quais, muito embora formalmente eleitas, perdem essa necessária legitimação, quando se trata de aferir, com impar-

40 Como o *poder do Estado* é uno e indivisível, é o seu *exercício* que se fraciona e se distribui em *funções*, devendo a expressão plural de usança histórica – “*Poderes do Estado*” – ser hoje entendida apenas como um tropo de linguagem.

cialidade e independência, a pleora de valores *em constante concorrência e em conflito* nas sociedades contemporâneas.

Portanto, o Direito pós-moderno, ao cometer, em dois níveis, o *político* e o *administrativo* – respectivamente, a órgãos constitucionalmente independentes e a órgãos *administrativamente autônomos* – o desempenho de *funções neutrais*, acorreu com atualidade e eficiência para superar esse impasse de legitimação, de modo a *priorizar os interesses públicos primários sobre todos os demais* e, com isso, *garantir equidistância decisória na tarefa de ponderação concursal entre múltiplos valores*, logrando a plena legitimação, tanto em termos correntes como finalísticos, e sem qualquer interferência sobre as atividades partidariamente orientadas, a cargo dos órgãos governamentais do Estado.

Se, no curso da Modernidade, sob o conceito de *legalidade*, então hegemônico, a *noção de direito subjetivo – sempre legalmente referida* – era dominante, diferentemente, com o advento da pós-modernidade e a expansão do paradigma mais amplo da *juridicidade*, em que prevalece a *noção de direitos fundamentais*, essa noção passou a ser *supralegalmente referida* aos *direitos humanos* constitucionalizados, desde logo, os atinentes à *liberdade*, seguindo-se os atinentes à *igualdade*, para, como último desdobramento, os atinentes à *cidadania*.

Assim é que, com o objetivo de maximizar a efetivação desses *direitos fundamentais da cidadania*, como auspicioso rebento republicano que refloresceu nos *Estados Democráticos de Direito*, conheceram extraordinário desenvolvimento contemporâneo as *funções neutrais*, com ação contramajoritária, ampliando e processualizando novos *canais participativos*, concorrendo, assim, para maior *visibilidade e controle* sobre as *funções de governança*, com o que atendem satisfatoriamente à sua primária *destinação societal*, registrando-se, assim, ampliados ganhos, tanto em termos de *legitimidade corrente* – a que se aperfeiçoa no curso da *ação* – como em termos de *legitimidade finalística* – que se integra com o *resultado* –, dois importantes aspectos que, com essas novas funções, lograram destaque.

É razoável, portanto, afirmar que a renovação juspolítica sistemática proporcionada por essa expansão da *juridicidade*,

ultrapassando o tradicional e concentrado, quando não autocrático e elitista *sistema estatal de produção da lei*, veio possibilitar o surgimento e a multiplicação desses novos, variados e ampliados *sistemas híbridos, socioestatais, de produção do Direito*, possibilitando um *controle policêntrico* desses acrescentados valores.

Esse fenômeno pós-moderno, do *policentrismo de controles*, vem a ser não apenas a mais revolucionária como a mais importante das mutações jurídicas contemporâneas, em razão de ter informado brilhantes construções jurídicas derivadas, incorporadas tanto ao direito estatal constitucionalizado quanto ao direito transestatal globalizado, tais como, entre tantas que poderiam ser mencionadas: o *neoconstitucionalismo*, a *democratização da aplicação do Direito por uma sociedade aberta de intérpretes*⁴¹ e a *legitimação de todo tipo de decisões através de funções neutras*, que, embora necessariamente revestidas do poder estatal, não se atrelam a valores e interesses institucionalmente *parciais*, portanto eventualmente majoritários, exatamente por serem, como a denominação já bem o indica, *partidários* (ambas as expressões, derivadas do mesmo étimo latino: *pars, partis*).

Destaque-se, no plano instrumental, o elenco de novas *funções estatais neutras contra-majoritárias*⁴², cuja concepção eticamente avançada tanto veio a enriquecer, a robustecer e a aperfeiçoar as *alternativas decisórias* praticadas no Estado, tanto como, no mesmo nível de importância, os seus instrumentos de *controle recíproco*.

Com essas *funções neutras contramajoritárias* voltadas a recolher em suas origens difusas, por toda a sociedade, o puro e legítimo sentido social de *justiça*, reacende-se um novo e forte luzeiro, absolutamente necessário nas sociedades pluralistas pós-modernas, para iluminar e validar quaisquer aplicações das leis: tanto as que devam atuar voltadas à ordenação do esta-

41 Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. p. 13 e ss.

42 Tema que o Autor tem tratado exaustivamente, desde a promulgação da Constituição de 1988, que as inovou no sistema constitucional brasileiro.

mento social, como as que devam produzir resultados de controle sobre ele.

Essas atividades, que se legitimam não pela *investidura* eleitoral, mas pela fidelidade republicana demonstrada em seu próprio *exercício* e, sobretudo, pelos *resultados* que produzem, progressivamente se estão impondo, tangidas pelos ventos da *consensualidade* e da *flexibilidade*, facilitando o atendimento de toda sorte de *demandas que são próprias da complexidade e do pluralismo contemporâneos*, como as encontradas em sociedades cada vez mais densas, conscientes, atuantes e que se destacam por suas rápidas e profundas mutações em todos os campos da interação humana; todo este processo, enfim, no bojo de uma irresistível tendência de globalização, *que vem expandindo os valores fundamentais do Direito, como criação cultural por excelência [...] da humanidade como um todo*.⁴³

No processo de renovação, essas e outras características juspolíticas emergem não apenas para legitimar, mas para suavizar e humanizar a aplicação do novo *Direito*, aos poucos desfigurando o envilecido estereótipo que dele havia conformado a percepção do homem comum durante a Modernidade, ou seja: reduzido apenas à cega e inflexível coleção de *leis* emanadas do Estado – a *dura lex, sed lex* – friamente aplicada por agentes que, por isso mesmo, são tantas vezes incompreendidos, quando não aborrecidos e importunos, uma vez que, não por outra razão, eles apenas “*sabem a poder e a mando autoritário*”.⁴⁴

As funções atribuídas a essa categoria de *agentes* exercentes de *funções estatais neutras contramajoritárias*, triplamente legitimados: pelo *mérito em seu acesso*, que é uma *legitimação originária*; pelo *exercício político e partidariamente isento de suas funções*, que é uma *legitimação corrente*; e por atuarem diretamente para lograr *resultados de interesse republicano da sociedade*, que é uma *legitimação finalística*. São essas características que lhes conferem *plena legitimidade*, e dotados de

43 A referência aqui é também a Peter Häberle, em intervenção na *Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa*, promovida pela Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 26 de abril de 2006, inédita, p. 6, da versão policopiada, *apud* Paulo Ferreira da Cunha, que a recolhe e a cita em obra sua, a tratar da vocação universalista e do universalismo do Direito Constitucional (*Pensar o Estado*. Lisboa: Quid Juris, 2009. p. 165 e 166)

44 GROSSI, Paolo. *La primera lección del derecho*. Madrid: Marcial Pons, p. 18.

investidura estatal, que lhes atribui *plena autoridade*, vêm suprir as deficiências crônicas na *percepção* e no *atendimento* dos *legítimos interesses gerais da sociedade pós-moderna*.

Assim, os *agentes neutrais*, robustecidos por essas várias atuações paralelas – insista-se, *independentes* daquelas a cargo dos tradicionais estamentos estatais político-partidários –, para obter os *resultados legítimos de seu desempenho*, vão se difundindo e se capilarizando, cada vez mais à disposição e ao alcance de toda a *sociedade*, garantindo, com a realização do *policentrismo do controle*, a sua mais autêntica e poderosa validação.

7 Conclusão: globalização da democracia

As *sociedades humanas* não cessam de progredir e suas *instituições*, como tudo, transitam pelos mesmos ciclos universais de existência: nascimento, desenvolvimento, amadurecimento, declínio e desaparecimento.

Nelas, os *processos institucionais*, que ritualizam sua exteriorização, apresentam ciclos mais efêmeros, em contraste com os *valores institucionais*, que lhes dão conteúdo, e, assim, coincidentes com a própria trajetória da espécie humana, pois que lhe são inatos.

Porém, no processo histórico-cultural, os valores despertam lentamente com uma *consciência social* e nela se desenvolvem e florescem nas sociedades, na medida em que progridem, evoluindo como própria essência da espécie.

Assim, a *democracia*, entendida como *processo institucional político* – até hoje o mais bem sucedido – espelha sempre o estado dos *valores* na sociedade que a adota. Há dois mil e quatrocentos anos, os processos empregados pela magnífica experiência ateniense eram distintos dos instituídos na Revolução Americana e, mais ainda, distantes dos praticados em nossos dias, embora seus iminentes valores não hajam mudado tanto, se confrontadas as respectivas expressões conceituais de Péricles a Jefferson e deste, a Bobbio.

Processos e valores, portanto, ocasionalmente se distanciam, divergem e causam problemáticas desarmonias, que se

refletem na vida política, tornando-se necessário, para recuperar uma razoável coerência entre ambos, superar esse paulatino distanciamento através de ocasionais *mutações*, que surpreendem como súbitas mudanças de paradigmas porque não seguem o fluxo habitual, a “*sage lenteur*”, das transformações históricas, de modo a restabelecer-se o equilíbrio institucional, em cada país e em cada época.

Essas considerações são particularmente úteis sempre que os povos devam atravessar um período de mudanças mais intensas, de modo que suas *instituições* possam acompanhar de perto as transformações das respectivas *sociedades*, pois, afinal, é através delas que se mantêm vivas e prestantes.

A *democracia* não discrepa da regra e passa por seus próprios ciclos dialéticos quanto aos critérios de *legitimidade do poder*: parte da tese de um *conceito censitário*, que arvora a vontade da maioria como critério; confronta-se com a antítese, de criação romana republicana, de um *conceito axiológico*, que funda esse critério em valores essenciais à natureza humana; e produz a síntese pós-moderna do *conceito substantivo*, que os integra harmonicamente.

Paralelamente, no curso dessa milenar evolução, ocorreu outra síntese disciplinar: o *tema democrático*, tradicionalmente próprio da *política*, foi aos poucos adentrando a agenda do *direito* e nele veio a prosperar aportando novos desdobramentos, entre os quais, destacadamente, a sua *constitucionalização*, bastando apreciar-se o tratamento integrador por parte de juristas mais recentes, com obras importantes que tratam do fenômeno com plena abrangência *juspolítica*, ou seja, *como uma só realidade com duas expressões*, confirmando, a cada dia, a conhecida previsão de Norberto Bobbio, de que *a política se juridiciza e o direito se politiza*, noção que se vai impondo como uma realidade de nosso tempo.

Esse processo se patenteia na própria evolução do *Estado de Direito*, que, na linha das Constituições italiana, de 1947, e alemã, de 1949, e das que as seguiram, renovou-se com nova feição, como um *Estado Democrático de Direito*. Entre as *causas* dessa extraordinária transformação qualitativa, citem-se cinco fenômenos contemporâneos: (1) o desgaste das ditaduras e

autocracias, como consequência da vitória dos Aliados na Segunda Guerra Mundial; (2) a redescoberta dos valores do humanismo; (3) a reposição do Estado como instrumento da sociedade; (4) o envelhecimento do legalismo formal instituído pelo positivismo jurídico e, particularmente, (5) a rápida evolução da *globalização da democracia*.

Para ressaltar apenas esse último aspecto e com reflexos mais recentes – a *globalização da democracia* –, examine-se esquematicamente a sua *saga moderna*, já expressada como *regime político constitucionalizado*, em quatro etapas:

1ª etapa (de 1776 a 1874): a de sua *implantação* na Era Moderna, nas Constituições de países da Europa e das Américas; uma expansão que perdeu ímpeto no final do período em razão da proliferação das ideologias que pregavam vários modelos autocráticos, muitas delas se apropriando da qualificação *democrática* para aproveitar-lhe o carisma;

2ª etapa (de 1974 a 1990): a de sua *primeira ressurgência*, como consequência da derrota dos regimes nazifascistas na Segunda Guerra Mundial, sobrevinda com a *reconstitucionalização* de cerca de 30 países na Europa, Américas, África e Ásia;

3ª etapa (de 1990 a 1995): a de sua *segunda ressurgência*, causada pelo melancólico ocaso das experiências comunistas na União Soviética e em outros países do mundo, acrescendo mais 36 *reconstitucionalizações*, chegando, assim, a 117, o número de Estados com – pelo menos formalmente – suas respectivas Cartas Políticas democráticas (de um total de 191 Estados membros da ONU, ou seja, alcançando uma maioria de 60%); e

4ª etapa (de 1995 aos dias de hoje): a da *terceira ressurgência*, marcada pela *primavera islâmica* (expressão mais ampla que a de primavera árabe, pois o mundo islâmico alcança outras etnias e outros idiomas), em que vários povos da área se arriam de vários modos para eliminar ou reduzir a dominação dos regimes políticos fortemente teocráticos e autocráticos em seus países, como um movimento que representa não apenas uma *recuperação global da adesão dos povos aos valores democráticos*, como uma expressiva demonstração da *crescente confiança universal no valor de suas instituições*.

É, portanto, nesse cenário, que *novas funções constitucionais* são postas como *canalizadoras de contrapoderes positivos e filtradoras dos negativos*, o que corresponde ao *novo ciclo de síntese da democracia*, ou seja: de uma democracia cada vez mais *constitucionalizada*, com as exigências axiológicas republicanas absorvidas e destinada a superar a insuficiência dos processos eletivos majoritários, de escolhas predominantemente *formais*, para incorporar processos não apenas da *garantia* como da efetiva *realização política de valores*, o que inclui a participação nas escolhas públicas predominantemente *materiais*. Tudo, enfim, para, como elegantemente pronunciava Jean Rivery, há quase meio século, que não apenas nos conformemos com uma democracia para a escolha de *quem* nos vai governar, mas aspiremos a uma democracia para a escolha de *como* queremos ser governados.⁴⁵

Teresópolis, revisto no verão de 2012.

45 RIVERO, Jean. A propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. In: PÉDAMON, Michel; MAYRAND, Albert; SAVATIER, René. *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965.

1.2

LICITAÇÕES SUSTENTÁVEIS E O FIM INADIÁVEL DA MIOPIA TEMPORAL NA AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS

JUAREZ FREITAS*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Sustentabilidade e licitações públicas. 2.1 Princípio constitucional da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável é norma de aplicabilidade direta e obrigatória nas licitações e contratações públicas brasileiras. 2.2 Nas licitações e contratações, o Estado-Administração tem de ser suficiente e eficaz na proteção ativa dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras. 2.3 Licitações e contratações: a proposta mais vantajosa é aquela que se encontra alinhada com políticas públicas sustentáveis. 2.4 Só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar os novos critérios a serem observados, nas respectivas etapas do certame licitatório. 3 Conclusões.

1 Introdução

Doravante, por força do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras associadas, as licitações precisam sem protelação incorporar ao escrutínio das propostas critérios parâmetros de sustentabilidade para ponderar custos (diretos e indiretos) e os benefícios sociais, ambientais e econômicos. Não se trata de uma simples faculdade (exposta a juízos de conveniência e oportunidade), tampouco de modismo passageiro, como costuma objetar o conservadorismo inercial. Trata-se de assumir, vez por todas, que, em qualquer processo licitatório, o Estado tem de implementar políticas públicas constitucionalizadas, com o desempenho da *função indutora* de boas práticas sustentáveis, ao lado da *função isonômica* de oferecer igualação formal e substancial de oportunidades.

* Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Prof. Titular do Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Prof. de Direito Administrativo da UFRGS, Pós-Doutorado em Direito na Universidade Estatal de Milão, Visiting Scholar nas Universidades de Oxford e Columbia. Membro do Conselho Nato do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Advogado, Consultor e Parecerista, Medalha Pontes de Miranda, em 2011, da Academia Brasileira de Letras Jurídicas pela obra Sustentabilidade: direito ao futuro.

Vale dizer, as licitações e as contratações públicas obrigatoriamente terão de ser realizadas e controladas num horizonte intertemporal dilatado e conseqüente à base da *diretriz vinculante da sustentabilidade*, de cuja força normativa se podem extrair as regras aptas a depurar as cores, ora cinzentas, da gestão pública. Mais do que “verde”, quer-se, em várias dimensões, a licitação de cores limpas.

Nessa perspectiva, eis as ideias de fundo a serem defendidas na presente exposição:

- (a) a sustentabilidade no sistema brasileiro é princípio de envergadura constitucional, não somente aplicável na seara do Direito Ambiental, mas também no Direito Administrativo, entre outras províncias do sistema;
- (b) as licitações, com a observância justificada dos critérios de sustentabilidade, encontram-se forçadas a conferir, desde a tomada de decisão, prioridade fática e jurídica máxima às políticas públicas que ensejam o bem-estar das gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o seu próprio bem-estar;
- (c) as licitações sustentáveis trabalham com modelos paramétricos de estimativas razoáveis dos custos, diretos e indiretos, sociais, ambientais e econômicos, na ciência de que o melhor preço é aquele que implica os menores impactos e externalidades negativas e, concomitantemente, os maiores benefícios globais.

2 Sustentabilidade e licitações públicas

2.1 *Princípio constitucional da sustentabilidade ou do desenvolvimento sustentável é norma de aplicabilidade direta e obrigatória nas licitações e contratações públicas brasileiras*

A Constituição brasileira, no seu preâmbulo, consagra o desenvolvimento como “valor supremo”, ladeado pelo bem-estar, pela igualdade e pela justiça. Mas qual desenvolvimento? A lei-

tura sistemática da Carta indica que só pode ser o desenvolvimento sustentável, sobretudo em função dos arts. 3º, 170, VI, e 225, da CF. Com efeito, o desenvolvimento constitucionalmente pretendido é multidimensional (social, ambiental, econômico, ético e jurídico-político) e sistêmico. Tais dimensões precisam ser promovidas integradamente. Em outras palavras, bem observadas as coisas, o sistema normativo prescreve o desenvolvimento intra e intergeracional, promotor do ambiente limpo e da equidade social, na ciência de que ambientes iníquos afetam a sociedade inteira, em especial no atinente à saúde.¹

Quer dizer, o constituinte pretende fomentar o *desenvolvimento integrado*, o qual, sem preconizar uma postura passiva perante a natureza, determina razoabilidade à atuação humana que precisa gerar, com limites e cautelas, a prosperidade contínua, não o simplório e utilitarista crescimento econômico, medido no não menos simplório Produto Interno Bruto. Para ilustrar o raciocínio: a poluição do ar pode ser o subproduto do crescimento econômico de curto prazo, mas se, em determinadas condições, implicar custos ambientais e sociais desmesurados, colide com o imperativo do desenvolvimento sustentável e será reprovável. *Há, sem maiores controvérsias, atividades econômicas venenosas que provocam mais danos do que valor agregado.*² Não são tais atividades, por certo, que o Estado Constitucional colima fomentar.

Nesse diapasão, a Carta estabelece o desenvolvimento sustentável como “valor supremo” e, a partir do art. 225, é fácil inferir que se trata de princípio constitucional³, imediatamente vinculante, o qual obriga em todos os campos do sistema jurídico.

1 Vide WILKINSON, Richard; PICKETT, Kate. *The spirit level: why greater equality makes societies stronger*. New York: Bloomsbury Press, 2009. Mostram, com dados convincentes, que a iniquidade causa danos à sociedade inteira. Comparam pessoas de mesma renda, educação ou classe, entre vários países, e constatam, não por acaso, que apresentam melhor saúde (inclusive mental) aquelas que vivem em sociedades menos desiguais.

2 Vide MULLER, Nicholas; MENDELSON, Robert ; NORDHAUS, William . Environmental accounting for pollution in the United States economy. *American Economic Review*, v.101, n.5, p. 1649–1675, 2011. Trata-se de rigoroso estudo sobre o custo social da poluição do ar, em termos de saúde e produtividade, apontando aquelas indústrias (“solid waste combustion, sewage treatment, stone quarrying, marinas, and oil and coal-fired power plants”) nas quais os danos ambientais são superiores ao valor agregado. Ademais, propõem, com pertinência, a inclusão das externalidades ambientais no “system of national accounts.”

3 Vide FREITAS, Juez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, sobre a sustentabilidade como princípio constitucional. Tal enfoque tem o condão de modificar o próprio modo de conceber e interpretar o sistema jurídico, em todas as suas áreas.

Gera regras derivadas, desse modo, até sem carência de “interpositio legislatoris”, à esfera dos atos, procedimentos e contratos administrativos, que precisam contribuir para a qualidade de vida das gerações presentes, sem a supressão do bem-estar das gerações futuras.

Portanto, além de “valor supremo”, o desenvolvimento sustentável é um mandamento *constitucional*.⁴ Dito de outra maneira, sem admitir retrocesso hermenêutico, o *Estado-Administração tem o dever de aplicar a Lei Fundamental de ofício*, construindo e reconstruindo as regras instrumentalmente voltadas a vivificar o princípio constitucional da sustentabilidade, entendido em consórcio indissolúvel com os demais princípios.⁵ *Mais: toda discricionariedade administrativa encontra-se plenamente vinculada à sustentabilidade: não se depende de regras legais por acréscimo* (ainda que esclarecedoras normas legislativas tenham surgido recentemente, como será enfatizado) para cobrar a aplicação imediata do princípio constitucional.

Justamente do caráter vinculante surge o lastro que ampara, por exemplo, o ato administrativo que fixa limites razoáveis para emissões de poluentes ou que limita o cancerígeno benzeno em líquidos.⁶ Não se trata de o administrador empreender inovação legislativa, nem de cometer usurpação de competência, senão de cumprir o dever de, no âmbito das atribuições regulatórias ou fiscalizadoras, imprimir a eficácia máxima possível à Constituição, no cerne.

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, força assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresentar-se a *mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor*

4 Vide ADIn 3.540 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, em cuja ementa se lê: “O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia [...]”.

5 Trata-se – convém reiterar – de diretriz vinculante e de pronta concretização administrativa, jurisprudencial e legislativa, que se encontra entrelaçada a outros princípios, como prevenção e precaução, e que guarda sinergia, por exemplo, com o princípio do poluidor-pagador. Vide, a propósito, CF, art. 225, §3º e Lei 6.938/81, art. 4º, VII.

6 A propósito, MPF em Minas Gerais firmou, em 2011, termo de ajustamento de conduta com três grandes fabricantes de refrigerantes, segundo o qual as empresas assumiram o compromisso de, no prazo de até cinco anos, tomar as providências para que todos os seus refrigerantes de baixas calorias ou dietéticos cítricos observem, como máximo, a quantidade de 5 partes por bilhão ou 5 microgramas por litro de benzeno, limite estabelecido pela Anvisa para a água potável.

impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Por esse prisma, o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante ao princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa.

Cumpre, nessa perspectiva, ao *Estado-Administração influenciar a matriz produtiva*, num foco de convergência para que os fornecedores comecem a se tornar vigilantes quanto à *sustentabilidade do ciclo de vida*⁷ dos produtos – desde a obtenção de matérias-primas e insumos, passando pelo processo produtivo e consumo até a disposição final. Por exemplo, é imprescindível assumir nos contratos administrativos a responsabilidade compartilhada pela destinação final dos resíduos e, quando couber, pela logística reversa. Novamente, não se trata de matéria de maior ou menor predileção do administrador, mas de *incontornável obrigação legal e constitucional, ainda profundamente negligenciada pelos administradores e, não raro, pelos controladores.*

Sempre para ilustrar: o reúso de água e a adoção de medidas de poupança de energia não são simples escolhas, escravas de supostos juízos de conveniência e de oportunidade. Não. Apresentam-se, na realidade, como resultantes deontológicas do princípio constitucional da sustentabilidade e das regras que, expressamente ou por inferência, auxiliam a densificá-lo. No limite, a obra errada e inútil, o serviço nefasto e o produto nocivo compõem o quadro das inadmissíveis violações fáticas e jurídicas ao princípio.

Ademais, importa ter presente, em nome da judiciosa e renovada calculabilidade, que, não raro, o custo para investir, por exemplo, no monitoramento do uso de recursos hídricos ou da

7 Vide Lei 12.305, de 2010, art. 3º, IV, sobre o ciclo de vida do produto.

energia costuma significar investimento de “x”, mas propicia, ao longo de alguns anos, uma economia da ordem de várias vezes “x.”

Também os financiamentos públicos, mercê do princípio em tela, encontram-se compelidos, normativamente, a inserir considerações precisas de viabilidade no longo prazo, de ordem a considerar, transparentemente, os custos diretos e indiretos, bem como os riscos associados às externalidades negativas. Não somente: o financiamento tem de contemplar a sustentabilidade em todas as suas facetas, inclusive para evitar o ingresso em empreendimentos temerários e para manter distante a “tragédia grega” da insolvência ou da execução falha.

Na esfera licitatória, portanto, é mister imediatamente *induzir* (um dos papéis fulcrais do edital sustentável) a redução dramática do uso de produtos ambientalmente nocivos e tóxicos, com o incentivo de técnicas e propostas alternativas. Por exemplo, as merendas escolares devem ser compostas exclusivamente de alimentos isentos de agrotóxicos (seriamente certificados), com mais antioxidantes e sem cancerígenos.⁸ Por sua vez, os edifícios públicos devem ser construídos de maneira sustentável, não apenas com a adoção de pontuais tecnologias “verdes” de fachada, mas convertidos em microusinas de energias renováveis. Mais: uma construção em área contaminada simplesmente não pode ser tolerada (às vezes, com a cúmplice e censurável leniência dos controles), sem que se proceda a completa descontaminação prévia. Outra aplicação: os projetos básicos e executivos para a contratação de obras e serviços de engenharia, devem contemplar opções que reduzam os custos de manutenção e de operacionalização, não apenas os de construção. Eis a concretização da sustentabilidade.

Ainda: os veículos a serem adquiridos pelo Poder Público haverão de ser os menos poluentes, não emitindo emissão de níveis nocivos de enxofre e de outros venenos. A preferência deve recair sobre veículos elétricos, híbridos ou movidos a bio-

8 Vide, para ilustrar, a experiência exitosa de Itaipu, no Programa Cultivando Água Boa, em parceria com os Municípios limieiros ao lago, com avanços nos projetos de educação ambiental e agricultura orgânica e com repercussão expressiva na merenda escolar sem veneno.

combustível, que adotem rigorosos controles de emissão⁹, no intuito de enfrentar a poluição do ar nos grandes centros urbanos, fenômeno que, frequentes vezes, assume proporções humanamente fatais (comprovadamente, milhares de mortes acontecem a cada ano com nexo causal diretamente formado a partir da contaminação do ar).

Adicional observação, no rol das ilustrações: apresenta-se inescapável a implementação, *também por intermédio dos certames licitatórios*, daquelas políticas públicas que valorizam a mobilidade urbana, com incentivo deliberado e prioritário ao transporte público de qualidade¹⁰, a par do incremento de outros modais de transportes (ferrovias e hidrovias) para o escoamento de pessoas e produção, haja vista a saturação crítica do modal rodoviário¹¹. Como se afigura incontendível, o trânsito nas metrópoles¹² é robusto e estressante testemunho da falta crônica de planejamento sistêmico, que se revela, a cada dia, mais e mais insustentável.

Enfim, tais exemplos são suficientes para realçar o papel que o Estado-Administração deve exercer no atinente à implementação inadiável de licitações e contratações públicas, em consonância com o princípio positivo da sustentabilidade multidimensional¹³. Portanto, numa primeira conclusão, consigne-se que *não se trata de simples faculdade, mas de obrigação constitucional e legal realizar as licitações e contratações administrativas sustentáveis, em todos os Poderes e por todos os Poderes.*

Dito de outro modo, *o dever de efetuar contratações públicas sustentáveis* implica promover a reconformação da arquitetura das instituições e dos comportamentos: *guiado pelo imperativo fundamental da sustentabilidade, o gestor precisa, em todas as*

9 A certificação, dotada de credibilidade, assume caráter decisivo.

10 Vide Poluição veicular atmosférica, *Comunicados do IPEA*, n.113, p. 24, set. 2011, que aposta em alternativas tecnológicas limpas e, em lugar de políticas contraditórias que favorecem o transporte individual, postula a prioridade do transporte coletivo.

11 Vide BESSERMAN, Sérgio; VEIGA, José Eli da; ABRANCHES, Sérgio. Sobre o sistema intermodal. In: GIAMBIAGI, Fábio; BARROS, Octavio de (Org.). *Brasil pós-crise: agenda para a próxima década*. Rio de Janeiro: Campus, 2009. p. 320.

12 Cidades fazem esforço meritório para vencer gargalos, como Copenhague e Oslo. Em toda parte, exige-se acentuada mudança de concepção e de planejamento dos centros urbanos, muitos dos quais verdadeiramente impróprios para a vida digna.

13 Para ilustrar a reciprocidade causal entre as múltiplas dimensões, vide pesquisa da FGV, intitulada "Benefícios econômicos da expansão do saneamento ambiental", de julho de 2010.

*relações de administração, promover o bem-estar das gerações presentes, sem inviabilizar o bem-estar das gerações futuras, cujos direitos fundamentais são, desde logo, plenamente reconhecidos pelo ordenamento jurídico*¹⁴.

2.2 Nas licitações e contratações, o Estado-Administração tem de ser suficiente e eficaz na proteção ativa dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras

Assentado esse ponto, cumpre notar que o controle mais significativo dos atos, procedimentos e contratos administrativos passa a ser o da eficácia (CF, art.74), em lugar da simples eficiência ou da mera legalidade (CF, art.37). Com efeito, a eficiência, em situações paradoxais, pode até produzir mais velozmente o insustentável. Logo, a *densificação do princípio da eficácia* (entendido como obtenção de resultados e processos compatíveis com os objetivos fundamentais da Carta, não apenas aptidão de produzir efeitos no mundo jurídico) é o que mais importa para o desenvolvimento sustentável. O Estado-Administração não pode prosseguir insuficiente, omissis e ineficaz na proteção dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.¹⁵

Nesse enfoque, podem-se catalogar determinadas regras densificadoras do princípio do desenvolvimento sustentável em três grandes grupos: (i) regras legais; (ii) regras administrativas expressas ou decorrentes do poder regulamentar; e (iii) regras interpretativas inferíveis do sistema constitucional, que servem para colmatar lacunas eficaciais e suprir a tópica insuficiência na proteção dos direitos fundamentais. Convém grifar: revela-se despropositada e temerária qualquer espera excessiva por adicionais regras expressas, uma vez que a demora pode ser – e

14 Trata-se de variação do conceito, centrado em necessidades, contido no Relatório Brundtland (1987), em que pese o grande avanço que representou. O conceito de sustentabilidade aqui defendido é o de princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade para a concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar, conforme a minha proposta em FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012.

15 Vide, a propósito, entre outros, DIETLEIN, Johannes. *Die Lehre Von den grundrechtlichen Schutzpflichten*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005.

tem sido – corrosiva da eficácia do princípio constitucional em tela. Enfatize-se, pois, a vinculatividade direta do sistema, a qual *não pode ser ofuscada ou obliterada pela morosidade ou pela inércia administrativa inconstitucional*.

Quer dizer, o Estado-Administração não pode dar de ombros para os deveres adaptativos requeridos pelo desenvolvimento sustentável, sob a alegação pusilânime de carência de regras expressas. As regras jurídicas podem perfeitamente ser inferidas à base do dever de imprimir eficácia crescente ao sistema normativo e destinadas a propiciar a catalização eficaz dos princípios, objetivos e direitos fundamentais¹⁶.

Dito isso, convém destacar que no grupo das regras expressas no sistema brasileiro (i) figura a Lei de Mudanças Climáticas (Lei 12.187, de 2009). Tal diploma estipula a adoção de providências que estimulem, com celeridade¹⁷, o desenvolvimento de processos e tecnologias aptos a contribuir para a economia de baixo carbono, assim como para a adaptação, com o estabelecimento de *critérios seguros de preferência* nas licitações públicas para aquelas propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais (art. 6º, XII). Note-se que tais critérios de preferência devem ser aplicados até para a simples autorização e, “a fortiori”, para a celebração dos contratos públicos, que requerem estabilidade e pressupõem alta previsibilidade das condutas.

Outra regra densificadora digna de menção está alojada no corpo da Lei de Licitações, alterada pela Lei 12.349, de 2010¹⁸, estabelecendo que a licitação “destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.” Isonomia e sustentabilidade social, econômica e ambiental são, numa equação responsável

16 Vide, para aprofundar, FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 228- 271.

17 Vide, a propósito, as recomendações do TCU, em auditoria operacional sobre políticas públicas e mudanças climáticas, em TC 026.061/2008-6, Acórdão 2.462/2009, Rel. Min. Aroldo Cedraz.

18 Como acentua PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Desenvolvimento sustentável: a nova cláusula geral das contratações públicas brasileiras. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 13, p. 71, maio-jun. 2011. : “Em verdade, a Lei 12.349/10 veio dar cobro à omissão do regime legal geral das licitações e contratações [...] que não explicitava [...] o que já decorria da Constituição da República e vinha sendo alvo de regras em leis setoriais e normas infralegais específicas.”

a longo prazo, princípios compatibilizáveis e de aplicação obrigatória conjunta.

Curiosamente, a experimental Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei 12.462, de 2011) teve o cuidado de repetir, no seu art. 3º, que as licitações e contratações devem ser realizadas em conformidade com o princípio do desenvolvimento sustentável e, no art. 4º, fez constar inovadoramente que, nas licitações e contratos, terá de ser observada, entre outras, a diretriz de “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.” Trata-se, pois, de exigir a avaliação inédita, pelos controles interno e externo, dos *custos, diretos e indiretos*.

Certamente, a referência abrangente a custos econômicos, sociais e ambientais é oportuna tradução, em seu amplo espectro, do princípio constitucional da sustentabilidade, ainda que veiculada em diploma a ser aperfeiçoado. Mas não só: no art. 10, admite-se, com a pertinente motivação, a contratação das obras e serviços, a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas e critérios de sustentabilidade, estipulados no instrumento convocatório e no contrato. E mais: dispõe o art. 19 que, sem miopia, o julgamento pelo menor preço ou menor desconto terá de considerar o menor dispêndio da administração, porém atendidos os parâmetros de qualidade, convindo sublinhar que os custos indiretos haverão de ser necessariamente contemplados na definição do menor dispêndio.

Entretanto, a consagração da sustentabilidade, no plano das regras legais, não cessa por aí. Entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305, de 2010, art.7º, XI), consta a prioridade obrigatória, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis e bens, serviços e obras que considerem os critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis. Desse modo, sempre que possível optar entre um ou outro bem, a escolha legítima só pode recair sobre aquele que estiver em sintonia com as exigências globais da sustentabilidade. Não se

admite, pois, esposar retoricamente o sentido fraco da prioridade estipulada, dado que se impõe descartar os produtos que não apresentem as citadas características, sobretudo perante alternativas com preços razoáveis e condições técnicas abalizadas para atender os requisitos da sustentabilidade. O que se objetiva, nesse diploma, é acelerar a transição para os negócios “verdes” e, com isso, para novos padrões de consumo, na certeza de que os métodos usuais (“business as usual”) simplesmente tendem a tornar a vida humana inviável.

O segundo grupo apontado (ii) é o das regras administrativas expressas, as quais, a seu modo, também visam a concretizar o princípio constitucional da sustentabilidade, no exercício do poder regulamentar. A título ilustrativo, cumpre citar a Instrução Normativa 1/2010 da Secretaria de Logística, do Ministério do Planejamento, que dispõe sobre os critérios obrigatórios de sustentabilidade, na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Com acerto, esclarece o ato administrativo que tais critérios, no atinente às especificações, devem constar no instrumento convocatório, “considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas” (art.1º). Ao lado disso, remete, judiciosamente, ao art. 12 da Lei nº 8.666, e desdobra a regra legal, orientando-a no sentido de que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia devem ser elaboradas visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, além da utilização de tecnologias que reduzam o impacto ambiental.

Como se constata, o ato administrativo em apreço detalha, de forma organizada, relevantes mandamentos presentes no sistema. Por sinal, no caso de bens e serviços, o art. 5º deixa estampado que as Administrações poderão¹⁹ exigir que os bens sejam constituídos, no todo ou em parte, por material reciclado,

19 Por isso, convém enfatizar que, a rigor, não se trata de faculdade, mas de poder-dever, haja vista que o art. 225, par. 1º, V, da Carta, estabelece que se impõe ao Poder Público controlar a produção e a comercialização de “substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”, o que implica não permanecer inerte e condescendente com práticas nocivas contra os seres humanos e os seres vivos em geral.

atóxico, biodegradável ou que sejam observados os requisitos ambientais para a obtenção de certificação do Inmetro como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação a similares. A despeito da literalidade, não se trata de mera faculdade, mas de obrigação constitucional, dado que o princípio da sustentabilidade impõe prevenção e precaução²⁰. Nessa linha, em acréscimo, prescreve corretamente que, antes de iniciar o processo de aquisição, a Administração Pública precisa verificar a disponibilidade e a vantagem de reutilização de bens, por meio de consulta ao fórum eletrônico de materiais ociosos.

Dito de modo sintético, tal ato administrativo, ainda que mereça ser aperfeiçoado, revela-se, para já, vetor útil de aplicação do mandamento *constitucional da sustentabilidade*, que determina condutas estatais voltadas ao desenvolvimento ambientalmente limpo, eficiente e ético, socialmente equânime, de modo a assegurar, no presente e no futuro, as condições efetivas para o bem-estar.

Regras similares existem ou devem existir no âmbito dos Estados, Municípios e Distrito Federal, sendo lícito asseverar que regras²¹ federativas já se encontram perfeitamente acessíveis para que as contratações públicas passem, de pronto, a ser sustentáveis, em todos os Poderes e esferas. Contudo, caso se constate remanescente omissão de regra legal ou administrativa expressa, resta o caminho inteiramente plausível de extrair o intérprete-administrador ou o controlador, por força de inferência, as regras do terceiro grupo (iii), isto é, aquelas construídas, por assim dizer, pelo aplicador que não se subtrai do compromisso de oferecer, motivadamente, a contribuição à eficácia do princípio da sustentabilidade. A não ser assim, a suposta falta de regras seria usada como arma contra a força vinculante do sistema constitucional, arma que nenhum agente público idôneo tem porte para carregar.

Em suma, conclui-se que existem regras suficientes (dos três grupos citados) para se considerar plena e imediatamente

20 Vide, sobre prevenção e precaução, MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

21 O art. 3º da Lei de Licitações, ao consagrar o princípio do desenvolvimento sustentável, veicula, como parece incontroverso, norma geral, logo aplicável a todas as esferas federativas.

aplicável o princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, nas licitações e contratações administrativas brasileiras.

2.3 Licitações e contratações: a proposta mais vantajosa é aquela que se encontra alinhada com políticas públicas sustentáveis

Nada mais justifica que a licitação siga presa a critérios simplistas ou à metodologia tradicional e míope de julgamento e de controle. Melhor preço, frequentes vezes, é diferente do menor preço ou do preço míope, contemplado sob o prisma intertemporal. O certo é que os controladores, inclusive os Tribunais de Contas, deveriam assumir, na perspectiva abraçada, o protagonismo da redefinição da arquitetura licitatória, ao cobrar, sem morosidade, o exame motivado dos custos e benefícios, diretos e indiretos, em termos econômicos, sociais e ambientais, de maneira parametricamente convincente.

Não é lícito negligenciar que a sustentabilidade representa – ao contrário do que dizem os seus críticos superficiais – um potencial ganho de eficiência, com redução significativa de custos, às vezes no plano imediato. Não por outro motivo, a sustentabilidade deixa de ser, gradativamente, um simples ardil para ganho de imagem ou de reputação, para se converter numa estratégia disseminada de agregação de valor para a Administração Pública e para as contratadas.

Afortunadamente, começa a se difundir a noção de que a sindicabilidade das decisões administrativas haverá de se estender no tempo e no espaço, para contemplar os múltiplos efeitos, numa permanente reavaliação, com reforço da programação, do planejamento e do monitoramento, no tocante aos impactos nos meios físico, biótico e socioeconômico.

É que os critérios estratégicos da sustentabilidade, no processo de tomada da decisão administrativa, requerem o maior distanciamento temporal e *a capacidade de prospecção de longo prazo*, com o abandono resolutivo da visão reducionista dominante, segundo a qual o sistema jurídico cuidaria apenas do imediato e da obtenção do “preço míope”.

Nessa ótica, o gestor público responsável não pode mais realizar juízos adstritos ao curto prazo, típico comportamento daqueles que não apenas desprezam os princípios constitucionais, como se alienam a interesses secundários. Em outras palavras, o gestor e o controlador devem vencer todo e qualquer traço de indolência acomodatória que os impedem de fazer o melhor possível para todas as gerações: o *horizonte haverá de ser o horizonte do Estado Sustentável*,²² no qual o ciclo de vida dos produtos e serviços passa a ser escrutinado, preferencialmente de modo cautelar e antecipatório, oferecendo respostas aceitáveis no teste da sustentabilidade a ser descrito a seguir.

2.4 Só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar os novos critérios a serem observados, nas respectivas etapas do certame licitatório

Avulta nesse contexto de afirmação do princípio constitucional da sustentabilidade uma tríade de questões centrais para a sua implementação exitosa nas licitações e contratações públicas.

Uma primeira questão concerne aos antecedentes da licitação. Quer dizer, antes de o certame ser levado a efeito, impõe-se responder à indagação típica da sustentabilidade: *é a licitação realmente necessária e apresenta benefícios que superem os custos diretos e indiretos?* Considerou o administrador público, com esmero e capacidade de cálculo²³ (no sentido confiável do termo), a hipótese de resolver a demanda com medidas de racionalização ou com o emprego daquilo que está disponível e ocioso? Mais: a decisão administrativa de licitar coaduna-se com o princípio da sustentabilidade em todas as suas dimensões, inclusive sociais e econômicas? Favorece a visão sistêmica ou contribui para formação de gargalos que só dificultam a vida de todos?

O dever de motivação, exercido nessa fase, terá de enfrentar, coerente e consistentemente, o mérito dessas questões conjuntas, na ciência de que o certame supérfluo ou lesivo – muito comum – não pode mais ser tolerado. Como se trata de questão

22 Vide FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. cap. 10.

23 Cálculo relativo à estima dos custos (diretos e indiretos) e benefícios ambientais, sociais e econômicos.

que antecede a licitação, é apropriado cogitar, desde o nascedouro, licitações sustentáveis, e não apenas de contratações sustentáveis.

O certo, em homenagem ao art. 50 da Lei 9.784/99, é reconhecer o caráter cogente dessa motivação de maneira generalizada, em todas as licitações e contratações públicas e encapsular, na justificação do certame, o exame minucioso dos requisitos da sustentabilidade. Não se deve esquecer que, consoante o inciso I, do citado art. 50 da Lei 9.784, a motivação é obrigatória quando os atos administrativos “neguem, limitem ou *afetem direitos e interesses*”. Ora bem, por conta das atuais circunstâncias, nada está mais exposto ao exame dos efeitos e do impacto sobre os direitos do que as decisões administrativas escrutináveis à luz do princípio constitucional da sustentabilidade. Numa frase: o que afeta o futuro, afeta o direito fundamental à sustentabilidade, logo deve ser devidamente justificado.

Prosseguindo no teste: uma segunda questão típica de desenvolvimento sustentável envolve a implementação propriamente dita do certame licitatório. Isto é, superada a primeira fase, é chegado o momento de definir o objeto e de inserir, no exame da habilitação e no rol dos critérios de avaliação da proposta mais vantajosa, os requisitos da sustentabilidade ambiental, econômica e social. Requisitos que, na etapa do julgamento das propostas, transcendem – sem excluir – o exame da mera legalidade.

Reitere-se: no projeto básico, quando se cogita de orçamento detalhado, cumpre que, doravante, constem estimativas razoáveis dos custos, diretos e indiretos, relacionados às externalidades negativas, de sorte que, por exemplo, não se considere exclusivamente o custo econômico imediato para a construção de um prédio, mas também o da manutenção e o da operação, à vista das soluções adotadas.

Finalmente, uma terceira questão própria do teste da sustentabilidade é aquela relativa à fase de celebração e execução do contrato administrativo, isto é, ao cumprimento das obrigações pactuadas. Nessa fase, que não pode ser separada logicamente das anteriores, conferir-se-á, fiscalizadamente, se a estimativa compreensiva dos custos diretos e indiretos acolhida

no texto do contrato resultou bem sucedida na execução, consoante o sopesamento e a pesagem dos custos e benefícios, expostos à reavaliação permanente dos aspectos comensuráveis e incomensuráveis, sempre com proporcionalidade e respeito ao equilíbrio econômico-financeiro intangível.

Essas três questões que compõem o teste da sustentabilidade são indissociáveis para o olhar que não se deixa confinar pela vista curta. De fato, só as lentes da sustentabilidade permitem enxergar dinamicamente os elementos a serem enquadrados nas respectivas etapas do certame licitatório. Não são, por certo, elementos triviais, mas cruciais.

Em síntese, no intuito de melhor retê-los, eis os tópicos que se afiguram os mais relevantes para o teste dinâmico da sustentabilidade aplicável às licitações e contratações administrativas:

- (a) antes de começar a licitação, é crucial responder se existe conveniência motivada para iniciar o certame, inclusive verificar se existem, disponíveis ou disponibilizáveis, bens, produtos ociosos ou alternativos. No ponto, as perguntas centrais são: a decisão administrativa de licitar é compatível com o princípio da sustentabilidade em todas as suas dimensões? A licitação pode auxiliar o cumprimento das variadas regras protetivas, gerais ou individuais, da sustentabilidade? A quais políticas públicas, de estatura constitucional, a licitação específica deve atender prioritariamente, a partir da definição do objeto?
- (b) Na fase de implementação do certame e na etapa de celebração e fiscalização subsequente do contrato administrativo, destacam-se indagações a serem respondidas a contento: quais são as especificações do objeto que, sem realizar discriminação negativa, reclamam tratamento diferenciado, segundo o princípio constitucional da sustentabilidade? A contratação administrativa contemplará o ciclo de vida dos produtos ou restará adstrita à variável do preço, numa perspectiva imediatista? A contratação traz resultados defensáveis a longo prazo ou reduz as oportunidades de gerações futuras produzirem o seu próprio bem-estar?
- (c) Finalmente, as obrigações pactuadas, segundo o edital sustentável, são cumpridas de fato?

Uma vez diligentemente enfrentadas essas questões fulcrais, reciprocamente implicadas, resulta que, na hipótese de a licitação ser considerada necessária, haverá, ato contínuo, de passar pelo filtro, segundo o qual a escolha da proposta mais vantajosa não pode ser guiada pelo critério excludente e vicioso do preço, uma vez que, em determinadas circunstâncias, o gasto maior no presente pode representar expressivo ganho adiante, com a induzida redução dos custos futuros. Nessa ótica, a licitação e a contratação precisam tomar parte maiúscula no bojo da políticas de desenvolvimento sustentável, com o intento de estimular a formação de *negócios de cores limpas* e empreendimentos sustentáveis “*lato sensu*”, inclusive eticamente.

Os critérios de sustentabilidade passam a ser concebidos, nessa linha, como instrumentos redefinidores do estilo, do modo e do tempo da gestão pública, mediante o redesenho do bloco de sindicabilidade e dos elementos vinculados dos julgamentos administrativos. *Não se admite, portanto, qualquer contratação que comprometa irresponsavelmente a qualidade de vida das gerações presentes e futuras.*

Nesse contexto, o princípio constitucional da sustentabilidade *proíbe*, simultaneamente, a ineficiência e a ineficácia, nas licitações e contratações públicas (finalidade inibitória). *Obriga* a prevenção e a antecipação, com planejamento estratégico e antevisão dos resultados de obras, serviços e utilização dos bens (finalidade antecipatória e prospectiva). *Permite* induzir os comportamentos intertemporalmente responsáveis (finalidade indutora).

Em razão disso, novos métodos menos sistemicamente onerosos serão sempre preferíveis. Exemplo: o processo eletrônico será preferível, “*prima facie*”, na comparação com os processos de consumo de papel, ainda que as licitações de informática tenham de considerar, adequadamente, a destinação dos equipamentos digitais, como determina a Lei de Resíduos Sólidos.

Merece ênfase que a licitação sustentável supõe *tomada de decisão que leve em consideração os efeitos públicos e privados, diretos e indiretos, prospectivamente*. Vale dizer, a decisão administrativa idônea tem de respeitar processos e re-

sultados futuros. Dito de outro modo, a licitação, norteadada pelo mandamento da sustentabilidade (com o cumprimento das regras instrumentais relacionadas), pode e deve servir como promotora de políticas voltadas à equidade de longo alcance, com apreço à saúde pública²⁴ e à redução (ou internalização) de externalidades negativas, nada se licitando que não se submeta ao crivo ampliado da ponderação custo-benefício, reconstruído para ser um julgamento mais rico, confiável e complexo do que o rotineiro.

Pode parecer tarefa simples, mas não é. O maior inimigo mora nos desvios cognitivos e emotivos que turbam a qualidade das decisões.²⁵ Entretanto, se o desafio se mostra complexo, daí não segue qualquer impossibilidade paralisante de construção do desenvolvimento que importa.

Quando empregados devidamente, os novos critérios de julgamento se metamorfoseiam e evoluem para operar como autênticos critérios de sustentabilidade: *o exame da razoabilidade dos custos (diretos e indiretos) passa a incorporar, necessariamente, a projeção includente de previsíveis demandas, materiais e imateriais, das gerações presentes e futuras.*

Assim, a licitação, em lugar dos conhecidos vícios, começará a ser produtivamente responsável por notáveis transformações políticas, jurídicas, sociais, econômicas, ambientais e éticas. Não por acaso, as licitações, contendo especificações sustentáveis do objeto, ajudam a ensejar observância da diretriz de garantia do “direito a cidades sustentáveis”,²⁶ isto é, livres dos males trazidos pelo jugo excessivo dos combustíveis fósseis, com edifícios saudáveis e eficientes, controle de qualidade do ar, pertinente destinação dos resíduos (logística reversa e responsabilidade compartilhada), economia de água potável e,

24 Vide ELKINGTON, John. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2012. p. 110: “a sociedade depende da economia – e a economia depende do ecossistema global, cuja saúde representa o pilar derradeiro.”

25 Vide, sobre viés, KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul ; TVERSKY, Amos (Ed.). *Judgment under uncertainty: heuristic and biases*. New York: Cambridge University Press, 1982.

26 Vide Estatuto da Cidade (Lei 10.257, de 2001), art. 2.º, I: “A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações”

sobretudo, com o planejamento integrado que leve em conta as condições reais de vida, em vez do urbanismo caótico e insalubre, comandado pelo indiferente império das coisas.

Em suma, mudanças de estilo e de valores podem ser fortemente favorecidas pelas opções administrativas²⁷ que se deixem impregnar pelo princípio da sustentabilidade. Naturalmente, para intensificar a boa resposta aos desafios do desenvolvimento incluyente,²⁸ urge investir num sistema idôneo e confiável de avaliação dos custos, que migre para parâmetros sérios de avaliação dos custos indiretos, sociais, ambientais e econômicos, de maneira a permitir a governança eticamente responsável e prospectiva.

Deveras, as licitações e contratações sustentáveis demandam a observância cabal de critérios que incluam projeções inteligíveis dos custos de longo espectro dos produtos e serviços, de ordem a atentar para a avaliação do ciclo de vida dos bens, contemplado o impacto, efetivo ou potencial, em todos os momentos, do início até a destinação final.

3 Conclusões

Tudo considerado, é útil propor o conceito de licitações norteadas pelo princípio constitucional da sustentabilidade: *são aquelas que, com isonomia e compromisso efetivo com o desenvolvimento sustentável, visam a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios (diretos e indiretos) sociais, econômicos e ambientais.*

Ou, de forma mais completa, são os procedimentos administrativos, por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados – no bojo de certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar

27 Vide, outra vez, ELKINGTON, John. *Sustentabilidade: canibais com garfo e faca*. São Paulo: Makron Books, 2012. p. 170: "não será suficiente 'esverdear' os produtos que as pessoas compram ou mesmo as indústrias que fabricam tais produtos. A mudança necessária para estilos de vida mais sustentáveis somente pode ocorrer com a mudança apropriada dos nossos valores."

28 Vide SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

a melhor proposta, isto é, a *mais sustentável*, quando almeja efetuar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo na fase de habilitação as provas realmente indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas.

Reitere-se: a *sustentabilidade é mandamento constitucional*. Incide em todas as províncias do sistema jurídico, de maneira a tornar inadiável a sua exteriorização imediata, também na seara administrativa. Assim, as licitações e contratações públicas, com a observância cogente dos critérios de sustentabilidade, precisam *encarnar, em larga medida, as políticas públicas que ensejam o bem-estar das gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o próprio bem-estar*.

Devem operar, para tanto, com modelos e estimativas seguras, inteligíveis e confiáveis dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos, levando em conta a preferência simultânea por menores impactos negativos e maiores benefícios globais.

Em última instância, formal e materialmente, o princípio constitucional da sustentabilidade, é lente que *mudará, por inteiro, o Direito Administrativo, implicando, entre outras consequências, o famigerado preço míope*. A Administração Pública terá de assumir o irrenunciável papel histórico de, em vez de externalização, induzir a internalização dos custos e incentivar os benefícios sistêmicos para o florescimento humano, tingido por limpas cores naturais, em lugar dos corantes do falso progresso. Tudo isso requer ativismo lúcido, objetivo e imparcial: o ativismo vinculado à Constituição. Afinal, na seara das relações administrativas, o Estado Constitucional tem de passar a cumprir, de ofício, o dever estratégico de, antes de mais nada, *salvaguardar o direito ao futuro*.

1.3

IMPRESCRITIBILIDADE DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA DO ESTADO E PATRIMÔNIO PÚBLICO

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO *

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Imprescritibilidade constitucional. 3 Doutrina divergente. 4 *Ratio* constitucional e interpretação. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

Ninguém desconhece que um dos postulados jurídicos de maior destaque é aquele segundo o qual as pretensões (ou ações, para outros autores) devem sujeitar-se ao regime da prescritibilidade. Com efeito, não há, na vida social, sobretudo na contemporânea, espaço para a retenção pela inércia *ad infinitum* dos direitos por seu titular, em detrimento daquele a quem é imputada determinada obrigação, submetido que este ficaria ao exclusivo talante do titular.

Há muito, Clovis Bevilacqua já pregava que a influência do tempo sobre os direitos é considerável e variadíssima.¹ De fato, é inconsistente pensar na existência de direitos independentemente dos efeitos que o tempo pode produzir. É irreparável, portanto, a exclamação de Ruggiero: “*A influência que o tempo exerce sobre as relações jurídicas é tão intensa como aquela que exercita sobre todas as coisas humanas*”². A afirmação do grande civilista italiano se confirma quando se percebe que o

* Mestre em Direito (UFRJ). Professor de Direito Administrativo. Membro do IBDA – Inst. Bras. de Direito Administrativo. Membro do IDAERJ – Inst. Dir. Administrativo do Estado do Rio de Janeiro. Membro do IAB – Instituto dos Advogados Brasileiros. Procurador de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentado). Consultor Jurídico do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1 *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955. p. 267 (atualizada por Achilles Bevilacqua e Isaias Bevilacqua).

2 RUGGIERO, Roberto de. *Istituzione di diritto civile*. 6. ed. Messina: Casa Edit. Giuseppe Principato, p. 303-304. v. 1, § 33.

tempo origina a criação, a transformação e a extinção de direitos, numa demonstração de que o direito deve ser perscrutado dentro de uma dimensão temporal.

A prescrição, juntamente com a decadência, materializa-se como um dos mais expressivos efeitos do fator tempo sobre os direitos, ainda que, segundo a mais moderna teorização, não os atinja diretamente, afetando, de modo direto e peremptório, outro instrumento, a *pretensão*, que guarda total inerência relativamente aos direitos. O fato é que, desferido golpe na pretensão, consequências se irradiarão inevitavelmente sobre os direitos.

O fundamento da prescrição, como fato jurídico extintivo, hospeda-se em dois princípios fundamentais, cujo delineamento apresenta indissociável relação: o princípio da estabilidade das relações jurídicas e o princípio da segurança jurídica. O elo entre ambos está em que esse último colima a conquista da confiança dos indivíduos nos atos decorrentes de manifestações de vontade, alvo esse somente alcançado se as relações jurídicas tiverem o revestimento da permanência — esta a linha marcante do princípio da estabilidade.

Não obstante, conquanto a prescritibilidade seja a regra, os estudiosos sempre apontaram situações, sinalizando exceções, que, por suas particularidades e características específicas, não se submetem à regra e, em consequência, simbolizam hipóteses de imprescritibilidade. Estão entre elas as pretensões relativas à personalidade e ao estado das pessoas, bem como as que dizem respeito à vida, à honra, à liberdade, à integridade física ou moral. Do mesmo modo, são imprescritíveis as pretensões que decorrem do direito à filiação, cidadania e condição conjugal.³

Na vigente Constituição, por exemplo, são conhecidas as hipóteses de imprescritibilidade das pretensões criminais decorrentes da prática do racismo (art. 5º, XLII, CF) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático (art. 5º, XLIV, CF), o que confirma a tese de que há valores sob proteção que não sofrem a influência do fator temporal. A

3 São exemplos colhidos em PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 588, v. 1.

persistência dessas pretensões denota o alto grau de reprovabilidade das condutas.⁴

Agnelo Amorim Filho, que desenvolveu teoria própria em substancioso trabalho sobre a prescrição e a decadência, relacionando os institutos à natureza das ações, concluiu que são imprescritíveis as ações constitutivas que não têm prazo especial de exercício fixado em lei e, ainda, as ações declaratórias.⁵

Como se pode observar, a prescritibilidade não é geral nem irrestrita. As hipóteses de imprescritibilidade são resguardadas em razão da natureza dos direitos a que se referem as pretensões. A despeito de a prescrição atingir diretamente a pretensão⁶, não se pode esquecer que, indiretamente, incide sobre os direitos, e isso porque ela nasce justamente quando o direito é violado.

O que se quer realçar nesta breve parte introdutória é o fato de que, dependendo da natureza peculiar do direito, pode a pretensão que dele se origina não se sujeitar à prescrição, possibilitando ao titular deduzi-la a qualquer momento, independentemente da época em que houve a ofensa ao direito.

2 Imprescritibilidade constitucional

A vigente Constituição, como é sabido, foi a primeira a destinar um capítulo próprio para regular a Administração Pública. Entre os arts. 37 a 42, a Carta instituiu normas sobre uma grande diversidade de aspectos da Administração, com início pelo rol de princípios no *caput* e enveredando por outros campos, como o dos servidores públicos, o sistema classificatório da Administração e a improbidade administrativa com as sanções a ela pertinentes.

Uma das preocupações com os valores relacionados à Administração diz respeito à proteção do patrimônio público, nem

4 É a observação de CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 200.

5 AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 750, out. 1997.

6 Art. 189 do Código Civil.

sempre devidamente preservado pelos administradores públicos. Essa preocupação ficou evidenciada no art. 37, § 5º, da CF, que contém o seguinte teor:

“Art. 37 -

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”

A redação do mandamento não é um primor de clareza, mas, apesar disso, enseja a interpretação de que o Constituinte adotou a regra da prescribibilidade das pretensões oriundas da prática de ilícitos cometidos por qualquer pessoa contra a Administração, causando-lhe prejuízos, e remeteu ao legislador ordinário a missão de fixar os respectivos prazos prescricionais.

Entretanto, quando a norma, *in fine*, aludiu à expressão “*ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento*”, criou uma segunda regra, pretendendo consignar que ao legislador seria vedado fixar prazos de prescrição nos casos em que a Administração deduzisse sua pretensão de ressarcimento contra os responsáveis pelo ilícito e pelos prejuízos. Nela, como assevera acertadamente Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o alvo foi “*a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados*”.⁷

A prática de um ilícito pode gerar um feixe de efeitos. Não é somente o prejuízo material ou moral que advém de sua prática. Desta podem originar-se efeitos suscetíveis de acarretar responsabilidade de mais de uma ordem. Ilícitos podem causar responsabilidade penal, caso se configurem como delitos. É possível também que haja responsabilidade civil e administrativa, conforme a área em que se hospede a norma ofendida pelo autor.

O mandamento constitucional admitiu que as pretensões da Administração decorrentes dos ilícitos cometidos por qualquer pessoa sejam sujeitas à prescrição, se houver inércia por par-

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo, Saraiva, 1990. p. 260. v. 1.

te dos órgãos administrativos na tutela de seu direito violado. Mas, em sentido antagônico, considerou imprescritível a pretensão administrativa de ressarcimento, quando do ilícito advenha prejuízo ao erário. A ressalva constitucional está a demonstrar que o erário merece a maior proteção possível, ainda que as autoridades administrativas adotem postura de inércia e de desinteresse em sua tutela.

Em outras palavras, o Constituinte alçou o erário, que integra o patrimônio público, à condição de valor mais alto, digno de proteção mais expressiva, e cuja recomposição não pode ficar à mercê de qualquer lapso temporal ou de eventual desídia administrativa. Por isso, deixou assentada a imprescritibilidade da pretensão ressarcitória quando o ilícito tenha provocado prejuízos ao erário e, pois, agredido o direito da Administração de mantê-lo incólume.

3 Doutrina divergente

A imprescritibilidade contemplada no art. 37, § 5º da Constituição não é assim considerada de modo unânime. Alguns estudiosos têm dado ao dispositivo interpretação em sentido contrário, qual seja, a de que, a despeito do que parece dizer o texto, a pretensão ressarcitória titularizada pelo Estado seguiria a regra da prescritibilidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de aceitar desde sempre a dicção do mandamento constitucional, confessou ter mudado de opinião, não mais admitindo a interpretação que conduz à imprescritibilidade da pretensão ressarcitória.⁸ Diz o renomado publicista que aderiria à tese da imprescritibilidade com grande desconforto, entendendo desacertada a solução normativa. Reclamava contra o fato de que a pretensão subsistiria por gerações, ainda que alcançando os herdeiros do autor dos prejuízos.

8 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1064-1065. Seu antigo entendimento perdurou até a 26ª edição de sua obra, do ano de 2010.

Todavia, reconsiderou sua posição ao ouvir exposição de Emerson Gabardo, que também advoga a interpretação da prescritibilidade da pretensão.⁹ O argumento do ilustre expositor centrou-se no efeito que teria a suposta imprescritibilidade da pretensão, efeito que consistiria na minimização ou supressão do direito de defesa subjetivado pelo autor do dano ao erário.

Entende o expositor que ninguém guarda documentação de caráter probatório por tempo excessivamente longo, vale dizer, além de período razoável, contrariamente ao que ocorre com os órgãos públicos, que podem fazê-lo *ad aeternum*. Desse modo, o responsável pelo prejuízo ficaria inerte diante da permanente exigibilidade da pretensão do Estado, inclusive ao momento em que este decidisse promover a ação necessária a tornar satisfeita a pretensão.

Na defesa de sua nova posição, Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta com o fato de que nem os crimes de racismo, nem as ações contra a ordem constitucional, também mencionados na Constituição, como visto anteriormente, guardam a perenidade quanto a serem imprescritíveis. Tais pretensões, aduz o autor, não se eternizam, eis que não ultrapassam uma vida.¹⁰

E como o grande professor interpretaria a ressalva constitucional do art. 37, § 5º?

Diz ele que o Constituinte, sem embargo da redação defeituosa, alvitrou apenas “*separar os prazos de prescrição do ilícito propriamente, isto é, penal, ou administrativo, dos prazos das ações de responsabilidade, que não terão porque obrigatoriamente coincidir*”. Em consequência, “*a ressalva para as ações de ressarcimento significa que terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal*”.¹¹

Em conclusão, adota a interpretação de que os prazos prescricionais da pretensão indenizatória do Estado ocorrerão nos mesmos fixados para a decretação de invalidade dos atos vi-

9 A exposição, conforme indica o autor, foi apresentada em maio de 2009, no Congresso Mineiro de Direito Administrativo.

10 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1065.

11 *Ibid.*, p. 1065.

ciados: cinco anos, não havendo má-fé, e dez anos, no caso de má-fé, contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o dano ao erário.¹²

4 *Ratio* constitucional e interpretação

O art. 37, § 5º, da Constituição, não foi inserido sem motivo pelo Constituinte. Sua *ratio* — insista-se — foi a proteção ao erário. É bem verdade que a redação se apresenta um pouco defeituosa, podendo propiciar interpretação que conduz a sentido diverso do que inspirou o dispositivo. Mas a concepção da norma, de acordo com a grande maioria dos estudiosos, levou em conta a permanência da pretensão ressarcitória do Estado, independentemente do tempo decorrido entre a violação do direito e o ajuizamento da ação.

José Afonso da Silva, interpretando o dispositivo, anotou no que se refere ao princípio da prescritibilidade dos ilícitos: “Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário”.¹³

Com a mesma interpretação, Pinto Ferreira consigna: “As ações de ressarcimento ou as ações de responsabilidade civil, contudo, são imprescritíveis”. E conclui: “Não ocorrendo prescrição, o direito do Estado é permanente para reaver o que lhe for ilicitamente subtraído”.¹⁴

Celso Ribeiro Bastos, por sua vez, endossa o entendimento, afirmando que “no que tange aos danos civis, o propósito do Texto é de tornar imprescritíveis as ações visando ao ressarcimento do dano causado”.¹⁵

No mesmo sentido vai a opinião de Pedro Roberto Deco-main: “Mas as ações de ressarcimento de danos ao erário foram

12 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 1065.

13 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 653.

14 PINTO, Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2, p. 397.

15 BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, com Yves Gandra Martins. São Paulo: Saraiva. v. 3, t. 3, p. 167.

*tornadas imprescritíveis pelo mencionado parágrafo 5º do art. 37 da Constituição Federal, a despeito de algumas críticas dirigidas àquele dispositivo”.*¹⁶

Marcelo Figueiredo também advoga a imprescritibilidade das ações de ressarcimento e assim se manifesta, quando comenta a prescrição no caso de improbidade administrativa, que, como regra, se consuma no prazo de cinco anos (art. 23, Lei nº 8.429/92): “A prescrição aludida refere-se à ação para a perda da função e suspensão dos direitos políticos. Em relação ao ressarcimento do dano, incide a norma constitucional do art. 37, § 5º, da Lei Maior”.¹⁷

A interpretação histórica do mandamento em foco também parece fluir no sentido da imprescritibilidade. Sérgio de Andréa Ferreira, ao fazer a resenha dos anteprojetos e projetos que precederam o texto definitivo da vigente Constituição, demonstra que, no Projeto de Constituição, conforme substitutivo do Relator (setembro de 1987), assim se estabelecia no art. 43, § 4º, que acabou por se transformar no atual art. 37, § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis” (grifamos). Por outro lado, esclarece que, em textos primitivos, a ideia era ainda mais radical: cobrir com o manto da imprescritibilidade todas as pretensões sancionatórias decorrentes da prática de atos de improbidade.¹⁸

Diante de tal cenário, não é difícil inferir que a verdadeira *ratio* constitucional foi realmente a de tratar de modo diferenciado a pretensão ressarcitória quando houvesse dano ao erário, qualificando-a como imprescritível, em regime de exceção à regra geral da prescritibilidade, contida na parte inicial do art. 37, § 5º, da Constituição.

Poder-se-ia objetar com o fato de que a supressão da parte final do texto do projeto — “que serão imprescritíveis” — estaria a

16 DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 392.

17 FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 328.

18 FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 313. Assinale-se, contudo, que o ilustre autor trilhou interpretação diversa, ou seja, no sentido da prescritibilidade.

significar que o Constituinte teria abdicado da imprescritibilidade das ações de recomposição patrimonial do Estado.¹⁹ De fato, teria sido melhor que a oração fosse mantida, escoimando-se toda e qualquer dúvida, mas sua exclusão não desfigurou a *intentio* do Constituinte. Se a regra geral é a da prescritibilidade e esta se contém na parte inicial do dispositivo, a ressalva, ao final, só pode ser considerada como exceção à regra, ou seja, a ressalva só pode ser interpretada no sentido de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis.

Em nosso entender, o mandamento constitucional insculpiu hipótese de imprescritibilidade. Em relação ao tema, já anotamos: “*Consequentemente, no que concerne à pretensão ressarcitória (ou indenizatória) do Estado, a Constituição assegura a imprescritibilidade da ação. Assim, não há período máximo (vale dizer: prazo prescricional) para que o Poder Público possa propor a ação de indenização em face de seu agente, com o fito de garantir o ressarcimento pelos prejuízos que o mesmo lhe causou*” (grifo do original).²⁰

O mesmo entendimento é adotado, expressamente, por Diógenes Gasparini quando trata da ação ressarcitória do Estado.²¹

Acreditamos, porém, que há dois aspectos que desafiam comentários.

O primeiro consiste nas críticas que alguns estudiosos fazem a essa hipótese de imprescritibilidade.²² Tais críticas, de fato, têm consistência, porquanto repudiam que o Estado se loquente da própria inércia, além do fato de que, como representante da sociedade, caberia-lhe zelar por seu patrimônio.

O outro aspecto reside na eliminação desse privilégio estatal, que não mais condiz com a modernidade jurídica, em que o titular das pretensões não pode descuidar-se de seu direito e, se o faz, deve arcar com a consequência de ver extinta a pretensão e, portanto, ineficaz o seu direito. Ocorre que tal solução somen-

19 Esse, aliás, foi o pensamento de FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3, p. 313.

20 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 535.

21 GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 986.

22 É o caso de BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, com Yves Gandra Martins. São Paulo: Saraiva. v. 3, t. 3, p. 167.

te pode ser hospedada *de lege ferenda*, vale dizer, por meio de emenda constitucional que altere os termos do art. 37, § 5º, ora vigente.

Esses aspectos, no entanto, não têm qualquer relação com os termos atuais do mandamento. Ou seja, *de lege lata*, a única interpretação sensível à história do dispositivo, com a vênua devida aos ilustres estudiosos que pensam em contrário, é a que considera a ação de ressarcimento de danos abrigada sob o manto da imprescritibilidade.

O intuito do Constituinte – observa-se até mesmo no exame das razões históricas – foi o de vedar a fixação de lapso temporal para o término da pretensão ressarcitória, rendendo ensejo a que possa ela ser oferecida em caráter permanente, independentemente do tempo que já tenha transcorrido.

A razão histórica do dispositivo – insista-se – foi a proteção do patrimônio público e, especificamente, do erário, tendo considerado que eventual inércia do Estado na busca do ressarcimento dos prejuízos que lhe foram perpetrados haveria de ceder diante de um valor maior: a proteção ao patrimônio público. Em outras palavras, a percepção do Constituinte foi a de que será preferível assegurar essa proteção a deixar o patrimônio público sob risco de prejuízos irreparáveis, por ficar inerme o Estado, atingido pela prescrição da ação indenizatória.

Avulta destacar, ainda, na correta observação de Landi e Potenza, que o regime jurídico aplicável ao patrimônio estatal é de direito público e nele se incluem certas prerrogativas especiais de proteção inexistentes no campo do direito privado, onde o interesse privado sobreleva ao interesse público.²³ A imprescritibilidade da pretensão ressarcitória aloja-se nas prerrogativas especiais do Poder Público, porque, em última instância, espelha proteção a direito da própria coletividade.

É justo e razoável que o intérprete critique a solução constitucional e advogue que outra deve ser empregada, por entender que o patrimônio público, por mais relevante que seja, não retrata um valor inatingível e imune aos efeitos do tempo.

23 LANDI, Guido ; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 6. ed. Milão: Dott. A. Giuffré, 1978. p. 99.

Não obstante, diante dos termos do art. 37, § 5º, da CF, o valor crítico deve ajustar-se à *ratio* constitucional, e esta não somente elevou o patrimônio público à mais densa proteção, como ainda, e por via de consequência, qualificou o instrumento protetivo — a ação de ressarcimento de prejuízos — com o símbolo da perenidade, atribuindo-lhe a garantia da imprescritibilidade.

5 Conclusão

Nosso intuito, neste breve trabalho, foi apenas o de revisar o tema concernente à interpretação do art. 37, § 5º, *in fine*, da CF, no qual o Constituinte, depois de consagrar a regra da prescritibilidade das pretensões decorrentes da prática de ilícitos contra a Administração, estabeleceu uma ressalva relativa às ações de ressarcimento.

Vimos que um novo pensamento tomou forma, passando a admitir que as ações de ressarcimento estão sujeitas à prescrição.

Entretanto, em consonância com expressiva maioria de estudiosos, ousamos divergir desse pensamento, para defender que, *de lege lata*, a melhor interpretação, consideradas, inclusive, as razões históricas, é a de que tais ações estão protegidas pela imprescritibilidade da pretensão indenizatória.

Reiteramos, contudo, a ressalva de que são razoáveis as críticas ao critério expresso pelo Constituinte, vindas daqueles que não guindam o erário a um valor digno de tal proteção especial. Mas, em nosso entender, trata-se de mero juízo subjetivo de valor, inidôneo para desfigurar o sentido que o Constituinte efetivamente emprestou ao dispositivo. Para essa modificação, imperiosa se faria a promulgação de emenda constitucional que convertesse a solução adotada em outra diametralmente antagônica.

Rebuscando a *intentio* do Constituinte, todavia, nos termos em que se expressou o dispositivo, outra não pode ser a interpretação senão a de que o erário mereceu proteção especial e as ações indenizatórias visando ao ressarcimento dos prejuízos por ele sofridos não têm momento especial para serem ajuizadas, vale dizer, estão elas cobertas pela garantia da imprescritibilidade.

6 Referências

AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 744, out. 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, v. 3, t. 3.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BEVILAQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 2.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. v. 3.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

LANDI, Guido ; POTENZA, Giuseppe. *Manuale de diritto amministrativo*. 6. ed. Milão: Dott.A.Giuffrè, 1978.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 23. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010. v. 1.

RUGGIERO, Roberto de. *Istituzione di diritto civile*. 6. ed. Messina: Casa Edit. Giuseppe Principato, v. 1.

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

1.4

NOVOS RUMOS DAS PARCERIAS DO ESTADO PARA MUITO ALÉM DA PROPOSTA ECONOMICAMENTE MAIS VANTAJOSA: A LICITAÇÃO, O CONTRATO E O CONVÊNIO COMO INSTRUMENTOS DO FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO ESTADUAL E O EXAME DA JURIDICIDADE DA FIXAÇÃO NOS EDITAIS DE LICITAÇÕES PARA OBRAS E SERVIÇOS DA ABSORÇÃO, PELOS PARCEIROS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DE MÃO DE OBRA FORMADA POR ADOLESCENTES E JOVENS EM SITUAÇÃO DE CONFLITO COM A LEI

HORÁCIO AUGUSTO MENDES DE SOUSA*

*“[...] A mudança de paradigma e a consolidação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) ampliaram o compromisso e a responsabilidade do Estado e da Sociedade Civil por soluções eficientes, eficazes e efetivas para o sistema socioeducativo e asseguram aos adolescentes que infracionaram oportunidade de desenvolvimento e uma autêntica experiência de reconstrução de seu projeto de vida. Dessa forma, esses direitos estabelecidos em lei devem repercutir diretamente na materialização de políticas públicas e sociais que incluam o adolescente em conflito com a lei.”***

* Procurador do Estado do Espírito Santo. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ. Especialista em Economia e Direito do Consumidor pela *Universidad Castilla La Mancha* – Espanha. Professor da Pós-Graduação em Direito do Estado e da Regulação da Fundação Getúlio Vargas - RJ. Professor de Direito Econômico da Faculdade de Direito de Vitória – ES.

** Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

SUMÁRIO: 1 A hipótese. 2 Pré-compreensão do tema. 3 A previsão em exame à luz da Constituição da República de 1988. 4 A previsão em exame à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90). 5 A previsão em exame à luz do marco regulatório das licitações e contratações da administração pública (Lei nº 8666/93, Lei nº 8987/95, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/04 e Lei 11.107/05). 6 O edital de licitação, o convênio e o contrato da administração pública como vias regulatórias legítimas, razoáveis, adequadas e proporcionais à disciplina da matéria: afastando algumas objeções (possíveis) à iniciativa administrativa em exame. 7 Proposições conclusivas. 8 Referências. 9 Anexo I: Proposta de Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando o Estatuto da Criança e do Adolescente e disciplinando a organização e funcionamento da administração pública, para fins de absorção da mão de obra dos adolescentes e jovens em conflito com a lei, nas parcerias contratuais e convênios da administração pública estadual, pertinentes às obras e serviços.

1 A hipótese

O presente exame consiste na investigação a respeito da possibilidade constitucional e legal de fixação, nos editais das licitações para obras e serviços, promovidos pela administração pública estadual, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social e econômica, isto é, em conflito com a lei.

O aprofundamento da temática supõe, sob o prisma metodológico, a fixação de algumas premissas para a compreensão do problema. Posteriormente, avança-se para a verificação da conformidade, à luz da Constituição da República de 1988, da previsão editalícia em tela, seguindo-se do exame da compatibilidade da disciplina com o ordenamento infraconstitucional, notadamente o Estatuto da Criança e do Adolescente e o marco regulatório das licitações e contratações da administração pública. Ao final, verifica-se a legitimidade do edital como instrumento para a regulação jurídica, social e econômica pretendida. É o rumo metodológico que se pretende percorrer.

2 Pré-compreensão do tema

A pré-compreensão pode ser entendida como a valoração ampla da normatividade, pelo intérprete, a partir de certas premissas fáticas de índole histórica, política, sociológica, econômica, jurídica e moral que o intérprete adquire a partir da vivência em sociedade¹. Cuida-se, pois, da atividade de captação da inteligência e finalidade da normatividade sob investigação, a partir de determinados dados da realidade e problemas concretos.

Nesse sentido, a abordagem da questão ora submetida a exame parte de algumas premissas já desenvolvidas em estudo anterior, de nossa autoria, a propósito dos limites e possibilidades de utilização da licitação, do contrato e do convênio da administração pública como instrumentos regulatórios voltados para a concretização de políticas públicas estaduais. Cuidava-se, no caso, da investigação a respeito da absorção, pelos parceiros negociais do Estado, da mão de obra formada por presos e egressos advindos do sistema prisional gerido pela administração pública estadual².

A aludida proposição, sob a forma de parecer jurídico, proferido no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, deu ensejo à edição, no âmbito deste Estado, do Decreto nº 2460-R, publicado no Diário Oficial do Estado, de 08.02.2010, dando cumprimento à Lei de Execução Penal e disciplinando a organização e funcionamento da administração pública, para fins de absorção da mão de obra advinda do sistema prisional, nas parcerias contratuais e conveniais da Ad-

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

2 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

ministração Pública estadual, direta ou indireta, pertinentes a obras e serviços³.

Essa pequena digressão histórica não é inútil. Com efeito, a presente investigação parte da premissa no sentido de que, com as devidas proporções e adaptações, como será demonstrado adiante, é possível conferir ao adolescente e ao jovem infrator em situação de vulnerabilidade social e econômica tratamento semelhante àquele conferido pelo Estado aos presos e egressos nas licitações, contratos e convênios da administração pública estadual, já apresentando resultados positivos, nada obstante à recenticidade da disciplina normativa citada e a injustificada gradualidade na efetivação do novo marco regulatório⁴.

Destarte, muito embora, sob o ponto de vista técnico e jurídico, o preso, o egresso, o adolescente e o jovem infrator em situação de vulnerabilidade social e econômica não estejam sujeitos a tratamento jurídico idêntico, na prática, ocorre uma perversa e injusta equiparação, isso sem contar a resistência, o preconceito e a ignorância decorrentes da ausência do desenvolvimento efetivo de uma cultura fundada na impostergável solidariedade que deve existir na vida em sociedade acerca da importância da reinserção social e econômica tanto do preso, do egresso, quanto,

3 Nesse sentido, confira-se o parecer jurídico proferido nos autos do processo administrativo nº 45325839/2009, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos, ementado nos seguintes termos: “*EMENTA*: 1 A consulta. 2 Pré-compreensão do tema. 3 A previsão em exame à luz da Constituição da República de 1988. 3.1 Revisitando o conceito constitucional implícito de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, decorrente do princípio jurídico da licitação, à luz do modelo de Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*). 3.2 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da cidadania (CR/88, art. 1º, II). 3.3 A licitação como instrumento de concretização do princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana do presidiário (CR/88, art. 1º, III). 3.4. A licitação como instrumento de concretização de outras normas constitucionais fundamentais relacionadas à gestão dos serviços penitenciários (CR/88, arts. 1º, IV, p. único, 3º, I, II, III, IV, 5º, XXII, XLIX e par. 2º, 6º, *caput*, 23, I e X, 37, *caput*, 70, *caput*, 144, *caput*, 170, III e 193, *caput*). 4 A previsão em exame à luz da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84). 5 A previsão em exame à luz do marco regulatório das Licitações e Contratações da Administração Pública (Lei nº 8666/93, Lei nº 8987/95, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/04 e Lei 11.107/05). 6 O tratamento conferido pela Lei nº 8666/93. 7 O tratamento conferido pelas Leis nºs. 8987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05. 8 O edital de licitação como a via regulatória legítima, razoável, adequada e proporcional à disciplina da matéria: afastando algumas objeções (possíveis) à iniciativa administrativa em exame. 9 Proposições conclusivas. 10 ANEXO I: Proposta de Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando a Lei de Execução Penal e disciplinando a organização e funcionamento da Administração Pública, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convênios da Administração Pública estadual, pertinentes às obras e serviços. 11 ANEXO II: Proposta de Portaria, a ser expedida pelo Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, alteradora dos editais e instrumentos contratuais e convencionais padronizados, pertinentes às obras e serviços, para fins de absorção da mão de obra dos presos nas parcerias contratuais e convencionais da Administração Pública estadual.”

4 Consoante os dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Justiça deste Estado, por meio da respectiva diretoria de ressocialização, até o presente momento, só no âmbito do Poder Executivo estadual, 50 (cinquenta) vagas já foram preenchidas, estando 12 (doze) vagas em fase de preenchimento. O pequeno resultado, diante da gama de parcerias administrativas firmadas pelo Estado, ensejou que o Ministério Público do Estado do Espírito Santo expedisse notificação recomendatória aos órgãos e entidades da administração pública estadual, com vistas ao cumprimento do Decreto nº 2460-R/2010, sob pena de instauração de inquérito civil público e respectiva propositura de ação de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa, consubstanciado no descumprimento do ato normativo estadual.

especialmente, do adolescente e do jovem infrator em situação de vulnerabilidade social e econômica, isto é, em conflito com a lei.

Nesse contexto, a importância fundamental na adoção de medidas voltadas à reinserção na sociedade dos adolescentes e jovens infratores em situação de vulnerabilidade econômica e social ensejou a inserção dessa diretriz política e administrativa como medida sempre recomendada e objeto de preocupação permanente deste Estado. Significa dizer, a segregação do jovem e do adolescente infrator não tem se mostrado como o meio mais eficaz para a sua posterior reinserção socioeconômica. Daí, pois, as medidas socioeducativas em meio aberto como opção mais eficiente, onde a profissionalização e o trabalho podem se revelar como meios eficazes para o resgate da dignidade humana dos adolescentes e jovens em conflito com a lei⁵.

Daí porque a reinserção social e econômica citada se apresenta como uma das metas prioritárias da Chefia do Poder Executivo estadual, estabelecida por meio do Eixo de Prevenção e Redução da Violência, criado pelo Decreto nº 2654-R, de 06.01.2011, que institui o sistema de gestão do Plano Estratégico do Governo do Estado do Espírito Santo⁶.

5 Essa diretriz pode ser extraída do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, sob a coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Confira-se: “[...] Outrossim, priorizaram-se as medidas em meio aberto (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) em detrimento das restritivas de liberdade (semiliberdade e internação em estabelecimento educacional, haja vista que estas somente devem ser aplicadas em caráter de excepcionalidade e brevidade). Trata-se de estratégia que busca reverter a tendência crescente de internação dos adolescentes bem como confrontar a sua eficácia invertida, uma vez que se tem constatado que a elevação do rigor das medidas não tem melhorado substancialmente a inclusão social dos egressos do sistema socioeducativo [...]” Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

6 O aludido sistema fundamenta a sua atuação na definição de “Eixos Estratégicos”, enquanto elementos orientadores da organização dos subconjuntos de projetos a serem executados pela Administração Pública estadual. Consoante o ato normativo estadual citado, os projetos serão definidos a partir de proposições formuladas pela própria Administração Pública estadual, por meio das Secretarias de Estado, com base em estudos e diagnósticos das diversas realidades inerentes aos setores socioeconômicos sensíveis objeto de atuação do Poder Público estadual, sem prejuízo das propostas e sugestões advindas diretamente da sociedade. Ainda nesse contexto normativo, cada projeto contemplará um cronograma previamente estabelecido, em vista de metas de resultados esperados, assim como a remoção de ameaças, obstáculos e barreiras às iniciativas projetadas, tudo de modo a permitir um acompanhamento da sua execução pelo próprio Estado. Destarte, com vistas ao monitoramento executivo dos projetos aludidos, foram criados 10 (dez) Comitês, pertinentes a cada Eixo Estratégico, abrangendo as seguintes áreas temáticas: I. Eixo Estratégico da Melhoria da Gestão Pública e Valorização do Servidor; II. Eixo Estratégico do Desenvolvimento da Educação, Cultura, Esportes e Lazer; III. Eixo Estratégico da Produção do Conhecimento, Inovação e Desenvolvimento; IV. Eixo Estratégico da Integração Logística; V. Eixo Estratégico do Desenvolvimento da Infraestrutura Urbana VI. Eixo Estratégico da Empregabilidade, Participação e Proteção Social; VII. Eixo Estratégico da Atenção Integral à Saúde; VIII. Eixo Estratégico da Prevenção e Redução da Violência; IX. Eixo Estratégico da Distribuição dos Frutos do Progresso e X. Eixo Estratégico da Inserção Nacional. No que tange especificamente à atuação da Procuradoria Geral do Estado, a normatividade em exame estabelece que cada um dos 10 (dez) Comitês mencionados contará com a participação de um Procurador do Estado, indicado pelo Procurador-Geral do Estado, com vistas ao “conhecimento prévio dos problemas suscitados na área jurídica, além da contribuição de cada um deles para o debate” dos projetos dos respectivos eixos.

Nessa ordem de ideias, a relevância do sistema de gestão do Plano Estratégico do Governo do Estado do Espírito Santo pôde ser bem sentida nas reuniões ocorridas nos dias 22, 23 e 24 de fevereiro do ano de 2011, por ocasião do Planejamento Estratégico 2011-2015, cujos objetivos centrais foram a revisão das estratégias e ações para o período, bem como a priorização dos projetos e ações. Naquela oportunidade, dentre as metas previstas, destacou-se a reinserção dos adolescentes infratores em situação de vulnerabilidade social e econômica, o que deve, pois, ser levado em conta para o exame jurídico em tela.

Além desse quadrante fático real em curso, no âmbito deste Estado, não se pode olvidar, em nível mais amplo, que a pós-modernidade – em que pese a consolidação de todo o progresso e revolução das Ciências, das Tecnologias e das Informações, em nível planetário, fazendo com que o homem e a mulher contemporâneos avancem em direção à plenitude da vida nas sociedades – ainda não logrou equacionar, seja por meio do aparelho estatal, seja por meio da sociedade civil organizada, a problemática questão da pobreza, da desigualdade e seus efeitos em relação aos adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade e conflito com a lei.

Daí, pois, a urgência e a imprescindibilidade na eficiente utilização, pelo Estado, de todos os instrumentos postos à sua disposição pelo ordenamento jurídico, com vistas ao redirecionamento dos adolescentes e jovens infratores em situação de vulnerabilidade social e econômica aos rumos da reinserção na vida em sociedade, em condições dignas, enquanto pessoas humanas em estágio de desenvolvimento.

Fixadas essas premissas, passa-se à análise da temática sob investigação.

3 A previsão em exame à luz da Constituição da República de 1988

Nesse contexto, cabe verificar se a previsão constante dos editais de licitação para obras e serviços, no âmbito da administração pública, de absorção de mão de obra dos adolescentes infratores em situação de vulnerabilidade social e econômica

pelos parceiros privados do Estado, amolda-se à Constituição da República de 1988. Como dito acima (ver item 2 supra), a temática, em situação semelhante, já foi por nós avaliada, quando do exame da possibilidade de absorção da mão de obra de presos e egressos nas licitações, contratos e convênios firmados pela administração pública estadual. Na oportunidade, demonstramos, à luz da matriz constitucional e do modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, consagrador de um pluralismo de valores relevantes, que o conceito jurídico indeterminado envolvendo a ideia de proposta mais vantajosa abrange não somente o aspecto da economicidade da contratação, mas também a satisfação do maior conjunto de interesses públicos por meio das parcerias firmadas pelo Estado. Confira-se:

“[...] a Constituição da República de 1988, ao alinhar as bases fundamentais do princípio constitucional da licitação, não define expressamente a finalidade do processo licitatório. Nada obstante isso, a dicção sistemática da matriz constitucional, à luz do princípio constitucional da eficiência (CR/88, art. 37, *caput*), permite o entendimento de que a licitação destina-se à seleção de proposta mais vantajosa para a administração pública. Em sexto lugar, da mesma maneira, não há uma definição precisa, nem na matriz constitucional, nem em sede infraconstitucional, a respeito do conteúdo jurídico da expressão proposta mais vantajosa, que se apresenta, pois, como um conceito jurídico impreciso ou indeterminado, embora passível de determinação, diante da realidade fática e administrativa. Assim, a proposta mais vantajosa, sob o prisma estrito da economicidade (CR/88, art. 70, *caput*), corresponde ao menor preço obtido pela administração pública, após a disputa licitatória. Todavia, ainda aqui, para a obtenção do conteúdo jurídico, econômico e constitucional da proposta mais vantajosa, podem e devem os intérpretes constitucionais se utilizar dos limites e possibilidades fixados pela própria matriz constitucional. Neste sentido, a proposta mais vantajosa, no modelo de Estado Democrático de Direito, que tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, é aquela que, uma vez formulada e aceita pela administração pública, atende, simultaneamente, ao maior número de interesses públicos, primários e secundários, previamente demarcados na Constituição da República

de 1988. É dizer, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública é aquela que, uma vez obtida, por meio do devido processo legal licitatório, realiza o maior número de interesses públicos, inclusive, mas não se limitando, à necessária economicidade da futura contratação, como regra, associada ao menor preço ofertado ao Estado”⁷.

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que a fixação de cláusula nos editais das licitações para obras e serviços promovidas pela administração pública estadual para absorção pelos parceiros privados do Estado de mão de obra formada por adolescentes e jovens em conflito com a lei, em situação de vulnerabilidade social e econômica, realiza, pela licitação, um inegável, complexo e amplo conjunto de interesses públicos – primários e secundários – pretendidos pela Constituição da República de 1988, quando do desempenho das atividades administrativas estatais.

Mas não é só. É o que se infere, também, a partir do exame sistemático e teleológico da matriz constitucional. Destarte, sem a pretensão de exaurir as possibilidades normativas constitucionais, na questão pertinente à reinserção dos adolescentes e jovens infratores, em situação de vulnerabilidade social e econômica, pode-se dizer que a previsão em tela densifica também o princípio da cidadania do adolescente e do jovem. A ideia corresponde a um conjunto de atributos, direitos e obrigações da pessoa humana em desenvolvimento, sintetizando-se na possibilidade de participação e influência amplas em relação às

7 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010. Em sentido semelhante, admitindo concepções variáveis e amplas de interesses públicos a serem atendidos por meio da licitação, vale conferir o magistério doutrinário de Marçal Justen Filho: “[...] Um problema reside na identificação, na vida real, daquilo em que consiste a “vantagem” da Administração. As dúvidas sobre esse tema tratam a pluralidade de facetas do próprio conceito de “interesse público”. [...] Em regra, a vantagem se relaciona com a questão econômica. O Estado dispõe de recursos escassos para custeio de suas atividades e realização de investimento. Portanto, e sem qualquer exceção, a vantagem para o Estado se relaciona com a maior otimização na gestão de seus recursos econômico-financeiros. O Estado tem o dever de realizar a melhor contratação sob o ponto de vista da economicidade. Isso significa que a contratação comporta avaliação como modalidade de relação custo-benefício. A economicidade é o resultado da comparação entre encargos assumidos pelo Estado e direitos a ele atribuídos, em virtude da contratação administrativa. [...] A vantagem não se relaciona apenas e exclusivamente com a questão financeira. O Estado necessita receber prestações satisfatórias, de qualidade adequada. [...] Muitas vezes, a vantagem técnica apresenta relevância tamanha que o Estado tem de deixar a preocupação financeira em segundo plano. [...] Mas a vantagem da contratação não se restringe a isso. Há outras configurações para o interesse público”. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 51-52 - grifei

decisões fundamentais da sociedade em que se insere, abrangendo, em especial para o presente exame, o direito ao trabalho (CR/88, art. 1º, II).

Essa condição cidadã não se perde pela prática do ato infracional. Ao revés, a circunstância de ter cometido ato infracional não lhe retira a condição jurídica de cidadão. Assim, deve o Estado elaborar e implementar políticas públicas, seja por meio de leis, seja por meio de atividades administrativas que viabilizem aos adolescentes e jovens infratores a reinserção gradual na sociedade, notadamente por meio de ocupação lícita, através do trabalho, apresentando-se a licitação, o contrato e o convênio da administração pública, nesse particular, como instrumentos legítimos para a concretização de políticas públicas no setor, voltadas ao resgate da cidadania do ser em desenvolvimento.

Ainda nesse sentido, pode-se dizer que a medida densifica também o princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana do adolescente e do jovem infrator, previsto no art. 1º, III da Constituição da República de 1988.

Na lição de Luís Roberto Barroso, o princípio corresponde a um “espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência,” relacionando-se com a liberdade na opção por valores pessoais, bem como na garantia de condições mínimas materiais de subsistência⁸. Ana Paula de Barcellos assevera com maestria que o princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja de conteúdo aberto, tem um núcleo essencial que se traduz na ideia do mínimo existencial, que é o conjunto de prestações positivas e materiais sem as quais a pessoa humana se encontrará abaixo da dignidade. Para a autora, essas prestações estariam ligadas aos serviços públicos de saúde básica, de educação fundamental, de assistência social e de acesso à justiça⁹. Como características marcantes e múltiplas, vale dizer, na linha da jurisprudência do E. STF, que o princípio da dignidade da pessoa humana ocupa posição central no ordenamento jurídico, constituindo valor e fonte de confor-

8 Prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 5.

9 *Ibid.*, p. 303-308.

mação e inspiração de todo o ordenamento infraconstitucional, assim como dos atos e condutas administrativas do Estado e da iniciativa econômica privada¹⁰.

Avançando, cabe dizer, na linha da doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes, que o princípio em exame se decompõe em quatro elementos fundamentais: o direito à igualdade, o direito à liberdade, o direito à integridade psíquica e física e o direito à solidariedade. Esses elementos, ainda na dicção da autora, decorrem da elaboração de quatro postulados fundamentais, quais sejam, a consideração do homem enquanto sujeito ético e moral que reconhece no outro um sujeito de iguais direitos, dentre eles, a integridade psíquica e física, a partir da manifestação livre da vontade, diante do grupo social, “em relação ao qual tem o direito de não vir a ser marginalizado”.¹¹

É certo, também, que o princípio da dignidade da pessoa humana é extremamente aberto e indeterminado, alcançando todos os setores da ordem jurídica, social e econômica¹². Todavia, é passível de determinação no caso concreto, seja a partir da interpretação sistemática e teleológica da própria matriz constitucional, seja por meio da fixação na lei dos valores, das diretrizes e dos objetivos concretizadores do princípio estudado.

Do breve quadro exposto, bem se percebe que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio de organização da sociedade brasileira, vai se apresentar como baliza fundamental para a formulação e implementação de políticas públicas em matéria social e econômica. Direcionada à sua eficácia normativa ao Estado, significa a obrigação de todos os núcleos orgânicos de poderes de República brasileira de buscarem a concretização da dignidade social e econômica do cidadão, seja na elaboração das leis, seja na administração pública de interesses concretizadores do princípio

10 Confira-se: “[...] A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa — considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) — significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-05, DJ de 29.04.05.

11 Nesse sentido é o magistério de MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

12 *Ibid.*, p. 84.

em tela, seja nas atuações e decisões proferidas pelo Poder Judiciário, com reflexos diretos nos processos sociais e econômicos.

Essas noções adquirem especial relevância quando estivermos diante do adolescente e do jovem infrator, que não perde a sua dignidade enquanto pessoa humana pelo fato de ter cometido anteriormente um ato infracional. Ao revés, essa circunstância não lhe retira a condição de pessoa humana. Assim, deve ter assegurada a sua igualdade (possível) enquanto ser humano atingido pelas mazelas sociais e econômicas da vida em sociedade, agravadas pela internação socioeducativa. Da mesma forma, deve ter preservada a sua liberdade (possível) de trabalho, de acordo com o regular cumprimento da medida socioeducativa estatal concreta a ele imposta. No mesmo contexto, deve ter resguardada a sua integridade física e psíquica, notadamente por sua condição de ser em desenvolvimento, objetivo passível de concretização por meio do trabalho lícito.

Nessa ordem de ideias, deve o Estado elaborar e implementar políticas públicas, seja por meio de leis, seja por meio de atividades administrativas, que viabilizem aos adolescentes e jovens infratores a reinserção gradual na sociedade, notadamente por meio de ocupação lícita, através do trabalho digno, apresentando-se a licitação, o contrato e o convênio da Administração Pública, como instrumentos legítimos para a concretização de políticas públicas do setor voltadas ao resgate da dignidade humana do ser em desenvolvimento.

Nada obstante essas considerações, outros valores e normas constitucionais também se apresentam passíveis de concretização pela reinserção gradual dos adolescentes e jovens infratores, a partir de atividade laboral desempenhada em parcerias firmadas pelo Estado. Assim, a previsão densifica o princípio constitucional fundamental da valorização do trabalho (CR/88, art. 1º, IV), viabilizando ao adolescente e ao jovem infrator o reconhecimento social e econômico do seu esforço útil no exercício da atividade laboral, rumo à sua autorressocialização, em bases dignas.

Da mesma forma, a previsão em tela viabiliza o cumprimento dos objetivos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, por meio de atuação não só do Estado, mas também da própria sociedade, no sentido de construir uma or-

ganização social mais justa, com oportunidades de progresso socioeconômico a todos os membros da comunidade, notadamente àqueles em que se encontram na condição de seres em desenvolvimento, como é o caso dos adolescentes infratores (CR/88, art. 3º, I).

Ainda nesse contexto, a previsão reforça o objetivo fundamental da sociedade brasileira de construção de um ambiente socioeconômico em bases solidárias (CR/88, art. 3º, I). É dizer, a questão dos adolescentes e jovens infratores em situação de vulnerabilidade social e econômica não constitui problema único e exclusivo do Estado, mas também da sociedade como um todo, na medida em que a ausência de solução pública adequada para os problemas daí decorrentes tenderá ao agravamento da própria vida em sociedade, em prejuízo de todos os cidadãos, o que não é admissível.¹³ Sob outro prisma, a medida também reforça o papel do Estado enquanto agente articulador da desejada solidariedade, consoante assevera Vanice Lírio do Valle¹⁴.

Vale frisar que a medida pretendida viabiliza, também, a redução das desigualdades sociais e regionais, no âmbito do Estado, com a diminuição dos efeitos da pobreza e da marginalização socioeconômica a que estão submetidos e inseridos a maioria dos adolescentes e jovens infratores e suas famílias, como regra geral, contribuindo-se, pois, para a melhoria das suas vidas, promovendo-se o bem de todos (CR/88, art. 3º, III e IV).

13 Nesse sentido, confira-se a dicção do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE: “[...] Os artigos 227 da Constituição Federal e 4º do ECA estabeleceram a corresponsabilidade de família, comunidade, sociedade em geral e poder público em assegurar, por meio de promoção e defesa, os direitos de crianças e adolescentes. Para cada um desses atores sociais existem atribuições distintas, porém o trabalho de conscientização e responsabilização deve ser contínuo e recíproco, ou seja, família, comunidade, sociedade em geral e Estado não podem abdicar de interagir com os outros e de responsabilizar-se. Os papéis atribuídos a esses atores sociais se conjugam e entrelaçam: (1) a sociedade e o poder público devem cuidar para que as famílias possam se organizar e se responsabilizar pelo cuidado e acompanhamento de seus adolescentes, evitando a negação de seus direitos, principalmente quando se encontram em situação de cumprimento de medida socioeducativa; (2) à família, à comunidade e à sociedade em geral cabe zelar para que o Estado cumpra com suas responsabilidades, fiscalizando e acompanhando o atendimento socioeducativo, reivindicando a melhoria das condições do tratamento e a prioridade para esse público específico (inclusive orçamentária). A corresponsabilidade, ainda, implica fortalecer as redes sociais de apoio, especialmente para a promoção daqueles em desvantagem social, conjugar esforços para garantir o comprometimento da sociedade, sensibilizando, mobilizando e conscientizando a população em geral sobre as questões que envolvem a atenção ao adolescente em conflito com a lei e, sobretudo, superar práticas que se aproximem de uma cultura predominantemente assistencialista e/ou coercitiva.” Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

14 VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25.

Ademais, não se pode negar que a medida também concretiza a função social da propriedade, na perspectiva da função social da atividade empresarial (CR/88, art. 5º, XXII c/c art. 170, III), pois confere um significado especial à atividade empresarial consubstanciada na execução de obras e prestação de serviços para o Estado, com a absorção de mão de obra de adolescentes e jovens infratores, sem qualquer sacrifício ou prejuízo ao lucro justo e razoável devido às sociedades empresárias pelo desempenho das atividades econômicas lícitas por ocasião da execução das parcerias firmadas com a administração pública. Remarque-se ainda que a medida constitui mecanismo concretizador do direito ao trabalho do adolescente infrator, respeitada a sua condição peculiar de ser em desenvolvimento (CR/88, art. 6º, *caput* c/c art. 7º, XXXIII).

Sob outro prisma, a medida dá cumprimento à competência administrativa do Estado, comum aos demais entes, de zelar pela efetividade da Constituição da República e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, de modo a promover a integração dos setores desfavorecidos (CR/88, art. 23, I e X). Além do atendimento dessas diretrizes gerais, a medida ora em análise vai ao encontro do princípio da eficiência do Estado no desempenho das suas atividades administrativas, seja no que diz respeito à gestão dos serviços assistenciais relacionados à reinserção em sociedade por meio do trabalho dos adolescentes e jovens infratores, seja no que tange às parcerias administrativas firmadas com a iniciativa privada, a partir de contratação administrativa mais vantajosa, na perspectiva empregada no presente trabalho, consoante visto acima (CR/88, art. 37, *caput*).

Remarque-se que a medida também se harmoniza com as bases e os objetivos constitucionais gerais do ordenamento social, é dizer, o primado do trabalho, o bem-estar e justiça sociais (CR/88, art. 193, *caput*). Ademais, não se pode olvidar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente proteção especial, com absoluta prioridade à sua dignidade enquanto ser humano, inclusive os direitos fundamentais à profissionalização e ao correspondente trabalho, notadamente quando se encontrar em situação de vulnerabilidade social e econômica, como é o caso dos adolescentes em conflito com a lei (CR/88, art. 227).

Ainda nesse contexto, bem se percebe a obrigação do Estado no sentido de criar condições de treinamento para o trabalho dos adolescentes (CR/88, art. 227, par. 1º, II), sem prejuízo dos direitos previdenciários e trabalhistas e do acesso à escola (CR/88, art. 227, par. 3º, II e III), tudo a partir da observância da condição especial do adolescente de ser em desenvolvimento (CR/88, art. 227, par. 3º, V). Logo, pode-se dizer que é plenamente válida, à luz da Constituição da República de 1988, a fixação nos editais das licitações para obras e serviços promovidas pela Administração Pública da absorção pelos parceiros privados do Estado de mão de obra formada por adolescentes infratores. Cabe, nos itens seguintes, verificar o tratamento da temática conferido pelo ordenamento infraconstitucional, à luz do Direito Administrativo, começando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90).

4 A previsão em exame à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90)

Dando concretude às normas constitucionais acima examinadas (ver item 3 supra), foi editada a Lei nº 8069/90, que constitui, como cediço, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Cuida-se, pois, de um verdadeiro sistema normativo disciplinador dos diversos aspectos da vida da criança, do adolescente e do jovem submetido ao seu sistema¹⁵.

15 No que tange ao jovem, cuida-se, pois, daquele cidadão com mais de 18 (dezoito) anos e menos de 21 (vinte e um) anos de idade, que incorreu na prática de ato infracional antes de completar 18 (dezoito) anos, mas que se submete ao sistema normativo em tela em razão dos feitos da aplicação da lei se operarem após alcançar a idade de 18 (dezoito) anos. Nesse sentido já assentou o E. STF: “[...] Mas a questão que ora se enfrenta diz respeito ao efeito da superveniência da maioridade penal do socioeducando no curso da medida socioeducativa que lhe foi imposta. É evidente que a aplicação do ECA estará sempre dependente da idade do agente no momento do fato (art. 104, parágrafo único). Contudo, afirmar que, atingindo a maioridade, a medida deve ser extinta é fazer ‘tabula rasa’ do Estatuto. Isso porque esta seria inócua para aqueles que cometeram atos infracionais com mais de dezessete anos. Com efeito, no limite, adotada a tese de defesa, poder-se-ia admitir medida socioeducativa com duração de apenas um dia, hipótese, *data venia*, incompatível com os seus objetivos. [...] A manutenção do infrator, maior de dezoito e menor de vinte e um anos, sob o regime do ECA, em situações excepcionais, taxativamente enumeradas, longe de afigurar-se ilegal, tem como escopo, exatamente, protegê-lo dos rigores das sanções de natureza penal, tendo em conta a sua inimizabilidade, e reintroduzi-lo paulatinamente na vida da comunidade. O Juízo da Infância e Juventude, no caso sob exame, agiu corretamente ao determinar a progressão de regime do paciente, mantendo-o, todavia, nessa situação de semiliberdade, ainda que completado os dezoito anos, em atenção ao que dispõe o art. 121 do ECA, bem assim aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que regem o instituto da internação.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 90.129, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10-4-2007, Primeira Turma, DJ de 18-5-2007. No mesmo sentido: HC 96.742, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, DJE de 3-4-2009.

A interpretação desse sistema normativo, é bom que se diga desde logo, não pode perder de vista os fins sociais aos quais ele se dirige: as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8069/90, art. 6º). Cabe, pois, revisitar as principais normas legitimatórias da previsão de absorção da mão de obra de adolescentes e jovens infratores nas licitações, contratos e convênios firmados pelo Estado. Destarte, logo em sua disposição preliminar, confere-se ao adolescente o direito fundamental à proteção integral, assegurando-lhe, por lei ou outros meios – inclusive atos e pactos administrativos, frise-se – “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Lei nº 8069/90, art. 1º c/c art. 3º)¹⁶.

Esse direito, por certo, também abrange o direito à prioridade e à preferência na formulação e na execução das políticas públicas sociais inclusivas (Lei nº 8069/90, art. 4º, p. único, “c”), na medida em que é dever do Estado e da sociedade velar pela dignidade do adolescente, pondo-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (Lei nº 8069/90, art. 18)¹⁷.

16 Na dicção do E. STF: “O art. 120 da Lei 8.069/1990 garante a realização de atividades externas independentemente de autorização judicial. O Estado tem o dever de assegurar à criança e ao adolescente o direito à convivência familiar (art. 227, *caput*, da Constituição do Brasil). O objetivo maior da Lei 8.069/1990 é a proteção integral à criança e ao adolescente, aí compreendida a participação na vida familiar e comunitária. Restrições a essas garantias somente são possíveis em situações extremas, decretadas com cautela em decisões fundamentadas, o que no caso não se dá. Ordem parcialmente concedida para permitir ao paciente a realização de atividades externas e visitas à família sem a imposição de qualquer condição pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, HC 98.518, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.05.2010, Segunda Turma, DJE de 18.06.2010.

17 Consoante se extrai do documento que materializa o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, sob a coordenação da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente: “[...] Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, contrapõe-se historicamente a um passado de controle e de exclusão social sustentado na Doutrina da Proteção Integral. O ECA expressa direitos da população infanto-juvenil brasileira, pois afirma o valor intrínseco da criança e do adolescente como ser humano, a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento, o valor prospectivo da infância e adolescência como portadoras de continuidade do seu povo e o reconhecimento da sua situação de vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes mercedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado; devendo este atuar mediante políticas públicas e sociais na promoção e defesa de seus direitos. A adoção dessa doutrina em substituição ao velho paradigma da situação irregular (Código de Menores – Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979) acarretou mudanças de referenciais e paradigmas com reflexos inclusive no trato da questão infracional. No plano legal, essa substituição representou uma opção pela inclusão social do adolescente em conflito com a lei e não mais um mero objeto de intervenção, como era no passado.” Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.gov

Mas não é só. O aludido direito fundamental à proteção integral abrange os direitos fundamentais ao trabalho e à profissionalização do adolescente (Lei nº 8069/90, arts. 60 a 69). Esses direitos fundamentais – o direito fundamental ao trabalho e à profissionalização – devem observar as seguintes diretrizes e pautas normativas de proteção ao adolescente:

(i) proibição de qualquer trabalho a menores de 14 (quatorze) anos de idade, salvo na condição de aprendiz;

(ii) a disciplina, por lei especial, da proteção do trabalho dos adolescentes, sem prejuízo da operatividade das normas da Lei nº 8069/90;

(iii) a aprendizagem do adolescente deve observar as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor;

(iv) a formação técnica e profissional do adolescente deve considerar: (iv.i) a garantia de acesso e frequência ao ensino regular; (iv.ii) atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e (iv.iii) horário especial para o exercício das atividades;

br/spdca>. Acesso em: 15 abr. 2011. Na dicção do E. STF: "[...] É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que a proteção aos Direitos da criança e do adolescente (CF, art. 227, *caput*) – qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção dos direitos de segunda geração (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe ao Poder Público a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *facere* [...]. [...] o STF, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello), o STF [...]. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à criança e ao adolescente – que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 227) – tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público, especialmente o Município, disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial, tal como já advertiu o STF [...]. Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 227, *caput*, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à criança e ao adolescente, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. [...] O caráter programático da regra inscrita no art. 227 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente. [...] Impende destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pela eminente Ministra Cármen Lúcia (AI 583.136/SC), em tudo aplicável, por identidade de situação, ao caso em análise." SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 23.03.2010, DJE de 07.04.2010.

(v) ao adolescente até 14 (quatorze) anos de idade é assegurada uma bolsa de aprendizagem;

(vi) ao adolescente aprendiz, maior de 14 (quatorze) anos de idade, são assegurados os direitos trabalhistas e previdenciários;

(vii) ao adolescente deficiente é assegurado regime de trabalho protegido;

(viii) ao adolescente empregado é vedado: (viii.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (viii.ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (viii.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (viii.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(ix) ao adolescente aprendiz é vedado: (ix.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (ix.ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (ix.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (ix.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(x) ao adolescente em regime familiar de trabalho é vedado: (x.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (x.ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (x.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (x.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(xi) ao adolescente aluno de escola técnica é vedado: (xi.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (xi.ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (xi.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (xi.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(xii) ao adolescente assistido em entidade governamental é vedado: (xii.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (xii.

ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (xii.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (xii.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(xiii) ao adolescente assistido em entidade não governamental é vedado: (xiii.i) o trabalho noturno, realizado entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte; (xiii.ii) o trabalho perigoso, insalubre ou penoso; (xiii.iii) o trabalho realizado em locais prejudiciais à sua formação e ao seu desenvolvimento físico, psíquico, moral e social e (xiii.iv) o trabalho realizado em horários e locais que não permitam a frequência à escola;

(xiv) o adolescente poderá participar de programa social, em entidade governamental ou não governamental, sem fins lucrativos, que tenha por base o trabalho educativo, entendido como a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevaleçam sobre o aspecto produtivo; (xiv.i) o adolescente que participar de programa social que tenha por base o trabalho educativo terá assegurado condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada; (xiv.ii) a remuneração do adolescente pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o seu caráter educativo;

(xv) no exercício do direito à profissionalização e à proteção no trabalho, o adolescente tem direito ao respeito à sua condição peculiar de ser em desenvolvimento e à capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Isto é, diante da detalhada disciplina concretizadora e protetiva do direito ao trabalho e à profissionalização do adolescente e do jovem infrator, é pressuposto fundamental para o êxito e eficiência na absorção da mão de obra respectiva, nas parcerias estaduais, que o Estado se estruture adequadamente, seja para viabilizar tempestivamente a formação educacional do adolescente e do jovem infrator, seja para assegurar a qualificação do adolescente e do jovem infrator para o posto de trabalho, seja, ainda, para se cercar das cautelas necessárias para evitar

qualquer burla ao sistema protetivo legalmente previsto e acima alinhavado.

Para tanto, o que se sugere, sem prejuízo da implementação imediata do novo marco regulatório, é a formatação de um arranjo de parcerias envolvendo as áreas de justiça, direitos humanos, assistencial social, educação e Defensoria Pública, notadamente por meio da salutar coordenação de esforços entre a SEJUS, o IASES, a SEASDH, a SEDU e a DPES, de modo a maximizar, sob o ponto de vista da eficiência, a iniciativa pretendida¹⁸.

Não é por outra razão, aliás, que as políticas públicas de atendimento aos direitos fundamentais do adolescente, com a criação e manutenção de programas específicos, far-se-ão através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com a participação ativa da iniciativa privada, econômica e não econômica, por meio dos diversos grupos sociais intermédios organizados (Lei nº 8069/90, art. 86 c/c 87, III e VII). Vale lembrar que essas obrigações são primárias e solidárias de todos os atores, públicos e privados, envolvidos no sistema de proteção e defesa dos adolescentes (Lei nº 8069/90, art. 100, p. único, III).

Avançando nas considerações, no âmbito das medidas específicas de proteção do adolescente, também encontramos a previsão da profissionalização e do trabalho como instrumentos úteis à reinserção socioeconômica (Lei nº 8069/90, art. 119, I e III c/c art. 120, par. 1º). É o que decorre, também, da disciplina

18 Essas proposições se alinham com as diretrizes previstas no SINASE. Vale conferir: "[...] A incompletude institucional revela a lógica presente no ECA quanto à concepção de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais para a organização das políticas de atenção à infância e à juventude. Assim sendo, a política de aplicação das medidas socioeducativas não pode estar isolada das demais políticas públicas. Os programas de execução de atendimento socioeducativo deverão ser articulados com os demais serviços e programas que visem atender os direitos dos adolescentes (saúde, defesa jurídica, trabalho, profissionalização, escolarização etc). Dessa forma, as políticas sociais básicas, as políticas de caráter universal, os serviços de assistência social e de proteção devem estar articulados aos programas de execução das medidas socioeducativas, visando assegurar aos adolescentes a proteção integral. A operacionalização da formação da rede integrada de atendimento é tarefa essencial para a efetivação das garantias dos direitos dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, contribuindo efetivamente no processo de inclusão social do público atendido." grifei. In: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE/Secretaria Especial dos Direitos Humanos/ Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CONANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

pertinente à estruturação das entidades de atendimento socioeducativo (Lei nº 8069/90, art. 94 c/c art. 124).

Na linha da normatividade prevista na Lei nº 8069/90, é de se observar a tendência do ordenamento jurídico brasileiro no sentido de fomentar a profissionalização do adolescente, notadamente aqueles em situação de vulnerabilidade socioeconômica. É o que se infere, por exemplo, da Lei nº 11.692, de 10.07.2008, que estabelece normas sobre o programa nacional de inclusão dos jovens – Projovem, cuja finalidade é a promoção da reintegração, nesse particular, do adolescente, ao processo de qualificação profissional, notadamente mediante a modalidade Projovem Urbano (Lei nº 11.692/2008, art. 2º). Para tanto, poderá a União Federal firmar parcerias com os demais entes da federação, assim também com entidades privadas sem fins lucrativos (Lei nº 11.692/2008, art. 4º c/c art. 5º). Nesse contexto, o Projovem Urbano poderá, inclusive, ser implementado em unidades socioeducativas (Lei nº 11.692/2008, art. 11 c/c art. 13).

Pelo que foi brevemente exposto, é possível compendiar as seguintes conclusões parciais a respeito do regime jurídico de natureza administrativa previsto na Lei nº 8069/90, no que guarda pertinência com o presente exame:

- (i) a normatividade busca conferir proteção prioritária e integral ao adolescente;
- (ii) a normatividade assegura o direito fundamental do adolescente à prioridade e à preferência na formulação e na execução das políticas públicas sociais;
- (iii) a normatividade estabelece como direitos fundamentais do adolescente a educação, a profissionalização e o trabalho;
- (iv) é dever do Estado e da sociedade velar pela dignidade do adolescente;
- (v) essas premissas se reforçam ainda mais quando o adolescente estiver em situação infracional, em última análise, em condição de vulnerabilidade socioeconômica;
- (vi) é pressuposto fundamental para o êxito e eficiência na absorção da mão de obra do adolescente infrator, nas par-

cerias estaduais, que o Estado se estruture adequadamente para viabilizar, tempestivamente: (vi.i) a formação educacional do adolescente infrator; (vi.ii) a qualificação do adolescente infrator para o posto de trabalho; (vi.iii) a adoção das cautelas necessárias para evitar qualquer burla ao sistema protetivo do adolescente infrator; (vi.iv) a formatação de um arranjo de parcerias envolvendo as áreas de justiça, direitos humanos, assistencial social, educação e Defensoria Pública, notadamente por meio da salutar coordenação de esforços entre a SEJUS, o IASES, a SEADH, a SEDU e a DPES, de modo a maximizar, sob o ponto de vista da eficiência, a iniciativa pretendida.

Diante desse marco regulatório, vale lembrar, a partir da dicção literal, sistemática e teleológica da Lei nº 8069/90, notadamente o seu art. 3º, que a proteção integral a ser conferida ao adolescente infrator, em vista da atuação coordenada e articulada, do Estado e da sociedade, pode e deve se utilizar de todos os meios, a partir da lei, do ato ou do pacto administrativo, conceitos gerais em que se inserem a licitação, o contrato, e o convênio, enquanto instrumentos regulatórios da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por adolescentes e jovens infratores. Logo, pode-se dizer que é plenamente válida, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/90), a fixação, nos editais das licitações para obras e serviços promovidas pela administração pública, da absorção pelos parceiros privados do Estado de mão de obra formada por adolescentes e jovens infratores.

Aliás, diante da ausência de um percentual fixado na Lei nº 8069/90 para a absorção aludida, parece possível, em linha de coerência sistemática com o ordenamento jurídico pátrio e estadual, bem como em relação às condutas administrativas até então adotadas pelo Estado, que se fixe um percentual semelhante àquele previsto no Decreto nº 2460-R/2010.

É dizer, 6% (seis por cento) da mão de obra contratual formada por adolescentes e jovens infratores, a ser contratada pelos parceiros privados do Estado, sendo aplicável o recurso de integração da analogia legal, plenamente admissível pela dou-

trina clássica e contemporânea do Direito Administrativo¹⁹, com fulcro na previsão constante do art. 37 da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal), que fixou o percentual aludido, em relação à absorção da mão de obra decorrente do sistema prisional. Sobre o tema, averbamos:

“[...] Em quinto lugar, a confirmar o que foi dito até aqui, a normatividade infraconstitucional contempla textualmente a possibilidade de trabalho externo do condenado, seja em obras e serviços públicos executados pelo próprio Estado, seja quando executados pela iniciativa privada, o que é mais comum, na medida em que a Administração Pública, com raríssimas exceções, não executa diretamente as suas obras públicas, contratando, como regra, mediante licitação, sociedades empresárias privadas para tanto. E a própria normatividade demarca os contornos juseconômicos fundamentais para essa possibilidade contratual, seja fixando o patamar máximo de 10% (dez por cento) de condenados do total de empregados de cada obra, seja direcionando a obrigação remuneratória à própria iniciativa privada, seja, ainda, fixando os condicionantes subjetivos do condenado necessários à admissão no trabalho (Lei nº 7210/84, arts. 36, 37 e 86, par. 2º). Pela pertinência, confira-se a dicção legal: [...] Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina. § 1º O limite máximo do número de presos será de 10% (dez por cento) do total de empregados na obra. § 2º Caberá ao órgão da administração, à entidade ou à empresa empreiteira a remuneração desse trabalho. § 3º A prestação de trabalho à entidade privada depende do consentimento expresso do preso. Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de aptidão, disciplina e responsabilidade, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.

19 O entendimento se coaduna com a lição da doutrina do Direito Administrativo, no sentido da possibilidade de utilização da analogia *legis*, para aplicar o texto da norma administrativa à espécie não prevista expressamente, mas compreendida em sua inteligência. Nesse sentido, confira-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 48-49 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense 2002. p. 106-107.

Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver comportamento contrário aos requisitos estabelecidos neste artigo. Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União. [...] § 2º Conforme a natureza do estabelecimento, nele poderão trabalhar os liberados ou egressos que se dediquem a obras públicas ou ao aproveitamento de terras ociosas. Assim, pode-se dizer que a normatividade em exame constitui um dos respaldos legais mais expressivos e legitimatórios da previsão nos editais de licitação do Estado para a absorção, nas obras e serviços contratados pelo Estado, da mão de obra advinda dos presídios²⁰.

Assim, é plenamente constitucional, legal e legítima a previsão em tela. Cabe, no item seguinte, verificar o enquadramento da temática à luz do marco regulatório das licitações e contratações do Estado.

5 A previsão em exame à luz do marco regulatório das licitações e contratações da administração pública (Lei nº 8666/93, Lei nº 8987/95, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 11.079/04 e Lei 11.107/05)

Desde logo, cabe dizer que, no presente ponto, são aplicáveis as considerações tecidas anteriormente a propósito da compatibilidade da disciplina inerente ao marco regulatório das licitações e parcerias da administração pública com a possibilidade de absorção de mão de obra de presos e egressos²¹, extensível, pois, aos adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade e conflito com a lei. Vale conferir.

20 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

21 Ibid.

Com efeito, a previsão em exame, como visto, além de ostentar plena adequação à Constituição da República de 1988 e às diretrizes políticas, jurídicas e administrativas da Lei nº 8069/90, vai ao encontro do marco regulatório das licitações e contratações da administração pública, rumo à seleção de proposta mais vantajosa para o Estado, consoante se passa a demonstrar. No ponto, já dissemos:

“[...] Em primeiro lugar, já foi visto acima que a licitação tem a natureza de processo administrativo finalisticamente voltado para a seleção de melhor proposta para a Administração Pública. Essa proposta mais vantajosa, no modelo de Estado Democrático de Direito, é aquela que, uma vez obtida, por meio do devido processo legal licitatório, realiza, simultaneamente, o maior número de interesses públicos primários e secundários. É o que se pode inferir da dicção sistemática da normatividade em exame, ao averbar que a licitação destina-se a garantir a eficácia concreta de um conjunto de princípios, tais como a isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a igualdade, a moralidade a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo e os que lhe são correlatos, notadamente a celeridade, a eficiência e a economicidade, tudo com vistas à seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Nesse modo de pensar, é certo que essas vantagens começam pela realização prática dos princípios mencionados e tem o seu momento culminante na verificação da proposta que, no plano da realidade concreta administrativa, captada e concretizada no edital de licitação, atende, de maneira mais efetiva, os interesses públicos do Estado licitador (Lei nº 8666/93, art. 3º, *caput*). Assim, a Lei de Licitações, na norma aludida, não fixa os interesses públicos a serem concretizados, pelo Estado, a partir da licitação. Nada obstante, assevera que esses interesses públicos devem ser efetivados por meio da principiologia mencionada, obtendo-se, então, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”²².

22 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

Se é assim, não há óbice, sob o ponto de vista da normatividade aludida, da previsão, no edital da licitação, da absorção, pelo parceiro privado do Estado, da mão de obra formada por adolescentes e jovens infratores, visando à execução das parcerias da administração pública. Ademais, é de se frisar que a previsão aludida não está vedada pelo sistema de licitações e contratações administrativas, mas decorre dele. Confira-se:

“[...] Com efeito, a normatividade em tela proíbe a inserção de cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame licitatório (Lei nº 8666/93, art. 3º, par. 1º, I), o que não ocorre no caso vertente, na medida em que, como demonstrado acima, a previsão de absorção de mão de obra dos presidiários, disponível a todos os licitantes, desonera, sob o ponto de vista econômico, a proposta a ser formulada pelos licitantes, incrementando, neste particular, a competição licitatória. A rigor, cuida-se de previsão pertinente e relevante, seja para o Estado, que poderá concretizar, simultaneamente, os interesses públicos consubstanciados na mais eficiente e econômica contratação administrativa, além da inserção socioeconômica dos presidiários no mercado de trabalho, seja para os licitantes e parceiros privados do Estado, que terão reduzidos os seus custos na contratação com a Administração Pública (Lei nº 8666/93, art. 3º, par. 1º, I, *a contrario sensu*). Ademais, a previsão reforça a igualdade de tratamento jurídico-econômico entre os licitantes, na medida em que, independentemente do licitante vencedor, todos poderão se utilizar de mão de obra dos presidiários (Lei nº 8666/93, art. 3º, par. 1º, II, *a contrario sensu*). Em terceiro lugar, a norma também reforça o princípio da padronização nas compras, obras e serviços da Administração Pública, que impõe a compatibilidade de desempenho nas contratações do Estado, que serão muito mais eficientes se e quando executadas por sociedades empresárias que se utilizem da mão de obra presidiária, em vista da própria experiência adquirida pelos empregados em contratações anteriores no âmbito da Administração Pública (Lei nº 8666/93, art. 15)”²³.

23 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

Não se pode olvidar, também, que o próprio sistema normativo afasta o dever de licitar diante de situações em que estejam configurados interesses públicos sensíveis e relevantes. No ponto, já averbamos:

“[...] Aliás, nesse contexto, relembre-se a previsão legal da hipótese de afastamento da obrigação de licitar para a contratação de instituição brasileira incumbida, regimental ou estatutariamente, da recuperação socioeconômica do preso, desde que comprovados, dentre outros requisitos, a inquestionável reputação ético-profissional e a ausência de fins lucrativos (Lei nº 8666/93, art. 24, XIII). Ora, pois, se o Estado pode até efetivar contratação direta, sem licitação, para a parceria com entidade privada, visando à recuperação dos presos, com maior razão ele pode fixar, no edital de licitação, a absorção de mão de obra carcerária, onde não há o afastamento da obrigação de licitar e a Administração Pública ainda viabiliza a implementação de política pública voltada para a recuperação socioeconômica do preso, por meio do trabalho, a partir da parceria contratual a ser firmada com a iniciativa privada. Essa sistemática normativa, dentre outras previsões, como aquela pertinente à contratação direta, pelo Estado, dos serviços de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos, recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda (Lei nº 8666/93, art. 24, XIII), bem demonstra as finalidades nitidamente transcendentais da licitação, indo muito além do restrito e salutar objetivo de seleção da melhor proposta, sob o ponto de vista exclusivamente econômico”²⁴.

Aliás, a moderna tendência do ordenamento jurídico é a ampliação do papel regulatório e fomentador da licitação, dos contratos e demais pactos e parcerias do Estado, de modo a atender a outros interesses públicos, primários e secundários,

24 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

com maior ou menor vinculação à seleção da proposta mais vantajosa sob o ponto de vista estritamente econômico. Cabe frisar que o ordenamento jurídico pátrio está repleto de normas que destacam o papel regulatório e fomentador da licitação e das parcerias firmadas pelo Estado.

É o que se infere, por exemplo, além da disciplina citada e constante da Lei nº 8666/93, da previsão trazida pela Lei 12.349/10, modificadora do art. 3º da Lei nº 8666/93, ao incentivar a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, a partir da contratação administrativa de bens e serviços produzidos no país e que atendam às normas técnicas brasileiras, que gerem emprego, renda e incremento da arrecadação tributária no Brasil; a previsão constante no art. 7º, XI, “a” e “b”, da Lei nº 12.305/10, ao ditar que as contratações administrativas de obras, serviços e aquisição de bens deverão se operar em vista de produtos reciclados e recicláveis, bem como considerar padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis; anteriormente, a LC nº 123/06, conferindo tratamento favorecido às micro e pequenas sociedades empresárias, nas licitações e contratações governamentais. Frise-se que essas disciplinas foram ou devem ser densificadas, na maioria dos casos, por atos do Poder Executivo estadual e respectivos editais. Adite-se, também, o dever de cooperação e colaboração entre os parceiros contratuais, como decorrência direta da boa fé e da função social dos contratos da Administração Pública. Destarte:

“[...] não se pode negar que os princípios da boa-fé e da função social dos contratos, decorrentes da matriz constitucional e disciplinados, em sede infraconstitucional, notadamente no Código Civil brasileiro (CCB/2002, arts. 421 e 422), impondo o dever de cooperação e colaboração entre as partes contratantes, se aplicam aos contratos da Administração Pública (Lei nº 8666/93, art. 54), sendo, pois, a previsão em tela, mais uma medida de concretização dos aludidos princípios e das diretrizes constitucionais e infraconstitucionais dos contratos em que o Estado seja parte”²⁵.

25 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

Além disso, é cediço que o Estado pode estabelecer pela via licitatória e pactual cláusulas e condições negociais visando o melhor atendimento do interesse público. É dizer:

“[...] o ordenamento jurídico-licitatório confere à Administração Pública o poder-dever de instituir cláusulas contratuais visando à melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público, seja unilateralmente, seja, com maior razão, previamente à celebração do contrato, por ocasião da publicação do edital de licitação (Lei nº 8666/93, art. 58, I). [...] a Administração Pública pode veicular normas operacionais das licitações, no âmbito das suas respectivas competências e realidades, por meio de normatividade administrativa própria, constante de edital de licitação previamente aprovado pela autoridade competente e publicado na imprensa oficial (Lei nº 8666/93, art. 115)”²⁶.

Ademais, como mencionado acima, a previsão em tela vai ao encontro das diretrizes políticas, jurídicas e administrativas fixadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente em relação à obrigação de Estado de proporcionar a profissionalização e o trabalho ao adolescente e ao jovem em conflito com a lei, não havendo qualquer conflito entre os ordenamentos setoriais mencionados (Lei nº 8666/93, art. 124 c/c Lei nº 8069/90, arts. 60 a 69). A proposição em exame também se coaduna com o marco regulatório nacional das concessões comuns (Lei nº 8987/95), na medida em que as licitações são processadas, em sua estrutura básica, na forma da Lei nº 8666/93 (Lei nº 8987/95, arts. 14 e 18), cujo sistema, como visto, respalda e legitima a previsão, no edital de licitação, da absorção de mão de obra de adolescentes e jovens em conflito com a lei nas parcerias de obras e serviços firmados com o Estado.

Da mesma maneira, a proposição se conforma com o marco regulatório nacional da licitação na modalidade pregão (Lei nº 10.520/2002), notadamente pela circunstância de que

26 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória: PGE-ES v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

se aplicam ao pregão às disposições da lei geral de licitações e contratos da administração pública que não conflitem com o seu sistema, como no caso vertente. Com efeito, vale registrar ainda que os serviços comuns, objeto do pregão, prestados ao Estado, talvez correspondam ao campo, por excelência, da absorção da mão de obra do adolescente e do jovem em conflito com a lei, dada a simplicidade dos aludidos serviços, muitas vezes compatíveis com a habilitação profissional desse segmento social e economicamente sensível. Daí, pois, a maior facilidade na empregabilidade dessa específica mão de obra.

No campo das parcerias público-privadas disciplinadas pela Lei nº 11.079/04 – e respectivas normas estaduais e municipais que venham a disciplinar as suas parcerias regionais e locais, de acordo com as suas específicas realidades – também não se vislumbra qualquer óbice à empregabilidade da mão de obra do adolescente e do jovem em conflito com a lei nos contratos caracterizados como concessões patrocinadas ou administrativas (Lei nº 11079/04, art. 2º). Ao revés, as parcerias público-privadas disciplinadas pela aludida normatividade têm como diretriz geral a eficiência no cumprimento das missões de interesse público do Estado, dentre as quais se inclui a concretização dos direitos fundamentais do adolescente e do jovem em conflito com a lei, notadamente os pertinentes à profissionalização e ao trabalho (Lei nº 11.079/04, art. 4º, I). Ademais, os projetos e contratações inerentes às parcerias público-privadas devem ser fundados em efetivas vantagens socioeconômicas, tanto para o Estado quanto para o parceiro privado (Lei nº 11.079/04, art. 4º, VII).

Sob a ótica do Estado, é inegável a vantagem socioeconômica do pacto, pois, como visto, viabiliza-se a implementação, por meio da parceria contratual, dentre outras políticas públicas, daquelas pertinentes à profissionalização e ao trabalho conferido ao adolescente e ao jovem em conflito com a lei. Para o parceiro privado, a proposição é igualmente vantajosa, em especial, pelo resultado positivo consubstanciado na boa imagem corporativa do parceiro privado junto ao mercado e à sociedade ao empregar a mão de obra mencionada, concretizando, tam-

bém sob esse prisma, a sua função social empresarial (CR/88, art. 170, III).

Também não se vislumbra qualquer óbice no emprego da mão de obra em exame nas parcerias público-públicas decorrentes dos consórcios públicos disciplinados pela Lei nº 11.107/05, notadamente porque a essência dessas parcerias contratuais é a atuação cooperativa e coordenada dos entes políticos da federação, visando à execução legítima e eficiente de serviços e atividades que constituam e concretizem interesses públicos comuns (CR/88, art. 241 c/c Lei nº 11.107/05, art. 1º).

E, assim, não se pode negar que a questão da profissionalização e do trabalho extensível ao adolescente e ao jovem em conflito com a lei constitui um fundamental e relevante interesse público comum, que afeta a todos os entes políticos da federação, a demandar também, muitas vezes, soluções compartilhadas para as questões aludidas. Significa dizer, na contratação de obras e serviços pelos consórcios públicos, seria possível, nesses empreendimentos, a absorção da mão de obra em tela.

Nesse contexto sistemático, é correto afirmar que a proposição em exame também se respalda e se legitima no marco regulatório infraconstitucional das licitações e parcerias da administração pública trazidas pelas Leis nºs. 8987/95, 10.520/2002, 11.079/04 e 11.107/05, sem qualquer comprometimento das parcerias contratuais disciplinadas pelas aludidas normatividades.

Assim, pode-se dizer que o marco regulatório das Licitações e Contratações da Administração Pública respalda integralmente a possibilidade jurídica de inserção, na licitação, por meio do respectivo edital, da absorção, nos contratos e convênios da Administração Pública, de mão de obra de adolescentes e jovens e conflito com a lei.

6 O edital de licitação, o convênio e o contrato da administração pública como vias regulatórias legítimas, razoáveis, adequadas e proporcionais à disciplina da matéria: afastando algumas objeções (possíveis) à iniciativa administrativa em exame

Também aqui, a argumentação antes desenvolvida, a respeito dos limites e possibilidades de absorção da mão de obra prisional nas parcerias do Estado é aplicável²⁷. Vale conferir.

Destarte, dentre os instrumentos jurídicos possíveis para a efetivação da medida pretendida, pode-se dizer que o edital de licitação – e o respectivo contrato da administração pública, assim como o convênio – se apresenta como a via regulatória legítima, razoável, adequada e proporcional à disciplina da matéria.

Com efeito, na ordenação jurídica da economia estadual, o Estado-membro dispõe de um conjunto de instrumentos constitucionais e legais, visando à construção de uma sociedade regional livre, justa e solidária, à promoção do desenvolvimento regional, à erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades existentes, com a finalidade de promoção do bem-estar de todos, sem discriminações, no âmbito do seu respectivo território (CR/88, art. 3º, I a IV c/c art. 25, par. 1º).

Nesse sentido, o Estado tem a seu dispor as técnicas gerais de intervenção estatal na economia. Assim, cabe situar a intervenção do Estado na economia também como específica função constitucional de natureza administrativa, ou seja, o ordenamento econômico (CR/88, art. 170 e ss.). Este pode ser entendido como o conjunto de técnicas do Estado de intervenção na ordem econômica. Nesse caso, a atividade estatal interventiva na economia se subdivide em 04 (quatro) categorias.

Em primeiro lugar, o planejamento econômico (CR/88, art. 174), que é a atividade estatal de previsão de metas e resultados eficientes, em determinado setor ou região. Em segundo lugar, o fomento econômico (CR/88, art. 174), que se constitui

27 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

em técnica de incentivo pelo Estado, aos particulares, para que estes venham a aderir ao plano econômico estatal, decorrente do planejamento, e, assim, desenvolverem atividades em setores e regiões consideradas relevantes.

Em terceiro lugar, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado (CR/88, art. 173, *caput c/c* art. 37, XIX) caracterizada, tal técnica, pela criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, excluindo ou competindo com a iniciativa privada. Em quarto lugar, a prevenção e a repressão ao abuso do poder econômico (CR/88, art. 173, §4º), que se caracteriza como a técnica de intervenção do Estado na economia visando a prevenir, impedir ou afastar os efeitos nocivos da referida manifestação de poder ao regular funcionamento do mercado. Revela a obrigação estatal de submeter o exercício da liberdade de concorrência a limitações legitimamente fixadas pelo próprio Estado²⁸.

Para a correta utilização dessas técnicas, o Estado desenvolve intensa atividade regulatória (CR/88, art. 174), de modo a suprir, na maior medida possível, as falhas e inoperacionalidades do mercado regional. Essa atividade regulatória, por seu turno, vai se desenvolver pela prática de atos administrativos unilaterais, bilaterais e plurilaterais, dentre eles, o edital de licitação, o contrato e o convênio firmados pela administração pública.

Se é assim, nada impede que o marco regulatório constitucional e infraconstitucional acima delineado seja concretizado administrativamente, por meio do edital de licitação, do contrato e do respectivo convênio firmados pela administração pública, prevendo-se a absorção, pelos parceiros privados do Estado, da mão de obra formada por adolescentes e jovens em conflito com a lei.

Destarte, é inegável que as contratações de bens, obras e serviços pelo Estado constituem incontroverso ambiente de mercado, criado pelo próprio Poder Público, a partir das suas

28 Essa classificação adotada é didaticamente sugerida por SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.16. Ver, também, SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio Econômico à luz da jurisprudência, constante da obra coletiva sob a coordenação conjunta de SOUTO, Marcos Juruena Villela ; MARSHALL, Carla C. intitulada *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 45-88.

necessidades inerentes à administração pública dos interesses públicos. Assim, se o Estado pode legitimamente criar um mercado de bens, obras e serviços, em benefício direto das sociedades empresárias que se candidatem a celebrar parcerias com a administração pública, pode, também, criar um mercado de trabalho que beneficie um segmento socioeconômico fragilizado, qual seja, os adolescentes e jovens em conflito com a lei.

Com efeito, a previsão em estudo é idônea em suprir uma falha do mercado regional – ausência de empregabilidade dos jovens e adolescentes em conflito com a lei –, além de viabilizar uma parceria administrativa mais vantajosa para o Poder Público, concretizadora de uma específica política pública asseguradora dos direitos fundamentais do adolescente e do jovem em conflito com a lei à profissionalização e ao trabalho, como visto, obrigações do Estado.

Essas finalidades regulatórias da licitação e seu respectivo edital, dos contratos, convênios e demais parcerias da Administração Pública são reconhecidas pela doutrina administrativista que se debruçou sobre o tema, consoante o magistério de Marcos Juruena Villela Souto. Confira-se:

“[...] A licitação é processo administrativo que busca a seleção de proposta mais vantajosa no *mercado*. [...] A existência de *falhas de mercado* justifica a intervenção do Estado na economia. [...] A estrutura federal de defesa da concorrência não inibe Estados e Municípios de promoverem e preservarem a competição nos respectivos territórios. Afinal, todos têm o dever de eficiência e economicidade (que decorrem de um processo de escolha livre, sem cerceamento de mercado) e o dever de promoverem o desenvolvimento econômico em seus respectivos espaços geográficos. A regulação é instrumento *mais amplo* de defesa da concorrência, envolvendo uma função quase-legislativa, quase-executiva e quase-judicial. [...] A regulação pode se desenvolver por meios de atos administrativos bilaterais; a concessão é um exemplo clássico, mas não exclui outros. Para implementar políticas econômicas e regular mercados autoriza-se, até mesmo, a possibilidade de contratação direta e um sistema de preferências. [...] Cite-se como exemplos o fomento social ao Terceiro Setor pela via da contratação de instituição de

recuperação de presos, de portadores de deficiência e com organizações sociais. [...] Com muito mais razão o *princípio da proporcionalidade* autoriza medida menos drástica para *formatar o mercado* por meio da licitação (sem, portanto, dispensá-la).²⁹

É de se frisar, também, que a medida nem mesmo requer lei estadual sobre o tema (CR/88, art. 1º, *caput* c/c art. 5º, II c/c art. 37, *caput*), pois o respaldo da atuação do Estado, no caso, como demonstrado nos itens precedentes, além de decorrer diretamente da Constituição da República de 1988, concretiza as diretrizes infraconstitucionais nacionais fixadas pela União Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente. É dizer, havendo lei geral sobre o tema com expressivo detalhamento da matéria, cabe ao Estado aplicá-la, definindo administrativamente os contornos práticos da sua aplicabilidade, o que pode ser feito, num primeiro momento, pela via do Decreto, expedido pelo Chefe do Poder Executivo estadual, disciplinando a organização e funcionamento da Administração Pública do Estado para a absorção da mão de obra de adolescentes e jovens em conflito com a lei (CR/88, art. 84, VI, “a”). Num segundo momento, concretizando a matéria nos editais de licitações e instrumentos contratuais e conveniais, nos termos adiante propostos.

Também não se pode falar em violação ao princípio constitucional da livre iniciativa econômica (CR/88, art. 1º, IV c/c art. 5º, XIII c/c art. 170, *caput*), pois tal princípio não se reveste de caráter absoluto, devendo ceder, na hipótese vertente, pela via da ponderação, em especial diante dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização socioeconômica do trabalho, da solidariedade e do desenvolvimento socioeconômico do jovem e do adolescente em conflito com a lei (CR/88, art. 1º, III, IV c/c art. 3º, I, II).

Ademais, o princípio da livre iniciativa deve ser mitigado quando um dos polos da relação jurídica e econômica é o Estado, em vista dos interesses públicos envolvidos, captados e

29 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86-89.

demonstrados diante do caso concreto. Com efeito, aquele que pretende firmar parcerias com a administração pública deve se sujeitar às normas administrativas – regulamentares e regulatórias – do Estado, concretizadoras de disposições constitucionais e legais (CR/88, art. 5º, II), como na hipótese vertente. Consoante o magistério doutrinário de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“[...] Se, por um lado, a todos é livre escolher ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., por outro lado, o seu *desempenho* em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender de *condicionantes*, legislados pelo Congresso Nacional, pelas assembleias legislativas estaduais e pelas câmaras municipais, conforme a competência atribuída a cada um deles. É evidente que a satisfação dessas reservas só pode caber à *lei*, emanada desses corpos políticos, pois apenas eles têm *legitimidade* para dispor tanto sobre *interesses públicos específicos* quanto sobre *direitos e obrigações* dos particulares. Há, todavia, *duas distintas formas de satisfazer a reserva legal*, conforme o legislador opte ou pela *imposição direta de condutas*, predefinidas por ele próprio, ou pela *disposição direta* apenas de *finalidades*, que deverão ser detalhadas por uma *fonte normativa derivada*, por via da deslegalização, o que corresponde, em consequência, a uma *disposição indireta*, por meio da *regulação* que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada. Ora, as pessoas, quando optam por *desenvolverem atividades nos referidos setores sensíveis*, como tal caracterizados por lei em razão da existência de uma alta concentração de interesses gerais, submetem-se livremente à *ordem jurídica* que as rege, *entendida em sua integralidade*, tanto compreendendo *aqueles comandos dispostos imediatamente pelos legisladores*, como *os comandos elaborados pelos órgãos legitimados para dispor mediatamente sobre os setores que foram deslegalizados*, de modo que, em ambos os casos, *resta igualmente respeitada a reserva constitucional*.³⁰

30 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. em especial, p. 127-128.

Também não há qualquer violação à competência privativa da União Federal para legislar sobre o Direito do Trabalho (CR/88, art. 22, I), na medida em que essa específica disciplina da relação de trabalho do adolescente e do jovem em conflito com a lei já foi tratada pela própria União Federal, quando da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente. Do mesmo modo, não há qualquer violação à autonomia municipal (CR/88, 1º, *caput* art. 18, *caput c/c* art. 30, *caput*), na hipótese da exigência de absorção da mão de obra aludida recair sobre os contratos firmados pelos Municípios e parceiros privados, onde os recursos a serem utilizados pelos entes políticos municipais, para as respectivas obras e serviços, advenham, integral ou parcialmente, do Erário estadual, desde que essa obrigação conste do prévio convênio firmado entre o Estado e Município (Lei nº 8666/93, art. 116).

Isso porque, sendo o convênio espécie de pacto administrativo consensual, nada impede que o Estado, visando à efetivação de política pública estadual concretizadora dos direitos fundamentais à profissionalização e ao trabalho do adolescente e do jovem em conflito com a lei, imponha, na forma da Constituição da República de 1988 e das Leis, obrigações específicas a serem atendidas pelos Municípios que recebam os recursos públicos estaduais, que poderão ou não firmar as parcerias conveniais aludidas.

Aliás, as previsões conveniais dessa natureza são corriqueiras, como, por exemplo, a possibilidade de fixação, nos instrumentos e convênios firmados entre Estados e Municípios, com repasse de recursos estaduais, da utilização, pelos entes políticos municipais, da licitação na modalidade pregão, como já tivemos a oportunidade de sugerir em estudo específico anterior sobre as licitações e contratações da Administração Pública³¹.

Por derradeiro, também não procede o argumento no sentido de que a licitação não é sede para o atendimento de políticas públicas distanciadas da melhor proposta, sob o prisma estritamente econômico (CR/88, art. 37, XXI). Como já demonstrado

31 SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 41.

acima, a licitação, no Estado Democrático de Direito, destina-se a seleção da melhor proposta, não só sob o ponto de vista estritamente econômico, mas, sobretudo, considerando a oferta privada que atenda ao maior número de interesses públicos primários e secundários passíveis de concreção pelo certame licitatório, como na hipótese vertente. Em sentido semelhante, embora se referindo à previsão de contratação de empregados portadores de deficiência física pelas sociedades empresárias contratadas pelo Estado, confira-se o magistério de Marcos Juruena Villela Souto:

“[...] Trata-se, pois, de dar aplicação prática à ponderação para solução do aparente conflito entre o princípio da economicidade, almejado pela Administração, e o princípio da dignidade da pessoa humana; este atende o interesse público primário, da sociedade, fruto do dever de observância do princípio da solidariedade, contido no mesmo art. 3º, CF; aquele atende o interesse público secundário, do Erário, que sucumbe ante o primeiro. Nesse passo, reafirma-se a ideia já sustentada em outra oportunidade acerca da função regulatória da licitação, com vistas à formatação do mercado, de modo a que a livre iniciativa se preste a ser instrumento do bem-estar *geral* e não apenas do empresário (já que não mais se vive sob a égide do Estado Liberal).”³²

Cabe reforçar, ainda, que a absorção da mão de obra aludida pressupõe, sob a ótica do aparato da administração pública, em primeiro lugar, a necessária organização do Estado, por meio dos órgãos e entidades competentes, no sentido de saber exatamente a qualificação dos adolescentes e jovens em conflito com a lei para o desempenho das tarefas nas obras e serviços contratados pela administração pública, assim como a célere disponibilização dessa mão de obra. Em segundo lugar, a compatibilidade do objeto contratual (obra ou serviço) com a aptidão da mão de obra aludida a ser empregada, sob pena de desvirtuamento da licitação, do contrato e do convênio respecti-

32 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 100.

vos. Logo, a licitação, o edital respectivo, o consequente contrato da administração pública e o convênio se apresentam como vias regulatórias legítimas, razoáveis, adequadas e proporcionais à disciplina da matéria pertinente à absorção da mão de obra dos adolescentes e jovens em conflito com a lei nas parcerias contratuais e convenientes da administração pública.

Cabe, no item seguinte, ofertar proposições conclusivas, de modo a operacionalizar e conferir exequibilidade ao entendimento aqui exposto.

7 Proposições conclusivas

À luz de tudo quanto foi exposto, é possível compendiar as seguintes ideias centrais e proposições conclusivas:

- 1) É possível conferir ao adolescente e ao jovem infrator, em situação de conflito com a lei, com as devidas proporções e adaptações indicadas em anexo, tratamento semelhante àquele conferido pelo Estado aos presos e egressos nas licitações, contratos e convênios da administração pública estadual.
- 2) À luz da matriz constitucional e do modelo de Estado Democrático de Direito adotado no Brasil, consagrador de um pluralismo de valores relevantes, o conceito jurídico indeterminado envolvendo a ideia de proposta mais vantajosa abrange não somente o aspecto da economicidade da contratação, mas, também, a satisfação do maior conjunto de interesses públicos por meio das parcerias firmadas pelo Estado.
- 3) Nessa ordem de ideias, a fixação de cláusula, nos editais das licitações para obras e serviços promovidas pela administração pública estadual, da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por adolescentes e jovens em conflito com a lei, em situação de vulnerabilidade social e econômica, realiza pela licitação um inegável, complexo e amplo conjunto de interesses públicos – primários e secundários – pretendi-

dos pela Constituição da República de 1988, quando do desempenho das atividades administrativas estatais.

- 4) Deve o Estado elaborar e implementar políticas públicas, seja por meio de leis, seja por meio de atividades administrativas que viabilizem aos adolescentes e jovens infratores a reinserção gradual na sociedade, notadamente por meio de ocupação lícita, através do trabalho digno, apresentando-se a licitação, o contrato e o convênio da administração pública, nesse particular, como instrumentos legítimos para a concretização de políticas públicas do setor, voltadas ao resgate da dignidade humana do ser em desenvolvimento.
- 5) Por força do princípio da solidariedade que deve reger a vida em sociedade, é correto afirmar que a questão dos adolescentes e jovens infratores, em situação de vulnerabilidade social e econômica, não constitui problema único e exclusivo do Estado, mas, também, da sociedade como um todo, na medida em que a ausência de solução pública adequada para os problemas daí decorrentes tenderá ao agravamento da própria vida em sociedade, em prejuízo de todos os cidadãos, o que não é desejável.
- 6) Não se pode olvidar que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, ao adolescente, proteção especial, com absoluta prioridade, à sua dignidade enquanto ser humano, inclusive os direitos fundamentais à profissionalização e ao correspondente trabalho, notadamente quando se encontrar em situação de vulnerabilidade social e econômica, como é o caso dos adolescentes e jovens em conflito com a lei.
- 7) Também não se pode olvidar a obrigação do Estado no sentido de criar condições de treinamento para o trabalho dos adolescentes (CR/88, art. 227, par. 1º, II), sem prejuízo dos direitos previdenciários e trabalhistas e do acesso à escola (CR/88, art. 227, par. 3º, II e III), tudo a partir da

observância da condição especial do adolescente de ser em desenvolvimento (CR/88, art. 227, par. 3º, V)

- 8) A interpretação da Lei nº 8069/90 não pode perder de vista os fins sociais aos quais ele se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres, individuais e coletivos, e a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (Lei nº 8069/90, art. 6º).
- 9) A Lei nº 8069/90 confere ao adolescente e ao jovem, notadamente aquele em conflito com a lei, o direito fundamental à proteção integral, assegurando-lhe, por lei ou outros meios – inclusive atos e pactos administrativos, frise-se – “todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade” (Lei nº 8069/90, art. 1º c/c art. 3º). Na forma da Lei nº 8069/90, o aludido direito fundamental à proteção integral abrange os direitos fundamentais ao trabalho e à profissionalização do adolescente (Lei nº 8069/90, arts. 60 a 69).
- 10) Diante da detalhada disciplina concretizadora e protetiva do direito ao trabalho e à profissionalização do adolescente e do jovem infrator, é pressuposto fundamental para o êxito e eficiência na absorção da mão de obra respectiva, nas parcerias estaduais, que o Estado se estruture adequadamente, seja para viabilizar, tempestivamente, a formação educacional do adolescente e do jovem infrator, seja para assegurar a qualificação do adolescente e do jovem infrator para o posto de trabalho, seja, ainda, para se cercar das cautelas necessárias para evitar qualquer burla ao sistema protetivo legalmente previsto.
- 11) Para tanto, o que se sugere, sem prejuízo da implementação imediata do novo marco regulatório, se possível, é a formatação de um arranjo de parcerias envolvendo as áreas de justiça, direitos humanos, assistencial social,

educação e Defensoria Pública, notadamente por meio da salutar coordenação de esforços entre a SEJUS, o IASES, a SEADH, a SEDU e a DPES, de modo a maximizar, sob o ponto de vista da eficiência, a iniciativa pretendida.

- 12) A partir da dicção literal, sistemática e teleológica da Lei nº 8069/90, notadamente o seu art. 3º, é correto afirmar que a proteção integral a ser conferida ao adolescente e ao jovem infrator, em vista da atuação coordenada e articulada, do Estado e da sociedade, pode e deve se utilizar de todos os meios, a partir da lei, do ato ou do pacto administrativo, conceitos gerais em que se inserem a licitação, o contrato, e o convênio, enquanto instrumentos regulatórios da absorção, pelos parceiros privados do Estado, de mão de obra formada por adolescentes e jovens infratores.
- 13) Diante da ausência de um percentual fixado na Lei nº 8069/90 para a absorção aludida, parece possível, em linha de coerência sistemática com o ordenamento jurídico pátrio e estadual, bem como em relação às condutas administrativas até então adotadas pelo Estado, que se fixe um percentual semelhante àquele previsto no Decreto nº 2460-R/2010. É dizer, 6% (seis por cento) da mão de obra contratual formada por adolescentes e jovens infratores, a ser contratada pelos parceiros privados do Estado, sendo aplicável o recurso de integração da analogia legal, plenamente admissível pela doutrina clássica e contemporânea do Direito Administrativo, com fulcro na previsão constante do art. 37 da Lei nº 7210/84 (Lei de Execução Penal), que fixou o percentual aludido, em relação à absorção da mão de obra decorrente do sistema prisional.
- 14) Assim, pode-se dizer que o marco regulatório das licitações e contratações da administração pública respalda integralmente a possibilidade jurídica de inserção, na licitação, por meio do respectivo edital, da absorção, nos

contratos e convênios da Administração Pública, de mão de obra de adolescentes e jovens em conflito com a lei.

8 Referências

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

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85.237, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 17-3-05, *DJ* de 29.04.05.

_____. HC 90.129, voto do Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10-4-2007, Primeira Turma, *DJ* de 18-5-2007.

_____. HC 96.742, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-3-2009, Segunda Turma, *DJE* de 3-4-2009.

_____. HC 98.518, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 25.05.2010, Segunda Turma, *DJE* de 18.06.2010.

_____. RE 482.611, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 23.03.2010, *DJE* de 07.04.2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SINASE - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Brasília – DF: CO-NANDA, 2006. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.gov.br/spdca>>. Acesso em: 15 abr. 2011.

SOUSA, Horácio Augusto Mendes de. A intervenção do Estado no domínio econômico à luz da jurisprudência. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela ; MARSHALL, Carla C. *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. A licitação como instrumento da regulação jurídica e econômica no âmbito do Estado: exame da juridicidade da fixação, nos editais de licitações para obras e serviços, da absorção, pelos parceiros privados da administração pública, de mão de obra formada por presidiários. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, v. 9, n. 9, jan./jun. 2010.

_____. Parecer jurídico proferido nos autos do processo administrativo nº 45325839/2009, sendo interessada a Secretaria de Estado de Gestão e Recursos Humanos.

_____. *Temas de licitações e contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito administrativo das parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

9 Anexo I: Proposta de Decreto, a ser expedido pelo Exmo. Sr. Chefe do Poder Executivo estadual, concretizando o Estatuto da Criança e do Adolescente e disciplinando a organização e funcionamento da administração pública, para fins de absorção da mão de obra dos adolescentes e jovens em conflito com a lei, nas parcerias contratuais e convênias da administração pública estadual, pertinentes às obras e serviços.

DECRETO nº XX /2012.

Dá cumprimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente e disciplina a organização e funcionamento da administração pública estadual, para fins de absorção da mão de obra de adolescentes e jovens em conflito com a lei, advinda das entidades de atendimento socioeducativo estaduais, nas parcerias contratuais e convênias da administração pública estadual, direta ou indireta, pertinentes às obras e serviços.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, no uso das atribuições que lhe conferem o Art. 91, inciso III e V, “a”, da Constituição Estadual, e,

Considerando a possibilidade constitucional de trabalho conferida aos adolescentes, na forma do art. 7º, XXXIII da Constituição da República de 1988;

Considerando a obrigação do Estado de combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos, na forma do art. 23, X da Constituição da República de 1988;

Considerando que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar ao adolescente proteção especial, com absoluta prioridade à sua dignidade enquanto ser humano, inclusive os direitos fundamentais à profissionalização e ao trabalho, na forma do art. 227 da Constituição da República de 1988;

Considerando o direito fundamental à proteção integral conferido pelo art. 1º da Lei nº 8069/90 aos adolescentes;

Considerando que o direito fundamental à proteção integral abrange o direito à prioridade e à preferência na formulação e na execução das políticas públicas sociais, na forma do art. 4º, p. único, “c” da Lei nº 8069/90;

Considerando que é dever do Estado e da sociedade velar pela dignidade do adolescente, pondo-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor, na forma do art. 18 da Lei nº 8069/90;

Considerando que o direito fundamental à proteção integral abrange os direitos fundamentais ao trabalho e à profissionalização do adolescente, na forma dos arts. 60 a 69, todos da Lei nº 8069/90;

Considerando que as políticas de atendimento dos direitos fundamentais do adolescente far-se-ão através de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, na forma do art. 86 da Lei nº 8069/90;

Considerando a necessidade de adoção de um conjunto de medidas administrativas e operacionais voltadas à garantia da profissionalização e do trabalho ao adolescente e ao jovem, nos termos dos arts. 94 e 124 da Lei nº 8069/90;

Considerando as diretrizes fixadas pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE

DECRETA:

Art. 1º - Visando o regular cumprimento do contrato firmado com a administração pública estadual, direta ou indireta, o contratado se obriga a efetivar a contratação de mão de obra formada por adolescentes e jovens em conflito com a lei, entre 16 (dezesesseis) anos e 21 (vinte e um) anos incompletos de idade, advinda das unidades socioeducativas estaduais, necessária à execução da obra ou serviço, no percentual de 6% (seis por cento) da mão

de obra total para a execução do objeto contratual, na forma dos arts. 60 a 69 da Lei nº 8069/90.

Parágrafo único – O percentual de adolescentes e jovens em conflito com a lei referidos no *caput* poderá sofrer variações, mediante justificativa do Instituto de Atendimento Socioeducativo do Estado do Espírito Santo (IASSES) respeitado, em qualquer caso, o percentual máximo de 6% (seis por cento) de adolescentes e jovens em conflito com a lei para a execução do objeto contratual.

Art. 2º - Para o cumprimento da obrigação acima mencionada, deverá o contratado, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao contratante, onde especificará a quantidade e os serviços de trabalhadores que serão contratados.

Art. 3º - No prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo contratado, no qual especificará a quantidade de trabalhadores e os serviços que serão prestados pelos trabalhadores a serem contratados, o contratante se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Art. 4º - Para o cumprimento da obrigação acima mencionada, o contratante, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo contratado, solicitará ao IASSES a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a sua quantidade e os serviços que serão prestados pelos trabalhadores a serem contratados, devendo o IASSES fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários, no prazo máximo de 08 (oito) dias corridos, a contar da solicitação.

Parágrafo único - A solicitação da relação dos trabalhadores aptos à contratação, formulada pelo contratante, deverá ser acompanhada de cópia do instrumento contratual, da cópia da publicação do resumo do instrumento contratual na imprensa oficial e da respectiva planilha de custos pertinentes à proposta vencedora.

Art. 5º - O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do contratante ou do IASES, não ensejará qualquer gravame ou penalidade ao contratado.

Parágrafo único - O não cumprimento dessa obrigação, por parte do contratado, importará em rescisão do contrato firmado com a administração pública, com as consequências previstas na Lei nº 8666/93.

Art. 6º - Visando o regular cumprimento do convênio que envolva a transferência de recursos públicos estaduais, firmado com a administração pública estadual, direta ou indireta, o conveniente, ao realizar o procedimento licitatório, de dispensa ou inexigibilidade de licitação, para a contratação da obra e/ou serviço, objeto da parceria convenial, se obriga a prever, no edital de licitação ou instrumento convocatório, e respectivo contrato, a obrigação do contratado de efetivar a contratação de mão de obra necessária à execução da obra ou serviço, formada por adolescentes e jovens em conflito com a lei, entre 16 (dezesesseis) anos e 21 (vinte e um) anos incompletos de idade, advinda das unidades socioeducativas estaduais, no percentual de 6% (seis por cento) da mão de obra total para a execução do objeto contratual, na forma dos arts. 60 a 69 da Lei nº 8069/90.

Parágrafo único – O percentual de adolescentes e jovens em conflito com a lei referidos no *caput* poderá sofrer variações, mediante justificativa do Instituto de Atendimento Socioeducativo do Estado do Espírito Santo (IASES) respeitado, em qualquer caso, o percentual máximo de 6% (seis por cento) de adolescentes e jovens em conflito com a lei para a execução do objeto contratual.

Art. 7º - Para o cumprimento da obrigação prevista no art. 6º, deverá o contratado, no prazo máximo de 05 (cinco) dias corridos, contados a partir da assinatura do contrato, formular pedido por escrito ao conveniente, onde especificará a quantidade de trabalhadores e os serviços que serão prestados pelos trabalhadores a serem contratados.

Art. 8º - No prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, contados a partir do requerimento formulado pelo contratado, no qual espe-

cificará a quantidade de trabalhadores e os serviços que serão prestados pelos trabalhadores a serem contratados, o conveniente se obriga a apresentar a relação dos trabalhadores aptos à contratação.

Art. 9º - Visando o cumprimento da obrigação prevista no art. 8º, o conveniente, no prazo máximo de 02 (dois) dias corridos, contados do requerimento formulado pelo contratado, solicitará ao IASES a relação dos trabalhadores aptos à contratação, considerando a quantidade de trabalhadores e os serviços que serão prestados pelos trabalhadores a serem contratados, devendo o IASES fornecer por escrito a relação solicitada, assim como as respectivas contas para os depósitos dos salários, no prazo máximo de 08 (oito) dias corridos, a contar da solicitação.

Parágrafo único - A solicitação da relação dos trabalhadores aptos à contratação, formulada pelo conveniente, deverá ser acompanhada de: cópia do instrumento contratual; cópia da publicação do resumo do instrumento contratual na imprensa oficial; respectiva planilha de custos pertinentes à proposta vencedora; cópia do instrumento de convênio e cópia da publicação do resumo do instrumento de convênio na imprensa oficial.

Art. 10 - O atraso na formalização da contratação da mão de obra mencionada, por culpa exclusiva do conveniente ou do IASES, importará em rescisão do convênio firmado com a administração pública estadual, direta ou indireta, com as consequências previstas na Lei nº 8666/93 e nas normas estaduais regentes dos convênios firmados com a administração pública estadual.

Art. 11 - As empresas que atualmente já estejam contratadas pelos órgãos da administração direta ou pelas entidades da administração indireta do Estado poderão, a qualquer tempo, aderir voluntariamente às disposições do presente Decreto.

Art. 12 - As empresas que atualmente já estejam contratadas pelos órgãos da administração direta ou pelas entidades da administração indireta do Município, em razão de convênio firmado com o Estado, visando à execução de obras ou serviços no Município, com recursos públicos estaduais, poderão, a qualquer

tempo, aderir voluntariamente às disposições do presente Decreto.

Art. 13 - Compete ao IASES certificar-se de que as características profissionais e psicossociais dos trabalhadores contratados, na forma deste Decreto, sejam compatíveis com as atividades requeridas pelo contratado e necessárias à fiel e eficiente execução do contrato firmado com a administração pública direta ou indireta deste Estado ou do contrato firmado com a administração pública direta ou indireta do Município.

Art. 14 - Quando a natureza complexa da obra ou serviço impedir a aplicação deste Decreto, a impossibilidade aludida deverá ser devidamente apontada, esclarecida e justificada pelo contratado e só o liberará do cumprimento das obrigações respectivas após a prévia aceitação das justificativas pelo IASES, por meio de decisão fundamentada.

Art. 15 - Visando ao eficiente cumprimento deste Decreto, as empresas deverão observar, também, as disposições constantes dos Anexos I e II do presente Decreto.

Art. 16 - Caberá à Procuradoria Geral do Estado adequar as redações das cláusulas a serem inseridas nos instrumentos padronizados de licitações, contratos e convênios no âmbito deste Estado às previsões referidas por este Decreto.

Art. 17 - Este Decreto entra em vigor na data da sua publicação.

1.5

ROYALTIES DE PETRÓLEO E SEGURANÇA JURÍDICA

CLAUDIO PENEDO MADUREIRA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Notas sobre as propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional. 3 Importância teórica e prática da extensão da discussão relativa à distribuição dos recursos advindos da exploração de petróleo também aos juristas e aos aplicadores do Direito. 3.1 Notas sobre o controle jurídico das opções políticas majoritárias construídas pelo Parlamento. 3.2 A democracia deliberativa e a relevância da deliberação pública sobre os temas discutidos em âmbito político-parlamentar. 3.3 A aplicação de novos parâmetros legislativos para a distribuição dos *royalties* de petróleo relativos aos contratos firmados para a exploração em áreas concedidas sob a égide da legislação pretérita como objeto de conhecimento dos juristas e dos aplicadores do Direito. 4 *Royalties* de petróleo e segurança jurídica. 4.1 Segurança jurídica e boa-fé objetiva. 4.2 Segurança jurídica e intervenção legislativa. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

Muito se tem discutido, em âmbito político-parlamentar, sobre a distribuição dos *royalties* de petróleo¹ aos Estados e Municípios. De modo geral, apresentam-se em planos opostos os defensores da repartição desses recursos de forma indistinta entre todas as unidades federadas, sob a invocação do princípio da isonomia, e os Estados e Municípios produtores, que sustentam que as participações governamentais advindas da ex-

* Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES. Professor do Centro Universitário São Camilo, da Escola Superior da Advocacia da OAB/ES, da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo – ESPGE e do Centro de Formação para a Advocacia Pública da Associação dos Procuradores do Estado do Espírito Santo – APES. Procurador do Estado do Espírito Santo e Advogado.

1 Entre outras participações governamentais, a legislação de petróleo também prevê o pagamento de participações especiais (Lei nº 9.478/1997, art. 50 e respectivos parágrafos), de bônus de assinatura (Lei nº 9.478/1997, art. 46, e Lei nº 12.351/2010, art. 42, p. 2º) e o pagamento pela ocupação ou retenção de área (Lei nº 9.478/1997, arts. 51 e 52, e respectivos parágrafos); mas a parcela mais significativa dos recursos distribuídos aos Estados e Municípios advém dos *royalties* e participações especiais. Por efeito didático, essas participações governamentais serão designadas, neste trabalho, apenas como *royalties* de petróleo.

ploração de petróleo têm por finalidade compensar as unidades federadas afetadas por essa atividade econômica e pelos riscos e custos inerentes ao seu exercício, e que, por isso, devem ser distribuídas somente (ou preponderantemente) a Estados e Municípios afetados pela indústria petrolífera.

Sem entrar no mérito dessa discussão, com relação à qual me reporto às considerações que teci em outro estudo², indago à comunidade jurídica se é legítimo, à luz do Direito, que os novos critérios de distribuição de *royalties* de petróleo de que tratam as propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional atinjam os contratos de concessão celebrados sob a égide da legislação pretérita. A discussão se faz pertinente, inclusive como forma de orientar a produção do direito positivo, porque as propostas em discussão no Parlamento preveem a distribuição sob novos parâmetros dos *royalties* de petróleo advindos da exploração desse recurso natural em áreas efetivamente licitadas e concedidas e que já se encontram em produção.

2 Notas sobre as propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional

As principais propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional para a disciplina da distribuição de *royalties* de petróleo aos Estados e Municípios restam estampadas no artigo 64 da Lei nº 12.351/2010, que tem origem na chamada Emenda Ibsen-Simon³, que foi aprovada pelo Parlamento, mas acabou vetada pela Presidência da República, e na proposta legislativa construída pelo Senado quando da aprovação do Substitutivo do Senador Vital do Rego a projeto de lei de autoria do Senador Wellington Dias (PLS nº 448).

2 MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

3 O texto desse artigo 64 da Lei nº 12.351/2010 foi concebido a partir de emenda parlamentar apresentada pelo Deputado Ibsen Pinheiro a projeto de lei em tramitação da Câmara dos Deputados para a disciplina da exploração do petróleo do pré-sal. O texto dessa emenda parlamentar, que doravante passou a ser designada como "Emenda Ibsen", foi reproduzido, com pequenas modificações (em especial a previsão da compensação pela União Federal das perdas dos Estados e Município), em emenda parlamentar apresentada pelo Senador Pedro Simon a outro projeto de lei em tramitação no Senado (Emenda Simon). Daí falar-se que esse dispositivo tem por base a chamada Emenda Ibsen-Simon.

A Lei nº 12.351/2010, tal como aprovada em âmbito político-parlamentar, previa que quando a lavra ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva as participações governamentais (inclusive *royalties*) devidas aos Estados e Municípios como decorrência da execução de contratos de partilha de produção e de concessão deverão ser repartidas segundo os critérios de distribuição estabelecidos pelos Fundos de Participação dos Estados e Municípios. Tal se infere da simples leitura do artigo 64 desse diploma legal, e de seus parágrafos 1º e 2º, que restam vazados nos seguintes termos:

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) (destaques pessoais).

Esses dispositivos deixam bastante claro que seriam distribuídos sob a nova sistemática os *royalties* decorrentes da exploração do petróleo sob o novo regime de partilha (de que trata a Lei nº 12.351/2010), e também aqueles decorrentes da exploração de petróleo do regime de concessão (de que trata a Lei nº 9.478/1997), que incide sobre áreas devidamente licitadas e concedidas, e que já se encontram em produção. O veto que lhe foi aposto pela Presidência da República impediu que semelhante regra jurídica ingressasse no ordenamento jurídico-positivo. Mas permanece latente, em âmbito político-parlamentar, a possibilidade da sua inserção no direito positivo do País, dada

a previsão constitucional quanto à possibilidade de apreciação/rejeição do veto presidencial pelo Poder Legislativo⁴.

Disposições semelhantes são encontradas na proposta legislativa construída pelo Senado, que também prevê a aplicação dos novos critérios de distribuição de *royalties* de petróleo em discussão no Parlamento ao regime de concessão, afetando, com isso, situações jurídicas consolidadas sob a égide da legislação pretérita. Tal se infere da simples leitura do artigo 4º do Substitutivo do Senador Vital do Rego ao PLS nº 448, de lei de autoria do Senador Wellington Dias, aprovado por aquela Casa de Leis, que resta vazado nos seguintes termos:

Art. 4ª 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: [...]” (destaques pessoais)

Esse projeto de lei, depois de aprovado pelo Senado, foi remetido à Câmara dos Deputados, onde foi registrado como PL nº 2.565/2011, e lá se encontra à disposição dos Deputados, para deliberação.

Uma e outra proposta legislativa partem da premissa de que é legítima a aplicação de novos critérios de distribuição de *royalties* de petróleo a contratos de concessão celebrados sob a égide da legislação pretérita.

4 Cf., a propósito, o que estabelece o parágrafo 4º do artigo 66 da Constituição da República, que tem a seguinte redação: “Art. 66. [...] § 4º - O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto”.

3 Importância teórica e prática da extensão da discussão relativa à distribuição dos recursos advindos da exploração de petróleo também aos juristas e aos aplicadores do Direito

É fato, contudo, que o Congresso Nacional não discutiu, pelo menos com a profundidade que o tema merece, se semelhante aspiração política é compatível com o Direito pátrio. Por isso, é sumamente importante a ampliação do debate, de modo a que também participem das discussões relativas ao tema os juristas (aqui entendidos como professores de Direito, que descrevem as proposições prescritivas colhidas do ordenamento em seus trabalhos doutrinários⁵) e os aplicadores do Direito (assim compreendidos todos aqueles que conferem aplicabilidade a essas proposições prescritivas – dos representantes das partes aos Juízes e Tribunais⁶ –, e que colaboram para a formação da jurisprudência⁷)⁸⁻⁹. É que, como cediço, a idéia de democracia não lhes impõe a necessária confirmação das escolhas firmadas pelo Parlamento, que, muito embora sejam construídas pelos legítimos representantes do povo, somente são válidas, sobre

-
- 5 Como se sabe, a ciência jurídica, campo da atuação do jurista, tem por objeto de análise as normas jurídicas que compõem o ordenamento (Direito). As normas são editadas, como regra, pelo Parlamento, e qualificam-se como proposições prescritivas porque prescrevem comandos que devem ser obedecidos pelos seus destinatários. Analisando-as, o jurista enuncia proposições descritivas, por meio das quais procura descrever o Direito, criando um sistema. Sob certa ótica, o jurista não deve descrever o modo como se dá a aplicação do direito (decidibilidade), mas apenas e tão somente estudar normas editadas por autoridades consideradas competentes por norma superior, segundo o procedimento estabelecido por norma superior (cf., por todos: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006). É fato, contudo, que a questão da decidibilidade foi aprofundada com o passar dos anos; com destaque para o magistério de Miguel Reale (cf.: [REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998] e [REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968]), que trabalha a aplicação do Direito sobre estrutura tricotômica, que considera a interação entre norma, fato e valor; perspectiva teórica que confere maior abertura ao sistema criado no âmbito da ciência jurídica, e que transporta o olhar do jurista, nessa sua atividade descritiva, também para a aplicação do Direito.
 - 6 Como sustentei alhures (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça* [no prelo]. Salvador: Juspodivm, 2012.), o Direito aplicado aos casos concretos é uma obra coletiva, produto da interação entre todos os agentes processuais, que colaboram entre si, quando da apresentação dos seus respectivos argumentos, para a construção da norma individual solucionadora da contenda. Assim, não apenas os Juízes e Tribunais, mas também os representantes das partes colaboram para a construção do juízo externado na sentença, e, no limite, para a formação dos precedentes judiciais que compõem a jurisprudência.
 - 7 Sobre o assunto, ler também: MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
 - 8 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Capítulo 1.
 - 9 A propósito, cf., ainda: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Direito e democracia: esforço teórico de delimitação dos papéis do Legislativo e do Judiciário no processo construtivo do Direito*. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v.11, n. 129, p. 31-38, nov. 2011.

a ótica do Direito, na medida em que se compatibilizam com o texto da Constituição¹⁰.

3.1 Notas sobre o controle jurídico das opções políticas majoritárias construídas pelo Parlamento

Foi Carl Schmitt quem disse que “a crença no sistema parlamentar, numa *government by discussion*, pertence ao mundo intelectual do liberalismo” e não à democracia, enfatizando, adiante, que “o liberalismo e a democracia devem ser separados, para que se reconheça a imagem heterogeneamente montada que constituiu a moderna democracia de massas”¹¹. Essa compreensão é deveras importante, pois a circunstância de a democracia ter como suporte ineliminável o princípio majoritário não significa que o princípio democrático admite o absolutismo (ou o domínio) da maioria¹², como leciona José Joaquim Gomes Canotilho.

A propósito, Canotilho adverte que “a maioria não pode dispor de toda ‘legalidade’, ou seja, não lhe está facultado, pelo simples facto de ser maioria, tornar disponível o que é indisponível”; o que implica reconhecer que o direito da maioria sempre estará em concorrência com o direito das minorias, notadamente no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e, em geral, a toda a disciplina constitucionalmente fixada, contexto em que “o princípio da constitucionalidade sobrepõe-se ao princípio majoritário”¹³.

Exatamente por esse motivo é que não se pode ter por absoluta a separação entre os poderes, contexto em que o Par-

10 Até porque, como disse Cappelletti: “Não há meio termo entre estas duas alternativas. Ou a Constituição é uma lei fundamental, superior e não mutável pelos meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários e, como estes, pode ser alterada ao gosto do Poder Legislativo. Se é correta a primeira alternativa, então é preciso concluir que um ato legislativo contrário à Constituição não é lei; se é correta, ao contrário, a segunda alternativa, então quer dizer que as Constituições escritas outra coisa não são do que absurdas tentativas de limitar um poder que é, por sua natureza, ilimitável” (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992. p. 47-48).

11 SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 10.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 329.

13 *Ibid.* p. 329.

lamento assume o papel do Legislativo, mas com limitações¹⁴, o que torna relativo o racionalismo situado na base da idéia do balanceamento (próprio da teoria republicana) e diferencia esse sistema daquele racionalismo absoluto do Iluminismo (próprio da teoria liberal)¹⁵, como leciona Carl Schmitt¹⁶. Dentro dessa ótica republicana, que é inerente ao sistema jurídico brasileiro¹⁷, a separação entre os poderes torna-se essencial para a busca da justiça, que vai aqui entendida como um ideal objetivo, desvinculado do sentimento popular, pois, como disse Owen Fiss, “supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular”¹⁸⁻¹⁹. Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, “também permite que o Judiciário, ao se manter em consonância com a doutrina de separação de poderes, aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo”²⁰. Essa é, pois, a conformação e a missão do “sistema de freios e contrapesos”, que, nas palavras de Paulo

-
- 14 A propósito, confira-se também essa outra passagem da obra de Canotilho: “Embora se defenda a inexistência de uma separação absoluta de funções, dizendo-se simplesmente que a uma função corresponde um titular principal, sempre se coloca o problema de saber se haverá um núcleo essencial caracterizador do princípio da separação e absolutamente protegido pela Constituição. Em geral, afirma-se que a nenhum órgão podem ser atribuídas a outro. Quer dizer: o princípio da separação exige, a título principal, a correspondência entre órgão e função e só admite exceções quando não for sacrificado o seu núcleo essencial” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 559).
- 15 Canotilho pontua a distinção entre essas duas abordagens teóricas na seguinte passagem de sua obra: “A teoria liberal assenta nos seguintes postulados: (1) a política é um meio para a prossecução de fins, estando estes fins radicados numa esfera de liberdade social preexistente à própria política; (2) o processo democrático serve para colocar o estado ao serviço da sociedade, reduzindo-se este estado a um aparelho administrativo e estruturando-se a sociedade como um sistema econômico baseado no comércio entre pessoas privadas; (3) a política deve orientar-se no sentido de prosseguir estes interesses privados perante um aparelho administrativo que se transformou em poder especializado de prossecução de fins colectivos. [...] Segundo a teoria republicana, a política é uma dimensão constitutiva da formação da vontade democrática e por isso: (1) assume a forma de um compromisso ético-político referente a uma identidade colectiva no seio da comunidade; (2) não existe espaço social fora do espaço político traduzindo-se a política numa forma de reflexão do bem comum; (3) a democracia é, desta forma, a auto-organização política da comunidade no seu conjunto” (Ibid., p. 1414-1415).
- 16 SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. p. 38-39.
- 17 Afinal, o Brasil se apresenta como uma República Federativa, como se depreende do texto do artigo 1º da Constituição de 1988 (“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [...]”).
- 18 FISS, Owen. *O correto grau de independência*. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 155.
- 19 Até porque, conforme leciona Raffaele De Giorgi, “a ideia de representação parlamentar exprime publicamente os temas da política, organizando as decisões de modo a produzir consenso, não obstante o dissenso sobre os princípios” (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 41).
- 20 FISS, op. cit., p. 155.

Bonavides, constitui a primeira correção essencial que se impôs ao princípio democrático, como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional²¹.

Por isso é que, como há muito observaram os *federalistas* Hamilton, Madison e Jay, os Tribunais têm “o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”, pois, a ser de outro modo, “todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis”²². O Poder Judiciário é, pois, instituição estratégica nas democracias contemporâneas, cuja atuação não se limita às funções meramente declarativas do Direito, e por isso deve se impor, entre os Poderes da República, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia individual e cidadã²³, conforme lecionam os cientistas políticos Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Resende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos.

É pacífica, entre nós, a tese da legitimação democrática do Poder Judiciário para proceder ao controle da constitucionalidade das leis. Essa atividade lhe é conferida pela própria Constituição, que, enquanto norma fundante, encontra-se plenamente autorizada a estabelecer os contornos da atuação de cada um dos poderes da República, concebendo, nesse contexto, mecanismos que impeçam a edição de leis que a contradigam, entre os quais se destaca o controle judicial da constitucionalidade das leis. Assim não fosse, não estaria o Supremo Tribunal Federal, dia após dia, a exercê-lo, seja de forma indireta (controle difuso), quando processa recursos extraordinários interpostos no corpo de ações judiciais mantidas entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública, seja de forma direta, ou abstratamente (controle concentrado), quando aprecia ações declaratórias da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de leis.

21 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74.

22 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 471.

23 VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

3.2 A democracia deliberativa e a relevância da deliberação pública sobre os temas discutidos em âmbito político-parlamentar

Nisso não reside qualquer ofensa à democracia. Canotilho alude, em sua obra, a diversas dimensões do princípio democrático, dispondo, adiante, que somente a partir delas é que “se conseguirá explicar a relevância dos vários elementos que as teorias clássicas procuravam unilateralmente transformar em *ratio* e *ethos* da democracia”²⁴.

Nessa senda, o professor português refere-se à “democracia representativa”, que ele qualifica, entre outros fatores, pela existência de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes, e à “democracia participativa”, que ele coliga à “estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões”²⁵. Noutra passagem, após discorrer sobre as particularidades da aplicação do Direito de nosso tempo, refere-se à “democracia deliberativa”, cujos contornos principais seriam a existência de uma política deliberativa assente na idéia de “virtude cívica”, assim como na possibilidade de que se promova a igualdade entre os participantes no processo político o consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática e os direitos de participação dos cidadãos na vida pública, pela via do controle dos seus representantes²⁶⁻²⁷.

24 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 288.

25 *Ibid.*, p. 288.

26 *Ibid.*, p. 1416.

27 Canotilho refere-se, ainda, à “democracia discursiva”, que atribui a Habermas, e que, em sua opinião, distingue-se do “republicanismo liberal norte-americano”, e da “democracia deliberativa”, por não se assentar “em direitos universais do homem (ou direitos preexistentes na perspectiva liberal), nem na moral social de uma comunidade determinada (como sustenta a visão republicana), mas em regras de discussão, formas de argumentar, institucionalização de processos [...], cujo fim é proporcionar uma solução nacional e universal a questões problemáticas, morais e éticas da sociedade” (*Ibid.*, p. 1416-1417). Mas é possível compreendê-las, a “democracia deliberativa” e a “democracia discursiva”, como uma mesma acepção de democracia, designada simplesmente como “democracia deliberativa”. André Ramos Tavares, tendo em vista essa distinção entre a “democracia discursiva” e a “democracia deliberativa”, admite que essas opções terminológicas possam “ocasionar confusões conceituais de correntes de armadilhas da linguagem” (TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 79, jan./mar. 2007. nota de rodapé), e a elas refere-se como sendo uma só categoria, quando, adiante, observa que a “democracia deliberativa é também conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva” (TAVARES, *Ibid.*, p. 79). Demais disso, Habermas, identificado por Canotilho como precursor da “democracia

Sobre essa última acepção de democracia, André Ramos Tavares acentua que “uma das obras contemporâneas que mais influenciou o debate sobre o assunto, considerada como referencial obrigatório, é a de Amy Gutmann e Dennis Thompson”²⁸. Para esses professores norte-americanos “a democracia deliberativa afirma a necessidade de justificar decisões tomadas por cidadãos e seus representantes”, num contexto em que se espera “que ambos justifiquem as leis que eles imporiam um ao outro”^{29,30}.

Ainda acerca dessa acepção de democracia, Claudio Pereira de Souza Neto leciona que “a democracia deliberativa surge, nas duas últimas décadas do século XX, como alternativa às teorias da democracia então predominantes, as quais a reduzem a um processo de agregação de interesses particulares, cujo objetivo seria a escolha de elites governantes”^{31,32}. Conforme Souza Neto, a “democracia deliberativa” contrapõe-se a essas “teorias agregativas”, e assume como premissa

discursiva”, refere-se reiteradamente a uma “política deliberativa”, por ele qualificada como o âmago do processo democrático, e que ele procura distinguir da concepção do Estado tido como protetor de uma sociedade econômica e do conceito republicano de uma comunidade ética institucionalizada na forma de Estado (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 18. v. 2.). Tal não bastasse, mesmo Alexy, celeberrizado pelo desenvolvimento da teoria do discurso, designa essa dimensão do princípio democrático como “democracia deliberativa”, dispondo taxativamente que “o princípio do discurso exige a democracia deliberativa” (ALEXY, Robert. A institucionalização da razão. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 35). Para Alexy, “a democracia deliberativa é mais do que um procedimento para a produção de uma compensação de interesses ótima abaixo do limite de ditadura ou guerra civil”, pois, “nela, o plano dos interesses e do poder é coberto por um plano dos argumentos, no qual todos os participantes lutam por uma solução política correta” (ALEXY, *Ibid.*, p. 35).

28 TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 81, jan./mar. 2007.

29 GUTMAN, Amy ; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 19, jan./mar. 2007.

30 Esse texto, publicado no primeiro número da Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, editado sob a coordenação de André Ramos Tavares e Pedro Buck, compõe o primeiro capítulo da obra “Why Deliberative Democracy?” (GUTMAN, Amy ; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004).

31 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 104, jan./mar. 2007.

32 A propósito, o historiador Sérgio Buarque de Holanda adverte, referindo-se ao caso brasileiro, que “a democracia no Brasil sempre foi um lamentável mal-entendido”, dispondo, ao ensejo, que “uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas”, e que “assim puderam incorporar à situação tradicional, ao menos como fachada ou decoração externa, alguns lemas que pareciam os mais acertados para a época e eram exaltados nos livros e nos discursos” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 146).

a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia assim concebida pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, “envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas”³³.

3.3 A aplicação de novos parâmetros legislativos para a distribuição dos royalties de petróleo relativos aos contratos firmados para a exploração em áreas concedidas sob a égide da legislação pretérita como objeto de conhecimento dos juristas e dos aplicadores do Direito

É, pois, absolutamente relevante o enfrentamento, nesta sede, da discussão relativa à validade constitucional da proposição parlamentar por aplicar os novos parâmetros em discussão no Congresso Nacional a contratos firmados para a exploração de petróleo em áreas licitadas e concedidas sob a égide da legislação pretérita. Com efeito, se os cidadãos e seus representantes devem justificar as leis que querem impor uns aos outros (Gutmann e Thompson), e se, como ceção, os debates realizados no Parlamento baseiam-se, como regra, em argumentos políticos, não abarcando, muitas vezes, os aspectos jurídicos subjacentes às escolhas realizadas pelos parlamentares, cumpre, então, que a doutrina jurídica se apresente como foro qualificado para a deliberação pública sobre o tema (Souza Neto), para que não sejam olvidados os aspectos jurídicos – inclusive como forma de simular e também de orientar a sua discussão, em sede própria, pelos aplicadores do Direito. Nesse caso, ou seja, na hipótese de o Poder Judiciário vir a ser chamado a se manifestar sobre o tema, também ele,

33 SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 104, jan./mar. 2007.

Judiciário, apresentar-se-á como arena deliberativa³⁴ adequada à sua discussão.

4 *Royalties* de petróleo e segurança jurídica

A discussão jurídica proposta por este trabalho é singela e demanda a investigação sobre se uma opção político-parlamentar pela aplicação de novos parâmetros para a distribuição de *royalties* de petróleo a contratos firmados para a exploração desse recurso natural em áreas licitadas e concedidas sob a égide da legislação pretérita é compatível com o princípio da segurança jurídica, consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Política³⁵. Esse dispositivo veda a interferência legislativa no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada, como se infere da simples leitura do seu texto:

CRFB

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O comando normativo expresso nessa disposição constitucional é muito claro: a lei nova não está apta a atingir atos jurídicos consolidados sob a égide do regime normativo pretérito³⁶.

A propósito, José Afonso da Silva leciona que “a segurança é um dos valores que informa o direito positivo”, e que, “em ver-

34 Para utilizar a expressão consagrada por Luigi Bobbio (BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 144-170, jan./mar. 2007.).

35 A argumentação que se segue tem por base o Capítulo 5 da obra “*Royalties de petróleo e Federação*” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.).

36 Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Tópico 5.1 do Capítulo 5.

dade, a positividade do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas³⁷. O professor paulista observa, ainda, que a segurança jurídica assume, em sentido amplo, “o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica”, e que “consiste na garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual se estabeleceu³⁸. Sob essa ótica, a segurança jurídica relaciona-se com a boa-fé objetiva³⁹.

Mas a segurança jurídica também se reveste da condição de instrumento de proteção do indivíduo contra o abuso estatal. Quanto ao particular, Regina Maria Macedo Nery Ferrari observa que “a idéia de segurança jurídica está ligada à concepção de Estado de Direito, isto é, com a noção de que em um determinado estado, a lei nasce por todos e para todos e submete todos, inclusive os governantes, o Poder Público, ou seja, a legitimidade do exercício do poder repousa na legalidade, na sua juridicidade⁴⁰. Mesmo o abuso cometido sob a forma da edição de atos legislativos encontra-se sobre a censura desse princípio jurídico, vez que, como dito, a Constituição veda qualquer intervenção legislativa no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada (art. 5º, XXXVI).

4.1 Segurança jurídica e boa-fé objetiva

Em parecer lavrado em resposta à consulta que lhe foi formulada pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro⁴¹,

37 SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 15.

38 *Ibid.*, p. 17.

39 A propósito, cf., por todos: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

40 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 215.

41 A argumentação que se segue tem por base o Tópico 5.2 do Capítulo 5 da obra “Royalties de petróleo e Federação” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.).

o jurista Luís Roberto Barroso considerou questionável, em referência ao princípio da segurança jurídica, nos seus desdobramentos sobre a lealdade e a boa-fé, a mudança das regras após a descoberta de novas reservas, dispondo, ao ensejo, ser fora de propósito “que a nova disciplina venha a colher os direitos que o Estado do Rio de Janeiro já desfruta em relação aos contratos de concessão em curso”⁴². E acentuou, na sequência, que, para essa unidade federada, “a supressão do direito a *royalties* e participações especiais acarretaria grave frustração de expectativa legítima em relação a receitas que auferire há muitos anos”, de modo que a “sua interrupção súbita, sem que se tenha sequer cogitado de uma transição razoável, traz consequências dramáticas”, que incluem a “impossibilidade de cumprir obrigações assumidas, tanto de custeio como de investimentos” (consequências econômicas) e “a impossibilidade de cumprimento das normas constitucionais orçamentárias (artigo 165, §§ 1º, 2º, 4º e 5º), de normas de direito financeiro (Lei 4.320/64), da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) e da Lei 9.496/97, que dispõe sobre o Programa de Apoio à Reestruturação e ao Ajuste Fiscal dos Estados” (consequências jurídicas)⁴³.

Barroso destaca, nesse contexto, a celebração de contratos entre o Rio de Janeiro e a União Federal, com vistas à antecipação de recursos federais sob a forma de financiamento, mediante prestação de garantia consistente justamente nos *royalties* decorrentes da exploração de petróleo em áreas licitadas e concedidas, e que já se encontram em produção⁴⁴. Também o Estado do Espírito Santo fez projeções de gastos e assumiu compromissos financeiros tendo em vista as receitas advindas dos campos de exploração confrontantes com seu território; e de igual modo assinou contratos de antecipação de recursos com a União Federal. Nessas oportunidades, o ente federal reconheceu a validade e a segurança dos referidos créditos, o que deu a essas unidades federadas (Rio de Janeiro e Espírito Santo), por

42 BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Parecer. Disponível: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2010. p. 24.

43 *Ibid.*, p. 24-25.

44 *Ibid.*, p. 26.

ocasião da celebração desses ajustes, a clareza e a segurança de que poderiam contar, no futuro, com os recursos financeiros advindos da produção de petróleo nas áreas respectivas.

Sendo assim, uma modificação ulterior nas regras de distribuição desses recursos, porque capitaneada pela União Federal⁴⁵, mostra-se ofensiva à boa-fé objetiva, que evoca a proibição de *venire contra factum proprium* (ou de voltar contra seus próprios passos). A propósito, Menezes Cordeiro leciona que a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente⁴⁶. De seu turno, Judith Martins-Costa acentua que “a proibição de toda e qualquer conduta contraditória seria, mais do que uma abstração, um castigo”, um instrumento tendente a “enrijecer todas as potencialidades da surpresa, do inesperado e do imprevisto na vida humana”⁴⁷.

Posto isso, a União Federal, seja porque licitou e concedeu áreas para a exploração de petróleo nas proximidades das praias de Estados e Municípios produtores, aplicando, na oportunidade, os critérios de distribuição de recursos previstos na legislação pretérita, e gerando, com isso, a expectativa de receitas para essas unidades federadas, seja porque concedeu os referidos financiamentos aos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo tomando como garantia *royalties* de petróleo, não está autorizada a voltar sobre seus próprios passos, para atingir, por opção legislativa ulterior, essa receita pública decorrente da exploração desse recurso natural nas áreas licitadas e concedidas.

Uma lei com esse conteúdo ou deve ser considerada inconstitucional por ofensa do disposto no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição ou deve ser interpretada de modo que suas disposições não atinjam os atos jurídicos consolidados sob a égide do regime normativo pretérito.

45 Muito embora o Governo Federal tenha manifestado, por ocasião do veto, a sua desconformidade com a opção político-legislativa encartada no artigo 64 da Lei nº 12.351/2010, o veículo utilizado para implementá-la é uma lei federal.

46 CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 743.

47 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 469.

4.2 *Segurança jurídica e intervenção legislativa*

Tal se dá também porque essas operações auferem, em tudo e por tudo, a conotação de atos jurídicos perfeitos, visto que consolidadas sobre a lei do tempo do fato (*tempus regit actum*)⁴⁸. E por isso não podem ser alcançadas, validamente, por opções político-legislativas subsequentes, vez que, como dito, a Constituição põe a salvo de modificações unilaterais, inclusive daquelas promovidas pelo Poder Legislativo, como medida de segurança jurídica, “o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, XXXVI).

O conteúdo desse instituto resta explicitado, entre nós, por interpretação autêntica colhida do ordenamento jurídico-positivo, mais especificamente do texto Decreto-lei nº 4.657/42, tradicionalmente designado como Lei de Introdução ao Código Civil, e atualmente qualificado, por modificação legislativa introduzida pela Lei nº 12.376/10, como Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nos precisos termos da lei, o ato jurídico perfeito é ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. Confira-se, a propósito, a redação literal do parágrafo 1º do artigo 6º desse diploma legal:

LICC

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

Essa circunstância é destacada por Regina Maria Macedo Nery Ferrari, quando dispõe, em doutrina, que a configuração do ato jurídico perfeito relaciona-se à verificação concreta de “se o ato cumpriu todas as exigências previstas na lei em vigor quando de seu nascimento”⁴⁹.

48 A argumentação que se segue tem por base o Tópico 5.3 do Capítulo 5 da obra “Royalties de petróleo e Federação” (MADUREIRA, Claudio Penedo. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.).

49 FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 226.

Assim, se o ato foi praticado com base na lei vigente ao tempo da sua consolidação, os seus efeitos estabilizam-se no tempo, não sendo atingidos por novas opções político-legislativas dimanadas pelo Parlamento. O que ocorre é que, conforme Maria Helena Diniz, ato jurídico perfeito é “o negócio, ou ato, jurídico consumado, segundo a norma vigente, ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido”⁵⁰. Em idêntica direção se posiciona Misael Montenegro Filho, para quem o ato jurídico perfeito “representa um direito consumado pela prática de um ato”, ou seja, “um direito que nasceu, mas que ainda não foi exercitado”⁵¹; representa, ainda, “a prática de um ato, sob a égide de uma legislação, como a concessão da aposentadoria a um servidor; que preencheu todos os requisitos disponíveis na lei velha, que foi revogada pela lei nova”⁵². Na hipótese, adverte Montenegro Filho, “como o ato já foi praticado (concessão da aposentadoria), a lei nova não pode determinar que o servidor volte à ativa”⁵³. Nesse mesmo sentido se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, por ocasião da prolação do seguinte julgamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - MILITAR - ETAPA DE ASILADO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NA ÉPOCA DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO - ATO JURÍDICO PERFEITO - ALTERAÇÃO POR LEI SUPERVENIENTE - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NO ACÓRDÃO EMBARGADO - EMBARGOS REJEITADOS [...] 2 - No caso, concluiu-se que, *se no momento da obtenção do benefício o recorrente preencheu todos os requisitos necessários de acordo com a lei em vigor, caracterizando-se como ato jurídico perfeito, não pode a legislação superveniente estabelecer novos critérios, sob pena de ofensa ao princípio tempus regit actum [...]* (STJ - EDcl-AgRg-REsp 962.149 -

50 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1402.

51 MONTENEGRO FILHO, Misael. Comentários ao artigo 5º, incisos XXXIV ao XXXVII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 176.

52 *Ibid.*, p. 175.

53 *Ibid.*, p. 176.

(2007/0142309-4) - 6ª T. - Relª Minª Maria Thereza de Assis Moura - DJe 01.06.2011 - p. 905) (destaques pessoais).

A propósito, não prospera a alegação de que o ato jurídico perfeito não pode ser invocado, na hipótese, em razão da tese da inexistência de direito adquirido a regime jurídico, tantas vezes acolhida em julgados do Supremo Tribunal Federal relativos a direitos de servidores públicos⁵⁴. E por duas razões muito simples.

Em primeiro lugar, porque a jurisprudência do Tribunal Constitucional não aplica esse entendimento quando está em discussão o regramento, por lei nova, dos efeitos de atos e contratos celebrados sob a égide de regramento pretérito. Tal se infere, a título de exemplo, dos seguintes julgamentos proferidos por aquele Excelso Pretório:

AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEI 8.030/1990. RETROATIVIDADE MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE. *É firme, no Supremo Tribunal Federal, a orientação de que não cabe a aplicação da Lei 8.030/1990 a contrato já existente, ainda que para atingir efeitos futuros, pois redundaria em ofensa ao ato jurídico perfeito.* Agravo regimental a que se nega provimento (STF. RE 388607 AgR / BA. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 21/03/2006. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 28-04-2006 PP-00043, EMENT VOL-02230-04 PP-00749) (destaques pessoais).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CADERNETA DE POUPANÇA - CONTRATO DE DEPÓSITO VALIDAMENTE CELEBRADO - ATO JURÍDICO PERFEITO - INTANGIBILIDADE CONSTITUCIONAL - CF/88, ART. 5º, XXXVI - INAPLICABILIDADE DE LEI SUPERVENIENTE À DATA DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO DE DEPÓSITO, MESMO QUANTO AOS EFEITOS FUTUROS DECORRENTES DO AJUSTE NEGOCIAL - RECURSO IMPROVIDO. - *Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordena-*

54 A propósito, cf., a título de exemplo, o AI- AgR 737404/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes, o ARE-AgR 639736/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, o AI 807.800-AgR, Relator Ministra Ellen Gracie, o AI-AgR 633501, Relator Ministro Gilmar Mendes, o AI-AgR 765.708, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, e o AI-AgR 720.940, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

mento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os efeitos futuros oriundos de contratos anteriormente celebrados não se expõem ao domínio normativo de leis super-venientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos - que se qualificam como atos jurídicos perfeitos (RT 547/215) - acham-se protegidos, em sua integralidade, inclusive quanto aos efeitos futuros, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Doutrina e precedentes. - A incidência imediata da lei nova sobre os efeitos futuros de um contrato preexistente, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (retroatividade injusta de grau mínimo), achando-se desautorizada pela cláusula constitucional que tutela a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas. Precedentes (STF. AI 363159 AgR / SP. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 16/08/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação DJ 03-02-2006 PP-00035, EMENT VOL-02219-07 PP-01359) (destaques pessoais).

- Compromisso de compra e venda. Rescisão. Alegação de ofensa ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição. - Sendo constitucional o princípio de que a lei não pode prejudicar o ato jurídico perfeito, ele se aplica também às leis de ordem pública. De outra parte, se a cláusula relativa à rescisão com a perda de todas as quantias já pagas constava do contrato celebrado anteriormente ao Código de Defesa do Consumidor, ainda quando a rescisão tenha ocorrido após a entrada em vigor deste, a aplicação dele para se declarar nula a rescisão feita de acordo com aquela cláusula fere, sem dúvida alguma, o ato jurídico perfeito, porquanto a modificação dos efeitos futuros de ato jurídico perfeito caracteriza a hipótese de retroatividade mínima que também é alcançada pelo disposto no artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna. Recurso extraordinário conhecido e provido (STF. RE 205999/SP. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 16/11/1999. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 03-03-2000 PP-00089, EMENT VOL-01981-05 PP-00991) (destaques pessoais).

- Agravo regimental. - Não tem razão o agravante. Com efeito, o ato jurídico perfeito a que se refere o artigo 5º, XXXVI,

da Constituição diz respeito ao ato que se aperfeiçoou em período anterior a uma lei que, para não ser retroativa, não pode alcançá-lo, nem aos seus efeitos futuros. Está, pois, esse conceito ligado ao direito intertemporal, o que não ocorre no caso, em que se sustenta que a não aplicação de um enunciado do TST - que sintetiza a jurisprudência da Corte e não é norma jurídica posterior ao ato jurídico em causa - é que teria desconstituído a homologação administrativa. Agravo a que se nega provimento (STF. AI 240302 AgR / SP. Relator(a): Min. MOREIRA ALVES. Julgamento: 09/11/1999. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJ 26-11-1999 PP-00092, EMENT VOL-01973-06 PP-01246) (destaques pessoais).

Ao ensejo, deve ser esclarecido que conquanto os contratos celebrados para a exploração de petróleo sob os auspícios da legislação pretérita tenham como partes a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP (poder concedente) e as empresas exploradoras (ditas concessionárias), o órgão federal atua, nesse contexto, como “curador” dos interesses dos Estados e Municípios afetados pela exploração desse recurso natural, a quem a própria Constituição atribui parcela das receitas patrimoniais auferidas com o exercício desta atividade econômica (CRFB, art. 20, p. 1^{o55}). Assim, no limite, os Estados e Municípios produtores são representados nesses contratos pela ANP, precisamente porque os efeitos (notadamente o pagamento de *royalties* pelas empresas exploradoras) também lhes são extensíveis. Mesmo que assim não fosse, a circunstância, referida no tópico anterior, de a União Federal haver firmado contratos de empréstimos com os Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo, tomando como garantia os *royalties* que lhes seriam distribuídos como decorrência da exploração de petróleo em áreas licitadas e concedidas, torna vinculados também os efeitos desses outros contratos, igualmente celebrados sob a

55 CRFB. “Art. 20. [...] § 1º - É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

vigência da legislação pretérita, o que obsta a sua afetação por lei posterior que estabeleça novos critérios para a distribuição desses recursos aos Estados e Municípios.

Em segundo lugar, porque não se cogita, na hipótese, da atribuição de direito adquirido a regime jurídico, mas apenas e tão somente da preservação dos efeitos da lei antiga, ou, como disse Celso Antônio Bandeira de Mello, “da persistência de seus efeitos em casos concretos, durante o império da nova lei”⁵⁶. Quanto ao particular, cumpre referir à lição de Maria Helena Diniz, que adverte, em comentários ao artigo 2.035 do Código Civil Brasileiro⁵⁷, que não se pode confundir o ato/contrato em curso de execução com o ato/contrato em curso de constituição, dispondo, a propósito, que a lei nova apenas poderá alcançar este (o ato/contrato em curso de constituição) e não aquele (o ato/contrato em curso de execução), que se qualifica como ato jurídico perfeito⁵⁸. Em suas próprias palavras:

“[...] se o contrato ou ato jurídico estiver em curso de formação ou de constituição (fato pendente) por ocasião da entrada em vigor da nova lei, esta, quanto aos seus efeitos, se lhe aplicará, por ter efeito imediato, pois não há que se falar em ato jurídico perfeito, nem em direito adquirido, que impede que se perca o que já se adquiriu, visto que nenhum efeito (formalidade intrínseca) foi produzido sob o manto da lei anterior. Mas, em sua formalidade extrínseca (validade) reger-se-á pela lei velha, pois a nova não poderá alcançar validade ou invalidade de negócio iniciado antes de sua vigência”⁵⁹.

Essa advertência de Diniz é perfeitamente aplicável à investigação acerca da preservação dos efeitos do ato jurídico perfeito frente a alterações legislativas posteriores à sua constituição, ou seja, no curso da execução desses efeitos. Afinal, como se sabe,

56 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e o direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 114.

57 CCB. “Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”.

58 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1402.

59 *Ibid.*, p. 1402.

o artigo 2.035 da lei material civil, comentado pela professora paulista na passagem doutrinária dantes referida, procura estender a aplicação da lei nova sobre os efeitos de atos praticados sobre o império da lei antiga, quando prescreve, em literalidade, que “a validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução”. A isso, Maria Helena Diniz objetou que somente podem ser afetados por essa regra os atos/contratos em curso de constituição, e não aqueles em curso de execução⁶⁰.

Assim, se o ato já está constituído, ou seja, “já se tornou apto a produzir efeitos, gerando, modificando ou extinguindo direitos”, esses efeitos “não poderão ser alcançados por lei posterior”, como expressa Diniz na seqüência⁶¹. Não sobeja lembrar, a propósito, que Kelsen, em sua “Teoria Pura do Direito”, qualifica o negócio jurídico como norma jurídica⁶². E que, para Kelsen, é válida a norma posta (negócio jurídico) por autoridade considerada competente por norma superior (lei), desde que observado o procedimento estabelecido nessa mesma norma superior⁶³. Sendo assim, somente seria possível afetar a validade dessa norma jurídica (negócio jurídico), e também a sua eficácia, acaso se depreendesse contraposição entre ela e a norma superior (lei) que regulou a sua constituição, isto é, entre o ato/contrato e a lei do tempo do fato. Por isso é que, para Diniz, o artigo 2.035 do Código Civil Brasileiro somente se aplica, de modo a atingir os efeitos de ato/contrato praticado sob o império da lei antiga, quando se depreender a incompatibilidade entre esse ato/contrato e o ordenamento jurídico positivo, vez que os atos/contratos concluídos sob a égide da legislação pretérita somente poderão ser considerados atos jurídicos perfeitos quando se depreender que esses atos/contratos foram praticados em con-

60 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1402.

61 *Ibid.*, p. 1402.

62 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 284-290, *passim*.

63 *Ibid.*, p. 79-119, *passim*.

formidade com a lei vigente ao tempo da sua concretização, isto é, com a lei do tempo do fato⁶⁴.

Transportando essa discussão teórica para a hipótese analisada, tem-se que não pode a lei nova pretender cancelar os atos/contratos celebrados, sob os auspícios da legislação pretérita, com vistas à exploração de petróleo sob o regime de concessão; mesmo que essa exploração ocorra dentro do perímetro designado pelo ordenamento jurídico-positivo como “área do pré-sal”⁶⁵, e que disponha que a exploração de petróleo na “área do pré-sal” deva se dar sob o regime de partilha⁶⁶. E isso porque, em razão do princípio da segurança jurídica, e em especial da proteção conferida pela Constituição ao ato jurídico perfeito, a lei nova não atinge a validade dos atos praticados sob o império da lei anterior.

De igual modo, o legislador não pode pretender alcançar os efeitos de ato/contrato consolidado sob a legislação pretérita, contexto em que se destaca o pagamento aos Estados e Municípios dos *royalties* de petróleo relativos a áreas licitadas e concedidas, que persistem regidos pela lei do tempo do fato. Do contrário, ter-se-ia, na espécie, a afetação de ato perfeito e acabado por nova vontade legislativa, em contrariedade ao comando do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, que, reitera-se, dispõe, taxativamente, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

5 Conclusões

Como expus, as principais propostas legislativas em tramitação no Congresso Nacional para a disciplina da distribuição de

64 Tal se infere dessa outra passagem dos comentários da Professora Maria Helena Diniz aos dispositivos analisados: “Convém, contudo, salientar que, para gerar direito adquirido, o ato ou negócio jurídico deverá não só ter acontecido e irradiado seus efeitos em tempo hábil, ou seja, durante a vigência da lei que contempla aquele direito, mas também ser válido, ou seja, conforme aos preceitos legais que os regem” (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1402).

65 Lei 12.351. “Art. 2º Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições: [...] IV - área do pré-sal: região do subsolo formada por um prisma vertical de profundidade indeterminada, com superfície poligonal definida pelas coordenadas geográficas de seus vértices estabelecidas no Anexo desta Lei, bem como outras regiões que venham a ser delimitadas em ato do Poder Executivo, de acordo com a evolução do conhecimento geológico”.

66 Lei 12.351. “Art. 3º A exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção, na forma desta Lei”.

royalties de petróleo aos Estados e Municípios (o artigo 64 da Lei nº 12.351/2010, que tem origem na chamada Emenda Ibsen-Simon e a proposta legislativa construída pelo Senado do PLS nº 448) partem da premissa de que é legítima a aplicação de novos critérios de distribuição de *royalties* de petróleo a contratos de concessão celebrados sob a égide da legislação pretérita. Assentei, ainda, em vista da admissibilidade, entre nós, do controle jurídico das opções políticas majoritárias construídas pelo Parlamento e da relevância teórica e prática da deliberação pública sobre os temas discutidos em âmbito político-parlamentar, como exigência da democracia deliberativa, que semelhante opção político-legislativa deve ser discutida pelos juristas e pelos aplicadores do Direito, vez que, como dito, a ideia de democracia não lhes impõe a necessária confirmação das escolhas firmadas pelo Parlamento, que, muito embora sejam construídas pelos legítimos representantes do povo, somente são válidas, sobre a ótica do Direito, na medida em que se compatibilizam com o texto da Constituição.

Posto isso, procurei induzir a compreensão de que semelhante opção político-legislativa é incompatível com o princípio da segurança jurídica, consagrado no inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Política. A uma porque a União Federal, seja porque licitou e concedeu áreas para a exploração de petróleo nas proximidades das praias de Estados e Municípios produtores, aplicando, na oportunidade, os critérios de distribuição de recursos previstos na legislação pretérita e gerando, com isso, a expectativa de receitas para essas unidades federadas, seja porque concedeu os financiamentos aos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo tomando como garantia *royalties* de petróleo, não está autorizada a voltar sobre seus próprios passos, para atingir, por opção legislativa ulterior, essa receita pública decorrente da exploração desse recurso natural nas áreas licitadas e concedidas (relacionamento entre a segurança jurídica e a boa-fé objetiva). A duas porque, por expressa disposição constitucional, não pode a lei nova pretender alcançar os efeitos de ato/contrato consolidado sob a legislação pretérita, contexto em que se destaca o pagamento aos Estados e Municípios dos *royalties* de petróleo relativos a áreas licitadas e concedidas, que persistem regidos pela lei do tempo do fato, pois, do contrário, ter-se-ia a afetação de ato perfeito e acabado

por nova vontade legislativa, em contrariedade ao comando constitucional que veda a interferência legislativa no direito adquirido, no ato jurídico perfeito e na coisa julgada (relacionamento entre a segurança jurídica e a intervenção legislativa).

Não almejo, todavia, apresentar respostas definitivas às indagações formuladas neste trabalho ou construir única via interpretativa capaz de solucionar o problema de que me ocupo, mas submeter ao debate público, de foro científico, as minhas impressões iniciais sobre o tema, com vistas ao estabelecimento de *solução de compromisso* capaz de orientar a atuação dos juristas, e a minha, em especial, no campo da aplicação do Direito.

6 Referências

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

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Federalismo, isonomia e segurança jurídica: inconstitucionalidade das alterações na distribuição de royalties do petróleo*. Parecer. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/royalties_do_petroleo.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2010.

BOBBIO, Luigi. As arenas deliberativas. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SAFE, 1992.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. O ato jurídico perfeito e a segurança jurídica no controle de constitucionalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FISS, Owen. O correto grau de independência. In: _____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade*. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GUTMAN, Amy ; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. Tradução Bruno Oliveira Maciel. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

_____. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Direito e democracia: esforço teórico de delimitação dos papéis do Legislativo e do Judiciário no processo construtivo do Direito. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte: Fórum, v. 11, n. 129, nov. 2011.

_____. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça [no prelo]*. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. *Royalties de petróleo e Federação (no prelo)*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ato administrativo e o direito dos administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Comentários ao Artigo 5º, incisos XXXIV ao XXXVII. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. *Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SILVA, José Afonso. Constituição e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada - estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

1.6

CONVÊNIO ADMINISTRATIVO: SELEÇÃO DE PROJETOS E ENTIDADES PRIVADAS

PERICLES FERREIRA DE ALMEIDA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Inviabilidade de licitação. 3 Indispensabilidade de um processo de seleção. 4 Escorço da evolução do tema no âmbito federal. 5 Ainda o chamamento público. 6 O tema no anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal. 7 Conclusão. 8. Referências.

1 Introdução

O texto pretende a análise do processo de seleção de projetos e entidades privadas para entabular convênio administrativo com entes públicos, dando foco à disciplina do tema na órbita federal, que, como a experiência demonstra, tem influenciado em grande medida os Estados e Municípios, malgrado sua autonomia administrativa.

Para isso, primeiramente, promover-se-á exame de questão atinente à viabilidade de licitação, nos moldes da Lei 8.666/93, como antecedente ao convênio. A seguir, tratar-se-á da premente necessidade de um processo administrativo de seleção, oriunda dos princípios do Direito Administrativo. Então, proceder-se-á ao estudo da legislação federal e da jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União, valorizando o intercâmbio entre as alterações regulamentares e os julgados desse Tribunal. Depois disso, caberá acrescentar notas sobre o chamamento público (na órbita federal) para escolha de parceiros privados para celebrar convênio e, de resto, uma breve digressão sobre o tema no anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal.

* Procurador do Estado do Espírito Santo.

2 Inviabilidade de licitação

Do conjunto normativo atual não se extrai resposta precisa sobre a questão da necessidade ou não de licitação para seleção de parceiro para celebração de convênio. A legislação é indiscutivelmente lacônica, dispondo o art. 116 da Lei 8.666/93 que as normas dessa Lei de Licitações e Contratos aplicam-se “no que couber” aos convênios e pactos congêneres, o que nada esclarece: não se pode dizer, sem sérias dificuldades, o que efetivamente cabe e o que não cabe seja da Lei aplicado aos convênios.¹ A questão é relevante notadamente em se considerando os convênios, malgrado resistência de parcela da doutrina², verdadeira espécie do gênero contrato³ que, assim, poderia pelo menos em tese ser precedida de licitação.

A discussão é adstrita aos casos nos quais o ente conveniente é pessoa jurídica de direito privado, não vinculada à Administração Pública nem por ela controlada direta ou indiretamente. Assim, porque as normas de licitação não estão direcionadas a pactos de cooperação celebrados entre entes públicos, como se colhe do art. 37, XXI, em contraste com o art. 241 da Constituição Federal. E mais, como diz Odete Medauar, não há como pensar em licitação para busca de pessoas públicas de diferentes espécies e níveis “se o objetivo é descentralizar, é repassar recursos da União para execução de seus programas de caráter nitidamente local ou é somar recursos materiais e humanos”.⁴

1 Tanto assim que há doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, defendendo que “para travar convênios com entidades privadas – salvo quando o convênio possa ser travado com todas as interessadas – o sujeito público terá que licitar ou, quando impossível, realizar algum procedimento que assegure o princípio da igualdade” (*Curso de direito administrativo*, p. 649). Outros, em sentido contrário, como Ivan Barbosa Rigolin, ao aduzir que “o art. 116 manda aplicar a lei aos convênios ‘no que couber’, e, por acaso, da lei nada cabe, na medida em que não se licita convênio”, o que afirmou com base no raciocínio de que “a Lei nº 8.666 nada tem com convênios, nem, como lei de licitações que é, jamais deveria ter falado desse assunto, como alegre e despreocupadamente fez no art. 116” (*Desmistificando os convênios*, p. 7430).

2 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em posição que não se pode dizer isolada, defende que o convênio não configura espécie de contrato: “Dogmaticamente, o acordo é um *ato administrativo complexo*, inconfundível com o ato administrativo, simples, colegiado, conjunto ou composto e, também, com o contrato administrativo. Na atualidade se pode adiantar, extrapolando o que se tem no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, que o ato administrativo complexo é fruto da disposição do Poder Público sobre suas próprias funções e, assim, irreduzível à esfera contratual. Todos os atos administrativos complexos, como o *convênio*, o *consórcio* e o *acordo de programa*, são figuras indissociáveis da autonomia político-administrativa das unidades da Federação brasileira...” (*Mutações do direito administrativo*, p. 46).

3 Nesse sentido, isto é, considerando o contrato gênero do qual são espécies o contrato administrativo e o convênio, cf., entre muitos outros, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 648-649 e Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 662.

4 *Convênios e consórcios administrativos*, p. 458-459.

Mas, no que concerne à seleção de entidades privadas, afi-gura-se viável cogitar – se não em todas, em grande parte das hipóteses – competição pela obtenção dos sempre escassos recursos públicos. Tanto mais que a celebração de parceria com um ente significa, na quase totalidade dos casos, a exclusão dos demais possíveis interessados, que podem dispor de idêntica ou superior qualificação técnica e econômica, bem assim contar com projeto que se apresente mais adequado à satisfação do interesse público.

De fato, se vários entes privados se apresentam como aptos à execução de atividade de interesse público, em respeito aos princípios da igualdade, impessoalidade, eficiência e moralidade, impõe-se que a escolha de um em detrimento dos outros se dê por processo administrativo, que poderia a princípio ser a licitação. Essa orientação é defendida, entre outros, por Odete Medauar, para quem “se a Administração quiser realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos particulares, deverá ser realizada licitação”.⁵

Nesse contexto, há ainda quem proponha a não obrigatoriedade de licitação como fruto da configuração de caso de dispensa ou de inexigibilidade do certame (arts. 24 e 25 da Lei 8.666/93), ainda que não se afirme categórica e frequentemente a imprescindibilidade de processo em que se adote as formalidades para tanto. Entende-se que a celebração de convênio não se dá por dispensa de licitação, pois não consta essa hipótese no rol autorizativo das dispensas, nem tampouco por inexigibilidade, vez que não se amolda a espécie à inviabilidade de competição (é possível a disputa, sim, em muitos casos).⁶

No entanto, ainda assim é a licitação inaplicável à seleção de parceiros privados para celebração de convênio, entendimento que prevalece na doutrina, por vezes, sob a assertiva de se cuidar *in casu* de inexigibilidade. Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Rodrigo Pagani de Souza observam:

5 *Convênios e consórcios administrativos*, p. 459. Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de direito administrativo, p. 649.

6 Em sentido parcialmente coincidente, igualmente refutando a ideia de dispensa e de inexigibilidade de licitação para justificar a celebração direta de convênio, Pedro Durão, *Convênios e consórcios públicos*, p.106-107.

“A inexigibilidade, não sendo caso de dispensa, possivelmente decorrerá da circunstância de a Lei nº 8.666/93 ter uma lógica sobremodo afeiçãoada à contratação de obras e serviços de engenharia e, bem por isso, inadequada à contratação de serviços de relevância pública tipicamente objeto das modernas parcerias. Inadequada para esses objetos, a licitação nos termos da Lei nº 8.666/93 será inexigível”.⁷

Compartilhando a mesma ordem de ideias, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a licitação não precede aos convênios, “pois neles não há viabilidade de competição; esta não pode existir quando se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, recursos humanos, imóveis”.⁸ Mas, em verdade, como bem esclarece Pedro Durão, “a licitação à admissão de convênios está obstada por ser absolutamente inaplicável aos propósitos a que se presta o acordo de cooperação”, sendo certo que “a inaplicabilidade é uma ausência de licitação por completa incompatibilidade material com o procedimento licitatório”.⁹ Nesse diapasão, não se trata de inexigibilidade em seu sentido técnico (de inviabilidade de competição), mas de inadequação dos procedimentos de licitação legalmente previstos para seleção do ente conveniente.

A falta de um procedimento de licitação adequado tem levado a doutrina a recomendar a revisão legislativa nesse ponto. Como considerou Rodrigo Pagani de Souza, fica aberta a indagação sobre “se nalgum dia os processos administrativos voltados à constituição de vínculos de parceria entre o Poder Público e entidades não estatais, asseguratórios de tratamento isonômico às entidades interessadas, previstos em nosso direito, serão reconhecidos como modalidades de ‘licitação pública’”.¹⁰ De fato, o adequado seria que a lei cuidasse de procedimento próprio para a seleção de entidades do terceiro setor que dese-

7 *As modernas parcerias públicas com o terceiro setor*, p. 60.

8 *Direito administrativo*, p. 287.

9 *Convênios e consórcios públicos*, p. 107-108.

10 *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde*, p. 110.

jassem celebrar convênio, prevendo inclusive os casos de dispensa do certame.¹¹

3 Indispensabilidade de um processo de seleção

Mas da inaplicabilidade da licitação não se pode concluir que não se deve adotar processo administrativo para a seleção de entidades privadas interessadas na pactuação de convênio. Muito ao contrário, os princípios norteadores da atividade administrativa, mormente da igualdade, impessoalidade, eficiência e moralidade, recomendam procedimento prévio, imparcial e o mais objetivo possível para a seleção de um dentre os possíveis interessados na obtenção de recursos econômicos destinados à execução de projeto de interesse público.

Os princípios da igualdade e impessoalidade são feridos quando entabulado, sem prévio processo de seleção, convênio com uma entidade privada para execução de objeto que poderia ser promovido por outras tantas de idêntico modo, pois resulta abandonado o tratamento imparcial que a Carta Magna impõe seja adotado pela Administração, promovendo-se discriminação benéfica, decorrente de simpatia pessoal, política ou ideológica.¹² Particularmente no que concerne a outra possível acepção do princípio da impessoalidade, tem-se que a escolha de uma entidade em detrimento das demais por critérios meramente subjetivos – logo, não demonstráveis no processo administrativo – consubstancia tutela a interesses privados de grupos que se podem considerar amigos do poder, o que distancia o ato da finalidade pública¹³. Defendendo a mesma ordem de raciocínio, Rodrigo Pagani de Souza assevera:

11 Lucas Rocha Furtado acrescenta: "Urge a criação em nosso sistema legislativo de mecanismos objetivos e impessoais que permitam ao Poder Público escolher objetivamente as entidades privadas com as quais são firmados convênios, termos de parceria ou outros acordos congêneres. A inexistência desses mecanismos legais constitui um dos maiores ralos de dinheiro público e constante fonte de corrupção, fraudes e desvios" (*Curso de licitações e contratos administrativos*, p. 370).

12 Discurso semelhante é o de Celso Antônio Bandeira de Mello ao tratar do princípio da impessoalidade, que para o autor é uma das facetas do princípio da isonomia (*Curso de direito administrativo*, p. 110).

13 Sobre a conexão do princípio da impessoalidade com o princípio da finalidade, José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 17-18.

“Falta a compreensão de que, para firmar convênio ou contrato – tanto faz –, a administração tem que partir da premissa de que todos são iguais perante a lei. Não deve haver espaço para que, arbitrariamente, privilegie uns em detrimento de outros. Parece que, nessa matéria, o pensamento jurídico brasileiro está um tanto refém de resquício histórico, da época em que o convênio era instrumento, por excelência, de parceria entre entidades estatais, mas não entre entidade estatal e entidade do setor privado”.¹⁴

O princípio da eficiência¹⁵ é prejudicado pelo quadro de total ausência de disputa pela obtenção de recursos públicos, o que faz presumir que a falta de um procedimento de seleção é insofismável incentivo a que não se preocupem as entidades do terceiro setor em buscar otimizar seus métodos de gestão e técnicas de execução de suas prestações institucionais. Não se pode olvidar certa semelhança entre a seleção de parceiros do terceiro setor e a contratação de serviços por licitação, circunstância que possibilita seja importado o raciocínio de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães no sentido de que o certame “presta-se também a estimular a competição entre os potenciais interessados”, de sorte tal que “os particulares são estimulados a incrementar a própria eficiência gerencial, a fim de fornecer obras e serviços de alta qualidade ao mais baixo preço”¹⁶.

A presumível ineficiência do parceiro privado, no caso, é agravada pela certeza de que todos os custos do empreendimento serão suportados pelo Poder Público, sendo certo, ademais, que, segundo a atual legislação, eventual redução nos

14 *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde*, p. 116.

15 O princípio da eficiência não pode ser resumido à verificação econômica da relação custo-benefício – muito embora englobe em certo sentido o princípio da economicidade –, pois alberga também e entre outros o dever de boa administração. Nesse sentido, cf. Emerson Gabardo, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, p. 100-101 e 111-113. Ainda sobre a relação do princípio da eficiência com o princípio da economicidade, cf. Paulo Soares Bugarin, *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*, p. 129-132. Esse último autor, citando Ricardo Lobo Torres, acrescenta que o “controle da economicidade, ‘relevante no direito constitucional moderno, em que o orçamento está cada vez mais ligado ao programa econômico, inspira-se no princípio do custo-benefício’. Em seguida, esclarece que esse princípio implica a ‘adequação entre receita e despesa, de modo que o cidadão não seja obrigado a fazer maior sacrifício e pagar mais impostos para obter bens e serviços que estão disponíveis no mercado a menor preço” (*O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*, p. 139).

16 *Licitação pública*, p. 31.

custos originariamente orçados não acarreta benefício direto à entidade privada, que ficará obrigada a devolver integralmente os valores que conseguir economizar. Em suma: a falta de disputa constitui verdadeiro desestímulo à eficiência na gestão dos entes do terceiro setor, o qual é suportado ao final apenas pelos cofres públicos.

O princípio da moralidade corre, no mínimo, sério e despropositado risco de ofensa. Ninguém desconhece as dificuldades vividas em nosso país, não sendo raros os casos de improbidade e delitos contra a Administração Pública. Logo, não surpreenderia notícia de conluio entre gestores corruptos e falsos filantropos dirigentes de organizações do terceiro setor com o escopo de promover desvio de recursos públicos repassados por convênio. Se o evento danoso não se confirmar, é dizer, se a licitude passar ilesa malgrado o nada insignificante risco de que o contrário aconteça, ainda assim, o fato é que a simples possibilidade de tráfico de influência e outros vícios que comprometem a atuação administrativa é suficiente para que se entenda por melhor caminho o prévio processo administrativo para seleção de entidades interessadas.

O menosprezo pelos princípios acima arrolados é sentido não só no Poder Executivo (como já explicitado), mas também no Legislativo, em virtude do que Rodrigo Pagani de Souza denominou de “clientelismo na elaboração da lei orçamentária anual”. Quando a lei orçamentária nominalmente contempla a entidade que irá receber recursos públicos, os princípios da igualdade e impessoalidade são atingidos da mesma forma que se o particular tivesse sido diretamente escolhido pelo gestor público sem um devido processo administrativo. Dar-se-á a palavra ao mencionado autor:

“Com efeito, o principal problema desta contemplação nominal de entidades beneficiárias de recursos públicos, na lei orçamentária, geralmente introduzida por emenda parlamentar, é o menoscabo que faz do princípio da igualdade de todos perante a lei (ao qual, é bom lembrar, todos os órgãos do Estado devem acatamento, inclusive o Poder Legislativo). A eleição de um único particular a ser contemplado, com exclusividade, com recursos orçamentários escassos, que

não podem ser a todos disponibilizados e em detrimento de quaisquer outros possíveis interessados tão ou mais qualificados, atenta contra o dever do Estado de conferir igualdade de oportunidade a todos. Em essência, a prática padece do mesmo vício que compromete a lisura da seleção estatal de entidade beneficiária privada feita sem processo administrativo garantidor da igualdade de todos perante a lei; com uma agravante: neste caso da prática parlamentar, o Poder Legislativo provavelmente não aferirá se a beneficiária eleita cumpre os requisitos condicionantes previstos para a outorga da subvenção, enquanto na sua contratação direta pelo Executivo deve haver esta aferição”.¹⁷

O princípio da eficiência, agora, resulta prejudicado por pretenderem os parlamentares, em geral, beneficiar sua base de apoio, sem preocupação com a divisão estratégica de recursos públicos, enquanto o princípio da moralidade possivelmente seria maltratado por toda espécie de *lobby* a que está sujeita a atividade do Legislativo, tanto ou mais que a do Executivo. De resto, o exercício de função tipicamente administrativa (seleção de parceiros para convênio) pelo Legislativo, mormente quando a previsão do repasse é fruto de emendas parlamentares, faz cogitar ofensa ao princípio da reserva de administração, decorrente do princípio da separação dos poderes¹⁸.

Como diz Diógenes Gasparini, “o convênio pode ter por objeto qualquer coisa (obra, serviço, uso de certo bem), desde que encarne, relacionado com cada partícipe, um interesse público”¹⁹. Mas, do variado acervo de objetos nascido da ampla área de atuação da Administração Pública, não se pode extrair que o processo de seleção terá lugar em todos os possíveis casos de convênio. Apenas quando pela natureza do objeto a sua execução seja possível por vários interessados que podem, em tese, competir, impõe-se a convocação para o certame.

17 *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde*, p. 119.

18 Nesse sentido, consulte-se o nunca muitas vezes citado e excelente texto de Rodrigo Pagani de Souza, *Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde*, p. 118-121.

19 *Direito administrativo*, p. 858. No mesmo sentido, cf. Pedro Durão, *Convênios e consórcios públicos*, p. 134 e Ivan Barbosa Rigolin, *Desmistificando os convênios*, p. 7427.

Assim, urge registrar uma derradeira observação: há casos nos quais o processo de seleção será incabível, seja por contrariar relevante interesse público, seja por ser a competição absolutamente impossível. Essas situações, que se aproximam das de dispensa e inexigibilidade de licitação, devem ser consideradas exceções à regra geral da indispensabilidade de um processo de seleção²⁰.

4 Escorço da evolução do tema no âmbito federal

Malgrado o raciocínio desenvolvido no tópico anterior, o inicial estado de omissão legislativa levou a prática administrativa, acobertada por posição pacífica da jurisprudência, não só a considerar inaplicável a licitação como antecedente necessário ao convênio, como também a caminhar pela desnecessidade de qualquer prévio procedimento administrativo de seleção²¹.

Apenas com o advento do Decreto 3.100/99, que regulamentou a Lei 9.790/99, que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP e

20 No ponto, convém invocar a eloquência e força de Joel de Menezes Niebuhr: “Enfim, convém reafirmar que as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública não precisam ser prescritas pelo legislador. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos. Afora as hipóteses de inexigibilidade, percebe-se existirem situações em que, conquanto fosse viável a competição, não haveria utilidade em empreender licitação pública, já que o interesse público seria comprometido, afigurando os casos em que ela é dispensada ou dispensável. Em breves palavras: a inexigibilidade relaciona-se à impossibilidade de proceder à licitação pública por inviável a competição; a dispensa, ao seu turno, à inutilidade da licitação pública para a consecução do interesse público [...]”

Sem embargo, em determinados casos, em vez de proteger o interesse público, a realização de licitação tem o condão de fulminá-lo. Sucede que, ao lado da necessidade de se imprimir tratamento pessoal, que não inflija discriminações apartadas do razoável, outros valores se referem ao interesse público, podendo ser postos em xeque se for realizada licitação.

A licitação serve para preservar o interesse público, não para prejudicá-lo. Se ela compromete a satisfação do interesse público, conforme a avaliação do Legislativo, já não deve ser realizada, ela é dispensada. Tudo que a Administração Pública faz visa a contemplar o interesse público, revelando-se um contrassenso adotar procedimento que o contrarie” (*Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*, p. 39-40).

21 O excelso Supremo Tribunal Federal apreciou a matéria no Inq 1957/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11/11/2005, julgando improcedente ação penal pelo crime de dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei (art. 89 da Lei 8.666/93), por considerar que o caso foi de regular celebração de convênio, para o que não se exige licitação. De igual modo, a jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União sempre foi no sentido de que a seleção de parceiros privados para convênio não demanda licitação; verifique-se o raciocínio desenvolvido no Acórdão 1777/2005 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vilela (especialmente itens 65 a 80), no sentido de que a celebração de termo de parceria com OSCIP não demanda prévia licitação, por apresentar o referido pacto natureza jurídica semelhante à do convênio, espécie que seria então indiscutivelmente incompatível com a licitação.

instituiu termo de parceria a ser celebrado com referidas entidades, pode-se dizer tenha sido rompida essa infeliz concepção do problema. Assim, malgrado a omissão da Lei 9.790/99, o seu regulamento, já na versão original de 23/03/1999, estabeleceu a escolha de OSCIPs interessadas em celebrar termo de parceria por *concurso de projetos*, muito embora o tenha feito em caráter facultativo (art. 23).^{22,23}

A facultatividade do concurso de projetos foi alvo de críticas da doutrina, sempre se argumentando com o menosprezo ao princípio da igualdade²⁴. De toda sorte, constava no parágrafo único do art. 23 que “instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado”. Isso, sem dúvida, constituía mitigação à facultatividade do concurso de projetos.

Daí, sem demora, o egrégio Tribunal de Contas da União, em sua sessão de 15/12/1999, com base em estudo elaborado por grupo de trabalho instituído especialmente para esse fim, sugeriu o aperfeiçoamento do Decreto 3.100/99, entre outros pontos, para que na redação do art. 23 fosse alterado o termo *poderá* para *deverá*, tornando obrigatório o processo de seleção. Argumentou-se que a efetividade do procedimento, que busca os princípios da isonomia e da eficiência, dependeria de não se deixar à discricionariedade do administrador a decisão de optar ou não pelo concurso, sugerindo, no mais, a inclusão de um limite de valor a partir do qual seria obrigatório o concurso, em atenção a razões de custo-benefício do certame.²⁵

22 O Decreto 3.100/99 regulou minuciosamente o concurso de projetos, tratando de casos de dispensa, requisitos da especificação do objeto, do edital, critérios para julgamento, composição da comissão julgadora, entre outros pontos (arts. 23 a 31).

23 Cabe expor, desde já, que o termo de parceria tem natureza jurídica idêntica à do convênio, figura que está em oposição ao contrato administrativo. Nesse sentido, Egon Bockmann Moreira, *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus vínculos contratuais com o Estado*, p. 275 e Maria Nazaré Lins Barbosa, *A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público*, p. 536. Tal assunto, contudo, não é pacífico na doutrina. Assim, em sentido contrário, Tarso Cabral Violin, *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública*, p. 263-264.

24 Por todos, cf. Maria Nazaré Lins Barbosa, *A experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil de interesse público*, p. 541-542.

25 TCU, Decisão 931/1999 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vileça (especialmente Anexo II do Voto e item 8.5).

Posteriormente, a Corte de Contas da União insistiu no ponto em seu Acórdão 1777/2005 – Plenário, transformando a anterior recomendação em determinação ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República para que avaliassem “a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto n.º 3.100/99 em toda e qualquer situação”.²⁶ Essa determinação, contudo, só foi atendida considerável tempo depois, com o advento do Decreto 7.568/11.

Pouco depois, o E. TCU, por seu Acórdão 2066/2006 – Plenário, fruto de relatório consolidado das auditorias com o objetivo de verificar a regularidade da aplicação de recursos federais repassados no interregno compreendido entre 1999 a 2005, recomendou à União que disciplinasse a obrigatoriedade de os órgãos e entidades concedentes estabelecerem “critérios objetivamente aferíveis e transparentes para escolha das entidades privadas que receberão recursos por meio de convênios e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais”, acrescentando, além disso, que deve ser justificado pelo gestor a seleção de ente para celebração do convênio “quando tal escolha não se der por meio de concurso de projetos ou de outro critério inteiramente objetivo”²⁷. Destarte, a determinação originariamente dirigida às tratativas na modalidade termo de parceria restou ampliada a todos os ajustes com o terceiro setor, notadamente os convênios.

Essa orientação, aparentemente, influenciou a edição do Decreto 6.170/07, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, muito embora a disciplina do tema tenha sido no sentido de que o processo seletivo teria caráter facultativo, isto é, a celebração de convênio poderia, a critério do órgão ou entidade concedente, ser precedida de *chamamento público* para seleção de projetos ou entidades (art. 4º). Essa concepção do tema foi repetida, com poucas especificações, na Portaria Interministerial 127/08.

26 TCU, Acórdão 1777/2005 – Plenário, Rel. Min. Marcos Vileça (especialmente itens 65 a 80 e 9.4).

27 TCU, Acórdão 2066/2006 – Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer (especialmente itens 65 e 9.4).

Em sequência, o Acórdão 1331/2008 – Plenário apresentou a ordem de raciocínio, recomendando ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil que avaliassem a oportunidade e a conveniência de orientar os órgãos e entidades da Administração Pública para que

“Editem normativos próprios visando estabelecer a obrigatoriedade de instituir processo de chamamento e seleção públicos previamente à celebração de convênios com entidades privadas sem fins lucrativos, em todas as situações em que se apresentar viável e adequado à natureza dos programas a serem descentralizados”.²⁸

Nessa mesma linha, a Advocacia Geral da União editou a Orientação Normativa nº 31, de 15 de abril de 2010, estabelecendo que “a celebração de convênio com entidade privada sem fins lucrativos poderá ser precedida de chamamento público. Nos casos em que não for realizado tal procedimento deverá haver a devida fundamentação”. Tal texto, na prática, impõe à Administração Pública federal interpretação do art. 4º do Decreto 6.170/07 na trilha de que o chamamento público é a regra geral, que só admite exceção em hipóteses que podem ser racionalmente justificadas.

Dáí seguiu-se a edição do Decreto 7.568/11, que alterou os Decretos 6.170/07 e 3.100/99, seguindo, enfim, as orientações da Corte de Contas da União, impondo expressamente e de forma obrigatória, como antecedente à celebração de convênios e de termos de parceria, o *chamamento público* e o *concurso de projetos*, respectivamente. Com essa inovação regulamentar, fez-se constar de igual modo casos de dispensa, bem assim requisitos do processo de seleção, os quais merecerão atenção no próximo tópico.

Ainda nesse contexto, e por derradeiro, impõe-se breve incursão no procedimento preliminar à celebração de *contrato de gestão* com pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como *organização social*, nos termos da Lei

28 TCU, Acórdão 1331/2008 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler (especialmente item 9.2 e 9.3).

9.637/98, porquanto é forte o entendimento doutrinário no sentido de que a natureza do contrato de gestão é equivalente à do convênio, sendo tais pactos espécies de acordo não sinalagmático, no qual não há interesses contrapostos²⁹.

A omissão da Lei 9.637/98 levou alguns autores a afirmar que caberia licitação para seleção de uma dentre as possíveis organizações sociais interessadas na celebração do contrato de gestão.³⁰ Essa tese, contudo, não prosperou, em virtude justamente da natureza jurídica do contrato de gestão, que, tal como ocorre com os convênios, inviabiliza a licitação.

Nessa linha, algumas leis estaduais, como a Lei Complementar 489/09 do Espírito Santo (art. 5º), a Lei Complementar 846/98 de São Paulo (art. 6º, § 3º)³¹ e a Lei 8.647/03 da Bahia (art. 5º), estabeleceram processo de seleção, que, por óbvio, distancia-se da licitação e mais se aproxima do chamamento público ou concurso de projetos. Essa reação da legislação estadual demonstra bem que a celebração de parcerias com entes do terceiro setor não pode prescindir de adequado instrumento de seleção.

5 Ainda o chamamento público

Será proveitoso ao estudo do chamamento público o cotejo de sua disciplina jurídica com a do concurso de projetos, na medida em que a natureza jurídica do convênio e do termo de parceria é semelhante, e, de resto, a regulamentação do concurso é consideravelmente mais completa; esse método de trabalho terá lugar nas próximas linhas.

29 Nesse sentido, entre outros, Eduardo Szazi, *Terceiro setor: regulação no Brasil*, p. 109, Egon Bockmann Moreira, *Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus vínculos contratuais com o Estado*, p. 269-270 e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública*, p. 209. Em posição contrária, por exemplo, está Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 230. Confira-se, ainda, entendendo o contrato de gestão como um “contrato administrativo degradado”, ao qual falta “o reconhecido direito ao equilíbrio econômico financeiro do administrado” (*sic*), Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, p. 67.

30 Entre outros, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, p. 141 e Tarso Cabral Violin, *Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica*, p. 257.

31 Sobre a Lei de SP, conquanto considere caso de dispensa de licitação a celebração de contrato de gestão, impõe processo administrativo para tanto. A dúvida que surge é se poderia a legislação estadual estabelecer novas hipóteses de dispensa de licitação, ao lado das que constam das normas gerais editadas pela União.

O chamamento público – tanto quanto o concurso de projetos – poderá ser (como diz o regulamento) *excepcionado* em casos especiais que se aproximam de situações de dispensa de licitação, quais sejam: (a) nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse (ou termo de parceria) pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; (b) para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou (c) nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas (art. 4º, § 2º, do Decreto 6.170/07 e art. 23, § 2º, do Decreto 3.100/99).

Nas duas primeiras hipóteses verifica-se indiscutível colisão do interesse público primário com a realização do certame, que prejudicaria o atendimento urgente da necessidade pública, na primeira, ou o máximo sigilo que deve ser mantido, na segunda. Já no que se refere ao terceiro caso, afigura-se inconstitucional tal espécie de direito à renovação indefinida do vínculo jurídico sem submissão ao processo de seleção. Parece que a norma foi lançada com o propósito de servir de regra de transição entre o regime de facultatividade e o de obrigatoriedade do processo de seleção, mas nem isso lhe salva. Restrição suficiente à inafastabilidade do certame com vistas a tutelar a continuidade dos programas de governo seria a manutenção dos vínculos em vigor ao tempo do advento da nova regra, e não a outorga de imunidade ao processo seletivo àqueles que vêm pactuando convênio com a Administração Pública.

O regulamento não o diz, mas certamente nos casos em que se mostre inviável a competição não se deverá proceder ao processo de seleção. Se apenas uma instituição está apta a celebrar a parceria porque na região apenas ela presta a atividade escolhida para o fomento ou por não disporem as outras de capacidade técnica para executar o objeto especificado ou,

ainda, por qualquer outro motivo, o certame seria inútil e não pode mesmo ser inaugurado.

O chamamento público, com o objetivo de tornar mais eficaz o objeto do ajuste, destina-se à seleção de *projetos* ou *entidades* (art. 4º do Decreto 6.170/07). Caminha por trilha parcialmente coincidente à do concurso de projetos, que pretende selecionar projetos (e, daí, por óbvio, também as entidades).

De fato, apesar de não estar explícito no art. 23 do Decreto 3.100/99, que fala em seleção de OSCIP, o regulamento dá importância elevada aos critérios de julgamento dos projetos (art. 27) e às atribuições da comissão julgadora atinentes à pontuação e classificação dos projetos (art. 30 e 31), o que deixa claro a perspectiva de seleção de projetos.

Como se vê, nesse ponto, a lógica do chamamento público é diversa da Lei de Licitações, pois que apresenta como opção que seja selecionada a entidade por seu projeto, isto é, pelo que em convênio o art. 116, § 1º, da Lei 8.666/93 denominou *plano de trabalho*, figura insofismavelmente próxima do *projeto básico* das licitações. Como se sabe, nas licitações não é dado à Administração Pública inaugurar a fase externa do processo sem que esteja previamente aprovado pela autoridade competente o projeto básico para obras ou serviços (art. 7º, § 2º, I) – o qual é definido pelo art. 6º, IX, da Lei³² –, ressalvados casos particulares, como as licitações para concessões comuns, parcerias público-privadas e

32 Art. 6º.

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

no regime diferenciado, que podem tramitar com elementos suficientes para futura confecção do projeto básico³³.

Note-se, entretanto, que sob pena de restar absolutamente impraticável o chamamento público, deverá a Administração definir minimamente o objeto que se dispõe a fomentar, no que o Decreto 3.100/99 foi expresso: “Para a realização de concurso, o órgão estatal parceiro deverá preparar, com clareza, objetividade e detalhamento, a especificação técnica do bem, do projeto, da obra ou do serviço a ser obtido ou realizado por meio do Termo de Parceria” (art. 24).

Mas no que concerne ao chamamento público, poder-se-á pretender a seleção de entidades para execução de projeto já inteiramente delimitado pela Administração Pública, caso em que o processo de seleção mais se aproximará da licitação como concebida na Lei 8.666/93, cuidando de buscar interessado em executar prestação da exata forma como previamente definida pelo Poder Público.

Nessa linha, os critérios de seleção serão direcionados à aferição da qualificação técnica e capacidade operacional do conveniente para a gestão do convênio, nos termos do art. 5º do Decreto 6.170/07. Poder-se-á, no mais, no edital de chamamento público, estipular-se como critério de julgamento o menor desembolso de recursos públicos, o que, em outras palavras, significa a seleção da entidade que oferecer maior contrapartida³⁴.

Isso – critério de seleção baseado em contrapartida do parceiro privado –, sem embargo, não é admitido pelo Decreto 3.100/99, que considera inaceitáveis como critério de seleção, de desqualificação ou pontuação “o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público” (art. 28, III). Tal norma – vale frisar: do concurso de projetos, não repetida no texto normativo pertinente ao chamamento público –, salvo engano, é contrária ao interesse público, na medida em que exclui legítimo critério

33 Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação pública*, p. 142.

34 O menor dispêndio de recursos públicos pode ser resultado de pelo menos duas hipóteses em tese cogitáveis: maior contrapartida econômica ou em bens economicamente mensuráveis ou maior eficiência na execução da prestação. A segunda, por certo prisma, encontra-se subsumida na primeira, eis que a contrapartida poderá ser em bens, inclusive tecnologia material e humana, detidos pelo particular.

de apuração da melhor proposta de parceria. E, além disso, não se pode olvidar, tal restrição ofende o princípio da cooperação mútua ou da repartição de riscos, asserção que torna oportuno trazer a lição de Sílvia Luís Ferreira da Rocha:

“Outro princípio da atividade de fomento, específico desta, ligado ao princípio da subsidiariedade, é o *princípio da repartição de riscos ou do risco compartilhado*, o que impede considerar a atividade de fomento como mero ato de liberalidade administrativa, que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Logo a atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar ou promover”³⁵.

Essa concepção é partilhada por Eduardo Szazi, que ensina:

“Como se pode depreender do conceito, a mútua cooperação pressupõe aportes de recursos por ambas as partes, ainda que com preponderância de uma delas. É fato que a norma não exige que a entidade conveniente realize aporte de recursos financeiros, mas é necessário que a contrapartida seja feita com algo (bens, serviços, tecnologia) economicamente mensurável”.³⁶

No mais, colhe-se do art. 4º, § 1º, do Decreto 6.170/07: “Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios”.

6 O tema no anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal

O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração, elaborado por notável Comis-

³⁵ *Terceiro setor*, p. 33.

³⁶ *Terceiro setor: regulação no Brasil*, p. 106.

são de Juristas constituída pela Portaria 426/07 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que pretende estabelecer normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração, apresenta solução que merece ser analisada³⁷.

Sob o rótulo *entidades de colaboração*, o anteprojeto aglutina as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, constituídas voluntariamente por particulares, que desenvolvam atividades de relevância pública (art. 73). Entidades de colaboração são, então, as instituições integrantes do que se convencionou chamar terceiro setor que, como diz Ana Paula Santos Quelhas, são “instituições que se encontram a *meio-caminho* entre o Estado e o mercado”³⁸.

As entidades de colaboração poderão constituir relação jurídica com as entidades estatais, liame que será estabelecido exclusivamente por contrato público de colaboração, inclusive nas modalidades de contrato de gestão, termo de parceria, convênio ou outra prevista em lei específica (art. 73, § 3º). O anteprojeto repisa: “Sujeita-se ao regime do contrato público de colaboração todo instrumento que institua vínculo de colaboração, nos termos definidos nesta Lei, independentemente da terminologia utilizada na legislação específica, que será aplicada subsidiariamente” (art. 73, § 4º). Como se nota, o anteprojeto reconhece a coincidência de natureza jurídica dos pactos com o terceiro setor.

Dáí estabelece que o contrato de colaboração tenha por objeto: (a) o fomento, pela entidade estatal, de atividade de relevância pública de iniciativa da entidade não estatal; (b) a atribuição à entidade não estatal da execução de ação ou programa de iniciativa estatal, de relevância pública, mediante contrapartidas da entidade estatal; e (c) a execução conjunta, por entidade estatal e entidade não estatal, de atividade de relevância pública; arrolando, em seguida e exemplificativamente, atividades con-

37 Participaram da comissão os professores Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Paulo Eduardo Garrido Modesto, Maria Coeli Simões Pires, Sergio de Andréa e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

38 A refundação do papel do Estado nas políticas sociais, p. 19. Como acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “esse terceiro setor coexiste com o primeiro setor, que é o Estado, e o segundo setor, que é o mercado” (*Parcerias na administração pública*, p. 211).

sideradas de relevância pública, tais como assistência social, cultura e prestação de serviços de saúde, de educação e de outros serviços sociais diretamente à população, em caráter complementar ou suplementar aos serviços estatais, de forma inteiramente gratuita ou predominantemente gratuita (art. 74 e seu parágrafo único).

Peculiares cláusulas e formalidades do contrato de colaboração são reguladas pelo anteprojeto, como sua forma escrita e publicação, a observância de procedimentos próprios que assegurem eficiência e probidade na seleção de pessoal e no dispêndio de recursos recebidos em virtude do contrato (art. 80) e a cessão de servidores e bens para as entidades privadas (art. 82).

Já no que concerne especificamente ao processo de seleção das entidades interessadas na celebração de parceria, o anteprojeto expressamente exclui a submissão do contrato de colaboração às normas da Lei 8.666/93, salvo quando celebrados na modalidade convênio, hipótese em que também deve ser observado o disposto no art. 116 daquela lei (art. 81), mas deixa claro, mesmo nessa hipótese, que a licitação é inaplicável à seleção de parceiros privados.

Com efeito, para todos os contratos de colaboração, inclusive o convênio, dispõe o anteprojeto que o Ente Estatal deverá definir, por regulamento que será submetido à consulta pública: (a) os tipos de vínculos de colaboração que se dispõe a estabelecer e respectivos prazos de vigência; (b) os requisitos de elegibilidade das entidades pretendentes; (c) os requisitos da manifestação de interesse ou requisitos do projeto a ser apresentado pelas entidades; e (d) os procedimentos, prazos e critérios de decisão do processo de chamamento público (art. 76).

Nesse diapasão, o anteprojeto, no mesmo caminho do Decreto 6.170/07 (e diferente do Decreto 3.100/99), não cuidou dos critérios de seleção de entidades, nem tampouco de pormenorizar o procedimento da disputa pública. E explicação para tanto, colhe-se da Exposição de Motivos:

“Ao instituir essa exigência geral de procedimentalização para a celebração dos contratos de colaboração, o anteprojeto tomou o cuidado de não amarrar a ação administrativa a um modelo processual fixo, que poderia inviabilizar a ação

administrativa eficiente. A solução jurídica adotada – compatível com a necessidade de flexibilidade – foi a de impor, às entidades administrativas, o dever de, previamente a qualquer contratação, editar normas definindo suas condições e detalhando os procedimentos a serem adotados. Essas normas constarão de regulamento, que deve ser discutido em consulta pública. Esse é, portanto, o segundo efeito importante da concepção do anteprojeto, sempre com o objetivo de impor transparência e viabilizar o controle: o de exigir a regulamentação, em cada caso, dos vínculos de colaboração entre Estado e entidades não estatais”.

Essa linha de raciocínio é defendida por um dos autores do anteprojeto, Carlos Ari Sundfeld, inclusive no que concerne ao regime único de licitação, expondo que, porquanto tem sido muito ruim o seu resultado prático, “é preciso reverter a atual unificação nacional de regime, embora sem extingui-la por completo”, acrescentando, porém, que “para viabilizar essa flexibilização, a própria lei precisa definir um conjunto de regras que garantam que os processos de contratação respeitem um núcleo comum de soluções, de modo a bem realizar os objetivos do art. 37, XXI, da Constituição”³⁹.

O raciocínio cabe aqui inteiramente. Deve-se dizer, no entanto, que não parece que tenha o anteprojeto definido esse núcleo mínimo de regras para que o processo de seleção cumpra com sua finalidade – crítica que cabe também ao Decreto 6.170/07 –, devendo-se destacar a imperdoável omissão no que concerne à indicação de requisitos mínimos do edital e critérios mínimos de seleção, preferencialmente fomentando-se a busca por menor preço ou por maior volume de contrapartida. A abstenção do tema no texto normativo pode conduzir a disparidades nada benéficas entre os órgãos e entes da Administração Pública e, em alguns casos, a tolerância de cláusulas editalícias ilegais ou contrárias ao interesse público⁴⁰.

39 *Um novo direito para a gestão pública?* p. 98.

40 O raciocínio que justifica essa assertiva foi desenvolvido no título anterior, no qual se criticou a proibição de aceitação como critério de seleção de OSCIP do volume de contrapartida ou qualquer outro benefício por elas oferecido, que consta do art. 28, III do Decreto 3.100/99.

Fixa-se então, como regra geral, que o contrato público de colaboração deve ser precedido de processo de chamamento público, mas se ressalvam casos de dispensa – a exemplo do que estabelecem os Decretos 6.170/07 e 3.100/99, mas com melhor técnica –, a saber: (a) oriundo de credenciamento da entidade não estatal em programa permanente, para recebimento de benefícios padronizados, aplicáveis igualmente a todas as entidades aptas; (b) que importe a doação de bens ou a transferência de recursos à entidade não estatal de valor anual inferior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais); (c) que atenda à necessidade urgente, devidamente motivada; e (d) se o objeto exclusivo for o fomento à entidade estatal, nos termos do art. 79 (art. 77).

O chamamento público, nos termos do art. 78, destina-se à tomada de decisão quanto às entidades a serem contratadas e ao conteúdo das contratações. Com maior precisão, a regra é a mesma do art. 4º do Decreto 6.170/07, é dizer, o chamamento é tanto para seleção de projetos como de entidades para executar projeto já delimitado.

O processo de chamamento público deve ser iniciado pela publicação, na imprensa oficial e em página eletrônica, de edital contendo as especificações relativas ao processo e ao contrato ou contratos a serem celebrados, nos termos do regulamento, nos termos do § 1º do art. 78.

De resto, o anteprojeto garante a publicidade dos autos e dos atos do processo de seleção, assim como assegura igualdade de oportunidades e de tratamento aos participantes e, para isso, reza que as decisões devem ser formalmente motivadas, com análise obrigatória e comparação das manifestações de interesse ou projetos apresentados (art. 78, §§ 2º a 4º).

7 Conclusão

De tudo quanto foi exposto, pode-se arrolar de modo resumido as principais ideias defendidas:

- (a) Não cabe licitação como antecedente à celebração de convênio, dada a absoluta incompatibilidade material dos procedimentos da Lei 8.666/93 com a seleção de

parceiros privados para tal prática, de sorte que ficam também afastadas as ideias de exclusão de licitação por dispensa e inexigibilidade;

- (b) A inadequação da licitação não conduz a que seja afastado todo e qualquer processo administrativo de disputa e seleção de entidades privadas interessadas em entabular convênio, sendo de se considerar o certame como imposição dos princípios norteadores da atividade administrativa, mormente da igualdade, impessoalidade, eficiência e moralidade;
- (c) Deve-se entender por superadas, pelo menos na órbita da União, as posições da prática administrativa e da jurisprudência no sentido de que convênios podem ser celebrados diretamente com entidades privadas, isto é, sem prévio processo de seleção, salvo em casos especiais mediante robusta justificativa para tanto;
- (d) O processo de seleção impõe-se, na mesma linha, previamente à pactuação de termos de parceria e contratos de gestão e, em verdade, à toda espécie de parceria com o terceiro setor, que se deve tomar por pactos congêneres ao convênio;
- (e) O convênio será precedido de chamamento público, procedimento que se tornou reconhecidamente obrigatório no âmbito da União desde a edição do Decreto 7.568/11, que introduziu modificações nos Decretos 6.170/07 e 3.100/99, devendo-se ter em mente que a disputa destina-se à seleção de projetos ou de entidades;
- (f) Não se vê óbice, segundo a disciplina do Decreto 6.170/07, a que o edital de chamamento público fixe como critério de julgamento o menor desembolso de recursos públicos ou a maior contrapartida por parte do parceiro privado;

- (g) O anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal e Entes de Colaboração sugere disciplina do tema digna de elogios, destacando-se como pontos positivos a figura do contrato de colaboração como gênero que abrange o convênio e demais pactos congêneres, a inaplicabilidade de licitação para celebração de contrato de colaboração, mas a indispensabilidade de chamamento público e a dispensa deste em casos previamente estabelecidos;
- (h) por outro lado, como possível vício do anteprojeto, pode-se chamar a atenção para a falta de previsão de um núcleo mínimo de regras sobre requisitos do edital de chamamento público e critérios de seleção de projetos e entidades, temas deixados para o regulamento dos Entes Estatais, o que pode ensejar disparidades nada benéficas entre os órgãos e entes da Administração Pública e, não se duvida, tolerância a cláusulas editalícias ilegais ou contrárias ao interesse público, como a de proibição de critério de seleção por volume de contrapartida ou outro benefício oferecido pelo ente conveniente.

8 Referências

AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*: manual prático. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas, organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. A experiência dos termos de parceria entre o poder público e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPS). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parecerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BITTENCOURT, Sidney. *Manual de convênios administrativos*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DURÃO, Pedro. *Convênios e consórcios públicos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. v. 1.

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

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEDAUAR, Odete. Convênios e consórcios administrativos. *Boletim de Direito Administrativo – BDA*, São Paulo, v. 11, p. 451-461, 1995. (versão *on-line*).

_____. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus vínculos contratuais com o Estado. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

QUELHAS, Ana Paula Santos. *A refundação do papel do Estado nas políticas sociais*. Coimbra: Almedina, 2001.

RIBEIRO, Jorge Miranda. *Curso avançado de convênios da União: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Desmistificando os convênios. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, v. 5, n. 55, jul. 2006 (versão on-line).

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Rodrigo Paganini de. Necessidade ou desnecessidade de licitação para as parcerias do Estado na área de saúde. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). *Terceiro setor e parcerias na área de saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Um novo direito para a gestão pública? *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, ed. esp., 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, v. 11, n. 43, jan./mar. 2011.

SZAZI, Eduardo. *Terceiro setor: regulação no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Peirópolis, 2006.

VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública: uma análise crítica*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

1.7

AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO: PANORAMA E CRÍTICA DE UMA INTERMINÁVEL POLÊMICA DOUTRINÁRIA

JASSON HIBNER AMARAL*

O conflito dos tratados internacionais com a ordem estatal não é senão aspecto particular, mas essencial, de problema de maior âmbito, o das relações entre Direito Interno e Direito das gentes. Esse conflito sublinha a necessidade de transcender o debate polêmico das escolas doutrinárias e de levar em conta a realidade do Direito tal como é elaborado e posto em execução¹.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 O dualismo. 3 O monismo. 3.1 O monismo com primazia do direito interno. 3.2 Monismo com primazia do direito internacional. 4 Críticas. 5 As teorias conciliadoras, as versões híbridas e a nova roupagem do mesmo problema. 6 O posicionamento do STF, a necessidade de superação da velha dicotomia dualismo x monismo e o *ius cogens* internacional. 7 Conclusões. 8 Referências.

* Bacharel em Direito pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado.

1 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, 1967. Esse texto, que fomos buscar na biblioteca do Departamento de Direito Internacional da USP, corresponde a estudo do Autor encaminhado como "ante projecto de ponencia", do qual foi designado relator, ao VI Congresso do Instituto Hispano Luso-Americano de Direito Internacional. Apesar de escrito há mais de quarenta anos, o texto é de uma atualidade impressionante e lança as bases daquilo que Pedro Dallari, em tese de doutorado defendida na USP (2001), reconhecidamente iluminada pela obra de RANGEL (seu orientador), chamou *monismo de compatibilização*, "que deve implicar a integração das normas de Direito Internacional Público com o direito interno do Estado, mas, também, acarretar a substituição do enfoque baseado em torno da primazia de uma ou de outra ordem por uma perspectiva de articulação entre ambas, superando-se, assim, a polarização entre monismo internacionalista e monismo nacionalista" (DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 13). Realmente, no texto de RANGEL percebe-se um bem sucedido esforço de compatibilização entre os paradigmas fundamentais do Direito Internacional Público e os do Direito Constitucional, o que permite uma construção onde, ao contrário da convicção quase generalizada, a integração internacional e a expansão das normas e instituições de Direito Internacional Público não aniquila a soberania estatal e, conseqüentemente, o próprio Direito Constitucional. Pelo contrário, como demonstra o autor "a experiência histórica nos mostra que, ao contrário, o esforço de organização da ordem jurídica interna se tem feito acompanhar do reconhecimento das normas de convivência internacional e mesmo do desejo de incorporá-las a essa ordem" (RANGEL, op. cit, p. 86).

1 Introdução

O presente estudo pretende servir de supedâneo para um melhor entendimento da relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Para tanto, propõe expor e desmistificar a tradicional celeuma entre as principais teorias acerca do relacionamento entre esses “dois mundos” – o monismo e o dualismo –, demonstrando que a complexidade da vida atual exige novas formas de equacionamento da relação.

Conforme leciona Marotta Rangel², o problema da relação entre Direito Internacional e Direito Interno remonta ao menos há quatro séculos, desde quando o aforisma “*international law is part of the law of the land*” passou a informar a jurisprudência dos tribunais ingleses. No entanto, foi a partir da segunda quadra do século XIX, graças à intensificação das relações internacionais, do que resultou um número crescente de convenções e o aumento dos casos de contrariedade entre normas do Direito Interno e do Direito Internacional, que essa questão passou a reclamar atenção especial.

Foi nessa época, então, que surgiram as duas principais teorias, a do dualismo e, pouco depois, a do monismo, com o objetivo de solucionar a questão do relacionamento entre os Direitos Interno e Internacional.

Embora de lá para cá o mundo já tenha passado por profundas mudanças, já tenhamos assistido a duas grandes guerras mundiais, um sem número de guerras locais e atentados terroristas³ e a criação de numerosos organismos internacionais com poderes supranacionais com o desiderato de facilitar a coopera-

2 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 83, 1967.

3 Não à toa, Eric Hobsbawn chamou o recém-terminado século de século da intolerância (*Era dos extremos: o breve Século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999). No plano interno, principalmente no seio dos países pobres, observa-se um aumento vertiginoso nas desigualdades sociais que, associada a outros fatores como o desemprego, o tráfico de drogas e a ausência de perspectivas de melhoria, fazem com que grandes cidades vivam constantemente em guerra civil. E isso não é privilégio dos países pobres. Pelo contrário, a guerra civil cotidiana, motivada por ódios e ressentimentos de diversos matizes, atinge também as grandes metrópoles dos países ricos, como bem observou o poeta e ensaísta alemão Hans Magnus Enzensberger (*Guerra civil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.). O Direito, como fato social, absorve e tem que levar em conta essas mudanças. E como a tecnologia e o avanço dos meios de comunicação têm tornado o mundo cada vez menor, as influências recíprocas entre Direito Internacional e Direito Interno são cada vez mais nítidas.

ção entre as nações na luta pela paz e pelos direitos humanos, as bases dessas teorias permanecem até hoje, motivo pelo qual convém apresentá-las e (re)discuti-las.

2 O dualismo

Embora a quase unanimidade da doutrina atribua a Triepel⁴ a formulação da teoria dualista (também chamada pluralista ou do paralelismo), esclarece Marotta Rangel⁵, sem retirar os méritos de referido autor pela sistematização, aperfeiçoamento e divulgação da teoria, que quem primeiramente esboçou as linhas básicas do dualismo foi o jurista alemão Laband, em obra dedicada ao Direito Público alemão.⁶

Apesar de haver variações⁷ dentro do pensamento dualista, pode-se afirmar que a base dessa teoria é enxergar no Direito Internacional e no Direito Interno ordens jurídicas distintas que se constituem como “duas esferas, quando muito tangentes, mas jamais secantes”⁸.

Segundo essa teoria, Direito Internacional e Direito Interno são ordens jurídicas diversas, que se distinguem quanto aos sujeitos, fontes, estrutura e relações.

Assim é que o Direito Internacional, afirmam os dualistas, somente reconhece como sujeitos de direito os Estados, que são entes internamente soberanos e externamente independentes. Logo, esse Direito resulta da conjunção de vontades dos integrantes da sociedade internacional, que convivem entre si numa relação de coordenação.

4 Os internacionalistas atribuem à obra clássica de Triepel “*Völkerrecht und Landsrecht*”, publicada em 1889, a primeira formulação da teoria dualista acerca da relação entre Direito Internacional e Interno.

5 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 84, 1967.

6 A obra que lança as bases do dualismo seria, segundo Rangel, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (Tübingen, 1876-1882). Entre os difusores da teoria, além do multicitado italiano Dionízio Anzilotti (autor de *Il Diritto Internazionale nel giudizio interno* – 1905), Rangel elenca Strupp, Heilborn, Wolgast, Drost, Hatschek, Listzt, Oppenheim, Bosco, Morelli, Sereni, Ross, Machado Villela e vários outros (Ibid., p. 84).

7 Essas variações são verificadas pelo professor Celso Mello já a partir da obra de Anzilotti (*Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 110).

8 Triepel, *Völkerrecht und Landsrecht*, p. 111, *apud* Rangel, op. cit., p. 85. Também ilustrativamente, Triepel diz que essas duas ordens jurídicas são “dois círculos que estão em contato íntimo mas que não se sobrepõem jamais” (Ibid., p. 83).

Partindo de uma visão absoluta acerca da soberania, o dualismo entende o Estado como “*prius* lógico do Direito Internacional”⁹, que é tão somente produto da vontade dos Estados (voluntarismo). Em outras palavras, o Direito Internacional seria fundado na autolimitação dos Estados que, por um ato soberano, decidem pactuar com seus iguais.

Por outro lado, o Direito Interno tem como finalidade regular as relações sociais entre os indivíduos que se encontram sob a jurisdição de determinado Estado e as relações entre esses indivíduos e o próprio Estado. Aqui, em vez da relação de coordenação, estar-se-ia diante de uma relação de subordinação, na medida em que se o Direito Internacional é estabelecido pela conjunção das vontades dos Estados, o Direito Interno é ditado pela vontade de um único Estado.

Essa cisão rigorosa entre as ordens jurídicas interna e internacional tem como consequências: validade de normas internas contrárias ao Direito das gentes; impossibilidade de que uma ordem jurídica possa determinar a validade das normas de outra ordem; inadmissibilidade de obrigatoriedade da norma internacional no Direito Interno, haja vista terem fontes e objetos distintos; incoerência de primazia de uma ordem sobre a outra.

Na verdade, o problema do conflito entre normas do Direito Interno e do Direito Internacional, como se pode deduzir, simplesmente não existe para a teoria dualista. Ora, se as ordens jurídicas são distintas, têm âmbitos de atuação e incidência diversos e bem delimitados, diferentes fontes e estrutura, suas normas jamais se chocam.

Como dito, a noção de soberania que subjaz à teoria dualista não admite a obrigatoriedade da norma internacional no Direito Interno (cujas normas são produto unilateral da vontade soberana do Estado). Assim, para viger internamente, é necessária a transformação da norma internacional em norma interna, mediante os procedimentos institucionalizados que o Direito Interno impõe para tal fim. A partir daí, a norma passa a viger no âmbito interno não como norma

9 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 85, 1967.

do Direito Internacional, mas como norma interna. E a resolução de eventuais antinomias entre essa norma e as demais é um problema de conflito de normas de Direito Interno, a ser resolvido conforme as regras do ordenamento jurídico na qual se encontrem¹⁰.

A reprodução das normas internacionais pelo Direito Interno, transformando-as em normas internas, é chamada por Triepel de *recepção* e por Anzilotti de *reenvio com recepção*, e acarreta transformação tríplice da norma: a de seu valor, a de sua destinação e a do seu conteúdo.¹¹ Dito de outro modo, para o dualismo não é a norma internacional que vale no Direito Interno, mas a lei interna na qual a norma internacional se transformou.

3 O monismo

A teoria dualista mereceu objeções, globais ou parciais, de vários juristas. Hans Kelsen¹², o primeiro a formulá-las¹³, não se ateve ao plano meramente crítico, adotando também perspectivas construtivas que culminaram na criação da teoria monista, mais atual e para a qual convergiram a maior parte dos operadores jurídicos¹⁴.

10 Os critérios clássicos de resolução de antinomias normativas são o cronológico (lei posterior revoga lei anterior); o da especialidade (lei geral não revoga lei especial) e o critério hierárquico (lei superior revoga lei inferior). Sobre tais critérios, vide SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 30 e ss; e BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1996. p. 81 e ss.

11 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 98, 1967.

12 As primeiras formulações de Kelsen sobre o monismo encontram-se nas obras *Hauptprobleme der Staatsrechtlehre* (1911), *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) e *Lés Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit international public*, curso ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia em 1926.

13 Não obstante, vale registrar passagem de Luis Fernando Voss Chagas Lessa para quem “historicamente, o monismo remonta às construções filosóficas da Idade Média e à Renascença, que buscavam justificar, com o auxílio da doutrina da universalidade do direito natural, a unidade de uma Europa dividida entre a hegemonia papal e a imperial”. Ainda consoante o autor “as doutrinas monistas partem de fundamentos diversos para chegar à universalidade do ordenamento jurídico”, encontrando proponentes tanto em autores “naturalistas” quanto nos adeptos do positivismo legalista. E continua afirmando que “para “naturalistas” como Lauterpach a unicidade do ordenamento jurídico é o único meio apto a assegurar a defesa dos direitos humanos. Para tanto, (Lauterpach) entende que deva ser conferida a predominância às normas de Direito Internacional, de modo a suplantar qualquer obstáculo que a soberania possa apresentar na defesa dos indivíduos. O Estado [...] não pode ser confiado como um veículo de proteção dos direito humanos: o direito internacional, assim como o direito interno, tem como principal preocupação a conduta e o bem estar dos indivíduos”. (LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2004, mimeo. p. 116-117.

14 Entre os monistas, RANGEL destaca: Krabbe, Le Fur, Guggenheim, Salvioi, Delbez, Lauterpacht, Briery, Wright, Rundstein, Legaz y Lacambra, Valladão e outros (RANGEL, op.cit., p. 86).

Segundo o gênio da lógica formal que se destacava na Escola de Viena, a construção dualista não é sustentável do ponto de vista lógico¹⁵, na medida em que o postulado teórico-gnoseológico obriga a abranger “todo o Direito num só sistema, quer dizer, a concebê-lo de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si”¹⁶.

Desenvolvendo as bases da doutrina monista, Kelsen reduz todas as diferenças apontadas pelos dualistas entre Direito Internacional e Direito Interno a apenas duas. A primeira é que “os domínios de validade do Direito Internacional são em princípio ilimitados, enquanto que o Direito nacional, concebido como Direito de um Estado, vale somente para um território e para um período determinado. A segunda consiste na relativa descentralização do Direito Internacional e na relativa centralização do Direito Interno.”¹⁷

No monismo, portanto, há equiparação entre sujeitos, fontes, objeto e estrutura do Direito Internacional e do Direito Interno, que se comunicam e se interpenetram, formando uma única ordem jurídica. Na lição de Rangel, o Direito Internacional, para a escola monista, seja ele produto de fonte costumeira ou convencional, penetra *de plano* na ordem interna.¹⁸ Em vez da necessidade de recepção que caracteriza a escola dualista, no monismo “a passagem de uma para outra ordem jurídica se processa mediante determinado automatismo”¹⁹ e sem que se exija qualquer tipo de transformação. O que ocorre, continua Rangel, “é nova *adoção* da ordem jurídica internacional que, como tal, se insere na ordem interna de cada Estado.”²⁰

Voltando aos ensinamentos de Kelsen, defendeu este que a cientificidade do Direito acarretaria a inevitabilidade da posi-

15 “É, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do Direito Internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 364.).

16 *Ibid.*, p. 365.

17 KELSEN, Hans. *Theorie du droit international public*. p. 183-184, citado e traduzido por RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 86, 1967.

18 RANGEL, op. cit., p. 98.

19 *Idem*, *ibidem*.

20 *Idem*, *ibidem*.

ção monista, que pode ser explicada, indiferentemente²¹, tanto a partir do primado da ordem jurídica estadual quanto a partir do primado da ordem jurídica internacional.

Não obstante, Luis Fernando Vossa Chagas Lessa, analisando a Teoria Pura de Kelsen, afirma que o autor

“embora sustentasse que ambas as correntes monistas eram teoricamente possíveis, sendo a eleição de uma dessas teorias resultado de uma escolha política ou ética, alheia a critérios jurídicos, deu preferência expressa ao monismo com primazia do DI, por entender que somente o direito internacional, ao servir de limite das soberanias internas, [...] desempenha um papel decisivo na ideologia política do pacifismo”.²²

Todavia, a exegese do pensamento de Kelsen, especificamente quanto a esse assunto, não nos parece exata. E a continuação da leitura do próprio texto da Teoria Pura indicada pelo autor para embasá-la, o contesta, linhas após a citação que colaciona. Afirma Kelsen (no mesmo parágrafo indicado por Lessa):

“A limitação desta (da soberania estatal) opera-se através do Direito Internacional precisamente do mesmo modo, quer este seja pensado como ordem jurídica supraestadual, quer como ordem jurídica integrada na ordem jurídica estadual. Uma organização mundial eficaz é tão possível pela aceitação de uma construção (do monismo com primado do direito internacional) como pela aceitação da outra (monismo com primado do direito estadual).”²³

21 A indiferença kelseniana quanto à primazia do direito internacional ou interno como fundamento da escola monista encontra-se irretocavelmente explicada, sob um ponto de vista estritamente lógico-formal, no capítulo VII de sua *Teoria pura do direito*. Demonstra o autor, valendo-se de aguçada racionalidade lógica, que a opção por um ou outro fundamento para o monismo não traz consequências do ponto de vista estritamente jurídico (o direito continua a ser o mesmo e único, independentemente do fundamento que se atribua ao monismo), mas é fundada em escolhas políticas e ideológicas que se apoiam em falsas premissas para defender teses pacifistas ou imperialistas. Não obstante, RANGEL, no que é acompanhado por outros autores que estudaram a questão, aponta que o indiferentismo inicial de Kelsen tomou partido por uma posição objetivista (ou seja, pelo primado do direito internacional).

22 LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2004, mimeo. p. 122.

23 KELSEN, *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 382.

E Kelsen, ao contrário do que afirma Lessa, deixa essa posição extremamente clara ao longo do capítulo VII da Teoria Pura (e a mantém até as últimas linhas). Veja-se:

“A questão de saber em que medida esta soberania do Estado é limitável pelo Direito internacional por ele reconhecido apenas pode ser respondida com base no conteúdo do Direito internacional. [...] A resposta não pode ser deduzida, quer do primado do Direito internacional, quer do primado do Direito estadual.”²⁴

No final do capítulo, afirma Kelsen que a diferença das posições ocorre devido a diferentes concepções do Direito, “baseia-se na diferença de dois sistemas de referência diversos [...]. Os dois sistemas são igualmente corretos e igualmente justificados.”²⁵

E, arrematando de vez a questão, nas últimas linhas de seu trabalho explica o equívoco no qual incorrem vários autores, asseverando que:

“Aquele, para quem a idéia de uma organização mundial é mais valiosa, preferirá o primado do Direito internacional ao primado do Direito estadual. *Isso não significa, como já foi acentuado, que a teoria do primado da ordem jurídica estadual seja menos favorável ao ideal da organização mundial do que o primado da ordem jurídica internacional.* Parece, porém, fornecer a justificação de uma política que rejeite toda limitação importante à liberdade de ação do Estado. *Esta justificação baseia-se num sofisma para o qual concorre de maneira funesta a ambigüidade do conceito de soberania* – por um lado, autoridade jurídica suprema, por outro, liberdade de ação²⁶.

Não obstante as observações de Kelsen, os estudiosos passaram a pender para um ou para outro lado, de forma que o monismo acabou se subdividindo em duas escolas cujas diferenças passaram a ter implicações reais (segundo seus debatedores).

24 KELSEN, *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 383.

25 *Ibid.*, p. 385.

26 *Ibid.*, p. 386.

3.1 O monismo com primazia do direito interno

A teoria do monismo com primazia do Direito Interno, segundo formulada pelos autores²⁷ que sucederam Kelsen, assim como a do dualismo, funda-se em uma noção absoluta de soberania²⁸. Assim, todo o Direito Internacional seria fruto da vontade soberana dos Estados, que decidiram se autolimitar para seguirem regras comuns. Daí porque essa teoria também seja conhecida por voluntarismo.

A diferença entre o dualismo e o monismo com primazia do Direito Interno estaria em que, enquanto aquele entende o Direito Internacional como produto da vontade coletiva dos Estados, neste, explica nosso saudoso professor Celso Albuquerque de Mello, “não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um Direito Interno que os Estados aplicam na sua vida internacional”²⁹.

A consequência deste raciocínio foi a negação do próprio Direito Internacional, que se viu reduzido a uma espécie de Direito estatal externo³⁰.

Além disso, a ideia da primazia do Direito Interno levaria ao entendimento de que, na verdade, existiriam tantos monismos

27 Entre eles, RANGEL destaca Wenzel, Felipe, Albert Zorn e Decendière-Ferrandière (RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, 1967. p. 87) aos quais Celso D. de Albuquerque MELLO acrescenta o soviético Korovin e Georges Burdeau (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 111).

28 Na verdade, mesmo dentro da teoria do monismo com primazia do Direito Interno pode-se perceber variações, dentre as quais destaca-se a discussão sobre a possibilidade de o Estado, uma vez autolimitado por um ato soberano, poder ou não se valer dessa mesma soberania para desvincular-se da situação por ele próprio criada. Embora pareça mais lógico sustentar que, se o Direito Internacional é fruto da autolimitação estatal por um exercício livre de soberania, poderia o mesmo Estado, valendo-se novamente dessa soberania, desvincular-se a qualquer tempo. Agenor Pereira de ANDRADE assim sintetiza o monismo com primazia do Direito Interno: “Segundo esta teoria, não podendo um Estado soberano se submeter a outra vontade, senão à sua, que é absoluta, promove sua própria limitação, submetendo-se a um direito coincidente com o Direito Internacional. *A base da teoria reside no fato de que, uma vez autolimitado, não poderá o Estado fugir a esta concepção por ele próprio criada*”. (*Manual de direito internacional público*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p.11 - destaques). Denunciando essa contradição, colhe-se de Haroldo VALLADÃO a seguinte passagem: “Leon Duguit liquidou, definitivamente, tal doutrina da autolimitação, que corresponde à do contrato social de Rousseau, mostrando que se o Estado só estivesse sujeito à lei que ele fez, que podia não ter feito e que podia desfazer por outra lei, verdadeiramente não estava sujeito ao Direito. Posteriormente Verdross acentuou que, se a regra do direito é apenas o produto da livre vontade, não é, realmente, obrigatória”. (*Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970 – destaques).

29 MELLO, op. cit., p. 111.

30 Conforme observaram DINH, DAILLER e PELLET “uma tal solução conduz à negação do direito internacional e, se é por vezes aplicada por regimes nacionalistas, não encontrará qualquer apoio na jurisprudência internacional e nem mesmo na prática interestatal” (*Direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 87).

quantos fossem os Estados soberanos na Terra, o que levou a teoria a ser chamada de pseudomonismo.

Em resumo da insustentabilidade da tese do monismo com primazia do Direito Interno, pontificou Marotta Rangel:

“A opção em favor do Direito interno importou, contudo, em falso monismo, já que deu margem ao reconhecimento da pluralidade de ordenamentos jurídicos internos em função dos quais o Direito internacional se dispersa e esfacela. E atribuir a esse Direito fundamento meramente constitucional significa desconhecer, por outro lado, o princípio da continuidade das obrigações internacionais e a eficácia de fontes (costumes, princípios gerais de direito) que não dependem da vontade governamental. São essas razões suficientes que explicam não mais possuir representantes a versão do monismo fundado no Direito Interno.”³¹

3.2 Monismo com primazia do direito internacional

O monismo com primazia do Direito Internacional (também chamado objetivismo), embora uma teoria reconhecidamente a-histórica³², mas justificada por razões lógicas³³, foi a que melhor pôde explicar as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno, ganhando a simpatia da maior parte dos juristas, entre os quais destacaram-se Kelsen³⁴ e Verdross³⁵.

Aqui, aquela noção absoluta de soberania estatal é abandonada, defendendo-se a existência de um Direito Internacional independente da vontade dos Estados (contrariamente ao que

31 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 87, 1967.

32 Na medida em que os Estados precedem a sociedade internacional.

33 Isso porque, como visto, acaso houvesse a primazia do Direito Interno, não haveria monismo, mas tantos monismos quantos fossem os Estados Soberanos na Terra.

34 Após a fase inicial do “indiferentismo” já antes mencionada e que consta de sua Teoria Pura.

35 O professor Celso Mello atribui a Verdross influência decisiva na modificação do pensamento do fundador do monismo. Segundo o mestre: “Kelsen, ao formular a teoria pura do Direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base (‘Grundnorm’), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen saiu do seu ‘indiferentismo’ e passa a considerar a ‘Grundnorm’ como sendo uma norma de DI: a norma costumeira ‘*pacta sunt servanda*’” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.112).

pregava a teoria voluntarista). Daí a expressão objetivismo para designar o monismo com primazia do Direito Internacional.

Esse Direito Internacional estaria acima do Direito Interno dos Estados e sua aplicação deveria se dar sempre de forma automática, em cumprimento, pelos Estados, de preceitos normativos que lhes eram superiores.

4 Críticas

Tanto o dualismo como o monismo, nas suas versões originárias e mesmo após os aprimoramentos pelos quais passaram, foram objetos de numerosas críticas, em geral bastante perspicazes, diga-se de passagem.

O evoluir da história e as grandes transformações das relações internacionais e suas implicações para o Direito, tanto interno quanto internacional, por si só, já são suficientes para derrubar todas as premissas nas quais se alicerça o pensamento dualista. Se, na sua origem, o dualismo tinha como objeto uma sociedade internacional caracterizada politicamente pelo relativo equilíbrio entre os Estados e fortemente marcada por uma noção absoluta de soberania, hoje estes fundamentos já não mais encontram respaldo na realidade³⁶. O desequilíbrio entre as nações que convivem na sociedade internacional é gritante, tanto do ponto de vista político quanto econômico, o que traz como conseqüência, dentre outras, o poder de dominação política, e muitas vezes ideológica, das organizações internacionais. Por outro lado, a “diminuição do planeta” pela globalização

36 Vale aqui registrar a sempre precisa lição de Celso Albuquerque de Mello no sentido de que: “É preciso lembrar que o dualismo surgiu em uma sociedade internacional marcada pela idéia de soberania e que na política internacional dominava o princípio do equilíbrio dos estados. A soberania era fundamental. Ela dava a grande característica do que era um estado. Contudo, não se pode esquecer que o próprio Jean Bodin, ao formular a teoria da soberania, afirmou que ela tinha o direito natural e o direito das gentes acima delas. Na verdade, nunca existiu uma soberania realmente absoluta na prática, por mais que alguns doutrinadores falassem nela, porque ela tornaria inviáveis as relações internacionais, o que acarretaria o próprio desaparecimento da sociedade internacional. O único período da História em que se chegou perto disto foi no período áureo do Império Romano. Contudo Roma também admitia a conclusão de tratados entre iguais (‘foedus’) e respeitava os enviados de “estados” estrangeiros.

O dualismo no final do século XX tem que ser entendido de maneira diferente. A sua pátria que é a Grã-Bretanha, ao ingressar nas Comunidades Europeias, o fez por uma legislação específica e afirmando o seu primado em relação ao direito interno”. (MELLO Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 21-22.

(com o aumento da interdependência entre as nações e o crescimento das relações internacionais) e pela alta tecnologia dos meios de comunicação “mundializou” determinadas questões que tradicionalmente eram vistas como exclusivamente de Direito Interno, como por exemplo, o tratamento ao qual determinado Estado submete seu povo, o que inevitavelmente provocou a relativização do conceito de soberania³⁷.

Além disso, a chamada “globalização vertical³⁸”, o surgimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o reconhecimento, consolidado após a II Guerra Mundial, da condição de sujeito de direito do indivíduo perante a sociedade internacional tornaram insustentáveis a cisão rigorosa entre duas ordens distintas, interna e internacional, defendida pelos dualistas (ou pluralistas). Restou abalada, portanto, a rígida distinção de fontes³⁹, sujeitos⁴⁰ e objetos⁴¹ entre os dois ramos do Direito, conforme pregavam os dualistas.

Além disso, sob o ponto de vista lógico, o dualismo pode ser criticado por admitir que a mesma pessoa (o Estado) pos-

37 As ideias de soberania são quase tantas quantos são o número de autores que sobre ela discorrem, podendo-se entrever, no entanto, uma variação entre dois extremos. Durante muito tempo, perdurou entre os constitucionalistas uma defesa mais fervorosa do conceito, enquanto os internacionalistas sempre procuraram relativizá-lo no intuito de fortalecer o Direito Internacional. Como dito no início deste estudo, essa disputa se assentou na falsa crença, desmentida historicamente, de que o desenvolvimento do Direito Internacional acarretaria o enfraquecimento do constitucionalismo e que este, por sua vez, era um entrave ao Direito Internacional. Hoje, a relação dialética entre os âmbitos interno e internacional permite afirmar que, ao contrário do que se acreditava, os países que acatam as normas de convivência internacional e que cumprem os acordos internacionais que celebram não têm sua soberania mitigada, pelo contrário, seu reconhecimento e respeito perante a comunidade internacional é fortalecido.

Ainda assim o tema encontra perplexidades e se submete às mais variadas mundividências, oscilando-se o conceito de soberania de forma a justificar ora a ideologia política imperialista ora seu opróbrio, o pacifismo internacional.

38 Denominação utilizada pelo nosso também saudosos professor nas Arcadas, Guido Soares, para designar a invasão do Direito Internacional, ou melhor, das normas internacionais, em assuntos tradicionalmente reservados às fontes normativas internas dos Estados. (SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 202. v.1.

39 Conforme leciona Marotta Rangel, Scelle e Duguit foram brilhantes em apontar a falácia dessa distinção de fontes, ao demonstrarem que, embora as fontes formais possam ser distintas, haveria uma coincidência de fontes materiais entre Direito Internacional e Direito Interno, na medida em que todo Direito é produto da vida social. Embora não se tenha referido a tais autores ao longo deste texto, eles são muito citados por terem trazido, em favor do pensamento monista, argumentos sociológicos. Assim lecionou o professor Celso Mello: “Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos” (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.112).

40 Na medida em que, como dito, há muito o indivíduo já foi alçado à condição de sujeito de direito no âmbito internacional.

41 Ora, se o indivíduo também é sujeito de direito internacional e se já é rotineiro que normas de direito internacional criem direitos individuais, resta comprometida a antiga distinção de objetos, segundo a qual ao Direito Internacional caberia regular apenas relações interestatais e ao Direito Interno relações interindividuais e dos indivíduos com o Estado aos quais estejam sob jurisdição.

sa participar de duas ordens jurídicas distintas e compostas por normas que podem ser contraditórias entre si, de forma que o cumprimento de uma implicará necessariamente a violação de outra.

Resumindo tais críticas (e adicionando outras) vale novamente colher a aguda lição de Marotta Rangel:

“Admite-se excessiva a separação entre as ordens jurídicas, que os pluralistas ortodoxos sustentavam, e se reconhece que não a justificam nem o estudo das fontes e dos sujeitos, nem as relações sociais a que essas ordens concernem. Compreende-se a necessidade de superar os fundamentos do positivismo que nutriram a formulação das teses dualistas. Recorre-se a princípios gerais de Direito capazes de dar uma visão global e transcendente do fenômeno jurídico.”⁴²

E ainda:

“Reafirma, portanto, a jurisprudência internacional o que o Direito Interno de diversos Estados atesta: a possibilidade de os tratados produzirem efeitos diretamente no âmbito da ordem estatal. É o que, de resto, se comprova com o progresso do Direito comunitário e o favorecimento, cada vez mais acentuado, do acesso da pessoa humana às instâncias internacionais.

Contra a tese dualista, parece impor-se por outro lado, o fato de que nem todo o tratado pode ser transformado em lei, o que concorreria para destruir a unidade das cláusulas convencionadas; a necessidade da jurisprudência em interpretar o próprio tratado, o que nem sempre significa interpretar a lei na qual o tratado se converteu; e enfim, a diversidade artificial que se vai suscitar entre duas espécies de Estado: o que se compromete na ordem internacional e o que não se compromete na ordem interna”.⁴³

42 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 88, 1967.

43 *Ibid.*, p. 107.

Já em relação ao monismo⁴⁴ as críticas não são menos severas.

Além do “exagero do logicismo com que a tese monista foi elaborada bem como do desconhecimento de que deu mostras do caráter próprio e originário da vida social e jurídica do Estado”⁴⁵, muitas outras observações se podem lhe fazer.

A primeira delas provém da escola historicista, que o acusa de falta de “verdade histórica”⁴⁶: ora, se o surgimento dos Estados antecede historicamente ao da sociedade internacional, argumenta-se, não pode o Direito Internacional servir de fundamento de validade para um Direito que lhe é antecedente.

Outra, ainda, diz respeito à impossibilidade de ab-rogação automática de uma norma de Direito Interno por uma norma de Direito Internacional, na medida em que o processo de elaboração de cada uma dessas normas não é análogo.

À primeira das críticas, respondeu-se que a teoria monista teria fundamentação lógica, e não histórica e, à segunda, argumentou-se que uma norma interna, em princípio, só não pode ser revogada por uma norma de Direito Internacional porque o contencioso internacional ainda é predominantemente de reparação, e não de anulação.⁴⁷

Ainda assim, o radicalismo em torno da supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno (que, enfim, foi no que o monismo “puro” acabou se transformando para a maioria dos autores que se debruçam sobre o tema), não corresponde à realidade, sendo necessário reconhecer que “na prática, nem sempre o DI representa os valores dominantes na maioria dos países e, conseqüentemente, nem sempre a supremacia *prima facie* das normas internacionais mostra-se defensável.”⁴⁸

44 As críticas ora apontadas cingir-se-ão ao monismo com primazia no direito internacional, na medida em que, além de o monismo com primazia do Direito Interno encontrar-se em extinção, as críticas que lhe foram feitas já foram sintetizadas em tópico anterior.

45 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 88, 1967.

46 CRUZ, Flávia Machado. *Os tratados de direitos humanos e o direito interno: a questão da vinculação das relações privadas*. 2004. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

47 MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.112.

48 CRUZ, op. cit., p. 31.

A verdade, portanto, reside em que nem o monismo nem o dualismo conseguiram explicar o problema da relação entre Direito Internacional e Interno conforme este vem sendo enfrentado pelas organizações internacionais e nacionais, aí incluídos os tribunais⁴⁹. Assim, ambas as teorias funcionariam apenas num plano contrafático, carecendo de efetividade para a análise das relações entre os Direitos Internacional e Interno.

Conforme observou George Galindo, o caráter idealizado de ambas as teorias permite afirmar que em nenhum momento da história tenha se verificado a existência de um Estado completamente monista ou completamente dualista⁵⁰.

Por tais motivos, procurando encontrar respostas mais aptas a explicar a relação entre Direito Interno e Internacional, de tais teorias derivaram as chamadas “teorias conciliadoras” que, não obstante caracterizem “esforços meritórios e necessários, tendo importado em significativo progresso da ciência do Direito Internacional”, também não obtiveram êxito em resolver satisfatoriamente a questão⁵¹, conforme demonstrar-se-á no tópico seguinte.

5 As teorias conciliadoras, as versões híbridas e a nova roupagem do mesmo problema

Demonstrado que dualismo e monismo não se prestaram a resolver o problema ao qual se propunham, novas teorias surgiram com o desiderato de explicar a complexa relação entre o

49 É o que defende LESSA, Luis Fernando Voss Chagas (LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2004, mimeo. p.125), respaldando seu argumento na lição de BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. Oxford. Clarendon Press, 1977.

50 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 69.

51 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 89, 1967. Segundo o autor, essas teorias conciliadoras e as versões híbridas acabam se reduzindo à velha discussão originária. Em suas palavras: “Duas acabam sendo, na verdade, as teses doutrinárias sobre o problema das relações entre as ordens jurídicas interna e internacional: o dualismo e o monismo fundado no Direito Internacional (ou monismo propriamente dito). Outras soluções que se acenam com o caráter autônomo não significam senão esforços de aprimoramento dessas teses, às quais acabam a rigor se reduzindo”.

Direito Interno e o Direito Internacional, tendo sido chamadas pela doutrina de teorias conciliadoras⁵².

Dentre elas, o professor Celso Mello⁵³ discorre sobre a “teoria do equilíbrio harmônico entre a comunidade internacional e o Estado”, da lavra do representante da escola espanhola Truyol y Serra, que defendia a independência entre as ordens jurídicas interna e internacional, afirmando, no entanto, que ambas seriam coordenadas pelo Direito Natural e os eventuais conflitos entre normas internacionais e internas seriam solucionados pelo “equilíbrio harmônico entre a comunidade internacional e o Estado”; a teoria do “sentimento jurídico” de Drost; e a teoria do “elo indivisível entre o DI e o Direito Interno”, da lavra de Mirinov.

Destacou-se, entre as teorias conciliadoras, a de Gustav Adolf Watz⁵⁴ que, embora não tenha superado a dicotomia monismo-dualismo, foi inicialmente bastante difundida.

A teoria de Watz, também conhecida por “pluralismo com subordinação parcial”, funda-se na divisão do Direito Internacional em ‘Direito Internacional Originário’, que seria o verdadeiro Direito Internacional, destinado aos tradicionais sujeitos de DI (excluindo-se, portanto, os indivíduos) e ‘Direito Internacional Derivado’, que se destinaria aos indivíduos e teria sua aplicabilidade dependente da elaboração de uma norma estatal interna. Enquanto o Direito Internacional Originário e o Direito Interno comporiam ordens jurídicas independentes, o Direito Internacional Derivado serviria de ligação entre ambas.

Nas palavras do professor Celso Albuquerque de Mello “esta teoria não teve aceitação na prática ou na doutrina e consagra uma distinção entre as normas internacionais que não tem qualquer razão de ser, nem é encontrada na prática internacional⁵⁵”.

Logo, o equacionamento da questão volta à dicotomia monismo *versus* dualismo e essas teorias, com o passar do tempo, vão adquirindo versões híbridas, passando a ser adjetivadas de

52 Não é objeto desta pesquisa o aprofundamento no estudo dessas teorias. Elas serão apenas citadas, sempre com vistas à melhor compreensão da insuficiência das teses sobre a relação entre Direito Interno e Internacional.

53 MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113 *et seq.*

54 *Ibid.*, p. 114.

55 *Ibid.*, p. 114.

“radicais” ou “moderadas.” Foi o que ocorreu no Brasil, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial⁵⁶.

Assim, enquanto monismo e dualismo “radicais” se identificam com as formas puras ou originais das teorias de Kelsen e Triepel (ou Laband, consoante informa Rangel⁵⁷), as versões moderadas representam uma tentativa, mais pragmática e bem menos rigorosa do ponto de vista teórico, de solucionar os problemas advindos da aplicação do Direito Internacional no âmbito interno e dos conflitos entre as normas de cada um. Tudo isso procurando levar em conta as novas características das relações internacionais a partir da segunda metade do século XX, com o aumento da interdependência entre os Estados e a multiplicação das organizações internacionais.

Enquanto o dualismo radical exige a edição de lei *stricto sensu* que nacionalize a norma internacional, incorporando-a ao ordenamento interno (tornando-a norma interna e “desvinculando-a” de sua fonte internacional), para o dualismo moderado bastariam atos normativos *lato sensu* (v.g.: decreto legislativo ou presidencial) para a *recepção* (transformação) da norma internacional em interna.

Da mesma forma, enquanto no monismo radical haveria a primazia *prima facie* do Direito Internacional sobre o Interno (conforme essa teoria passou a ser defendida pela maioria dos autores), no monismo moderado as normas de Direito Internacional são *adotadas* no Direito Interno no mesmo grau hierárquico das leis ordinárias, de forma que o eventual conflito seria resolvido pelos critérios clássicos de resolução de antinomias. Logo, em vez da primazia *prima facie* há uma equiparação entre Direito Internacional e Interno.

Embora essas teorias tenham evidenciado que as versões puras não são capazes de dar conta da complexidade das rela-

56 É o que observam Hildebrando Accioly e Geraldo Nascimento e Silva: “No Brasil, as duas teorias acima descritas (monismo e dualismo) não foram aplicadas na sua forma pura, ganhando interpretações que lhes descaracterizavam o sentido original, cunhando-se ainda novas expressões, a saber: dualismo radical e moderado e monismo radical e moderado”. (ACCIOLY, Hildebrando ; SILVA, Geraldo E. Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.66.

57 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 84, 1967.

ções entre Direito Internacional e Interno, também não foram capazes de fazê-lo, sendo, numa análise crítica e voltada às questões práticas que procuraram resolver, mais um jogo de palavras que propriamente a solução de problemas.

Como distinguir, em termos práticos, o monismo moderado do dualismo moderado se, em ambos, estando a norma de Direito Internacional incorporada ao Direito Interno, a eventual antinomia se resolve consoante prescrevem as regras de sobre-direito pátrias?⁵⁸

Não sem razão, Flávia Machado Cruz⁵⁹ classifica as versões moderadas de verdadeiros “centauros”, enquanto Accioly e Nascimento e Silva advertem que “nas suas modalidades moderadas, tanto do monismo quanto do dualismo, em verdade, subverteram-se ambas as teorias, porque foram suprimidas etapas que as integravam de forma essencial”⁶⁰.

As críticas a essas teorias não param por aí, havendo quem, além de discordar de cada uma delas, discorde da própria discussão que se dá em torno da questão.

Para Luis Fernando Voss Chagas Lessa⁶¹, monismo e dualismo são teorias distintas que visam à resolução de problemas diferentes.

Segundo o autor:

“A presente discussão concerne duas situações distintas. O monismo e o dualismo têm pontos de partida distintos e buscam soluções para problemas que não se confundem. O monismo tem por escopo estabelecer a prevalência de uma das normas conflitantes na resolução de um litígio concreto [...]. Para os monistas o que importa é manter a higidez e unidade do ordenamento jurídico, conferindo uma solução na

58 Tanto é difícil distingui-los que, na doutrina pátria, não há consenso acerca da posição do Supremo Tribunal Federal no que toca à matéria, havendo autores que defendem que o STF adotou a postura monista moderada e outros que a classificam de dualista. Isso, com base na análise das mesmas decisões.

59 CRUZ, Flávia Machado. *Os tratados de direitos humanos e o direito interno: a questão da vinculação das relações privadas*. 2004. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. p.35.

60 ACCIOLY, Hildebrando ; SILVA, Geraldo E. Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.66.

61 LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2004. mimeo. p. 125 et sec.

qual uma das normas venha a sucumbir diante da outra em função da primazia de um sistema sobre o outro. [...]

Para os dualistas, por sua vez, o problema se apresenta em estabelecer a forma pela qual os Estados internalizam o direito internacional, isto é, o meio pelo qual as normas de DI passam a integrar o ordenamento interno. O ponto básico na doutrina dualista é a eliminação teórica de toda a possibilidade de conflito entre a lei e o tratado internacional⁶².

Partindo dessa distinção, o autor conclui que, ao contrário do pensamento dicotômico apresentado até aqui, é possível um Estado admitir, concomitantemente e sem contradição, a aplicação de ambas as teorias (na medida em que, como visto, são distintas e têm desideratos diversos entre si). Em suas palavras:

“Dessa distinção, pois, resulta a possibilidade de um Estado admitir, de forma concorrente, a aplicação de ambas as teorias, o dualismo, ou uma variação, no que toca a forma pela qual as normas de direito internacional são internadas e o monismo, ou uma variação, no que tange a hierarquia das normas de direito internacional internalizadas dentro do ordenamento interno.”⁶³

Nádia Araújo e Inês da Mata Andreioulou parecem corroborar o entendimento do autor, asseverando que:

“Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica nacional, para saber qual deles deve prevalecer”⁶⁴.

62 LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2004. mimeo. p. 126-127.

63 Ibid., p. 125 et sec.

64 ARAÚJO, Nádia ; ANDREIUOULO, Inês da Matta. *A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos: os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.87.

No entanto, a explicação mais clara sobre a questão⁶⁵ encontramos na tese de doutoramento de Pedro B. A. Dallari, que deu origem à excelente obra sobre a relação entre a constituição e os tratados internacionais. Pontifica o autor que:

“Na verdade, a divergência reside no entendimento diverso que paira em relação à finalidade tanto do decreto legislativo de aprovação do tratado internacional como do decreto presidencial de promulgação de seu texto. Há aqueles que identificam na edição desses diplomas normativos a prática de reprodução do texto convencional por instrumento de direito interno, que se constitui, justamente, na essência da doutrina dualista. Outros, os que reconhecem a prevalência de um tratamento monista na regra brasileira de incorporação de tratados, identificam no decreto legislativo e no decreto presidencial não diplomas constitutivos do direito versado no documento convencional, mas apenas instrumentos de formalização dos atos de recepção. Assim, de forma alegórica, o decreto legislativo e o decreto presidencial são, conjuntamente, ou simples portões que se abrem a fim de permitir o trânsito do tratado internacional para o âmbito do direito interno (na visão que identifica a adoção da regra monista), ou, diferentemente, veículos que transportam o tratado fronteira adentro e dos quais a norma convencional jamais desembarca (na perspectiva que vislumbra a prevalência da regra dualista).”⁶⁶

Consoante demonstrar-se-á a seguir, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) – embora assimilado por todos quanto à incorporação e ao *status* normativo dos tratados internacionais, que é afinal o que realmente importa – é objeto de grande dissenso doutrinário quando se tenta enquadrá-lo numa das teorias estudadas, o que também dá mostras de suas incongruências e sugere o questionamento de sua utilidade.

65 E que faz crer tratar-se a discussão entre monistas e dualistas realmente de um ‘diálogo de surdos’.

66 DALLARI, Pedro A. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105. Talvez melhor ainda fosse dizer que no dualismo os decretos legislativo e presidencial são vistos como os atos normativos que produzem no Direito Interno norma coincidente com a normativa convencional.

6 O posicionamento do STF⁶⁷, a necessidade de superação da velha dicotomia dualismo X monismo e o *ius cogens* internacional

No Brasil, até 1º de junho de 1977, o monismo objetivista (primado do Direito Internacional) era praticamente unanimidade doutrinária e jurisprudencial⁶⁸. No entanto, a partir dessa data, com o julgamento do RE 80.004⁶⁹, o STF, ao estabelecer que, no caso de conflito entre norma do Direito Internacional e norma do Direito Interno, não mais aquela prevaleceria sobre esta, devendo-se aplicar a lei posterior (*lex posterior derogat lex priori*), provocou profunda alteração na matéria, dividindo a opinião dos doutrinadores em relação a qual seria a nova tese adotada.

Se para grande parte dos autores o STF passou a adotar o monismo moderado, há também quem defenda (e não são poucos) que, a partir de referido julgamento, tenhamos nos filiado ao dualismo.

Entre os que veem na posição do Supremo a sustentação da tese dualista, apenas a título exemplificativo, podemos citar

-
- 67 Importante observar que, neste momento, abordar-se-á a posição do STF no que diz respeito ao tratamento geral da matéria. A questão da recepção dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo em vista a existência de regramento constitucional específico e marcos teóricos diferenciados, será enfrentada num próximo estudo.
- 68 Embora esse seja o entendimento da maioria dos autores, conforme demonstra PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 92, nota 99, é importante registrar opinião divergente da lavra de Jacob Dolinger, para quem o julgamento do prefalado RE 80.004 – no qual se apreciou o conflito entre disposições da Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias e do Decreto Lei n. 427, de 22/01/1969, decidindo-se pela aplicação desta, na medida em que posterior ao tratado internacional – não representou alteração em relação à jurisprudência dominante até então. Segundo o internacionalista “excetuadas as hipóteses de tratado-contrato, nada havia na jurisprudência brasileira quanto à prevalência de tratados sobre lei promulgada posteriormente, e, portanto, equivocados todos os ilustres autores acima citados que lamentaram a alegada mudança na posição da Suprema Corte. A posição do STF através dos tempos é de coerência e resume-se em dar o mesmo tratamento a lei e a tratado, sempre prevalecendo o diploma posterior, excepcionados os tratados fiscais e de extradição, que, por sua natureza contratual, exigem denúncia formal para deixarem de ser cumpridos”. DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- 69 Não se pretende aqui analisar referido julgado, primeiramente porque este já foi objeto de exaustivo estudo por parte de nossa mais abalizada doutrina e, em segundo lugar, porque o que se pretende demonstrar aqui, após a exposição das correntes em estudo, são as falácias que envolvem a discussão. Além de Jacob Dolinger (nota supra), analisaram o RE 80.004, dentre outros, Celso Albuquerque de Mello (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 113 et seq.), Flávia Machado Cruz (CRUZ, Flávia Machado. *Os tratados de direitos humanos e o direito interno*: a questão da vinculação das relações privadas. 2004. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. p. 52 et. sec.), Pedro A. Dallari (DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 109), Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 18 et. seq.), Gustavo Binbenojm (BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e dualismo no Brasil*: uma dicotomia afinal irrelevante. Rio de Janeiro: Uerj, mimeo e Francisco Rezek (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 99).

Roque Antônio Carraza⁷⁰, Nádia de Araújo⁷¹ e Celso Albuquerque de Melo⁷². Por outro lado, Luís Roberto Barroso⁷³, Carmem Tibúrcio⁷⁴, Francisco Rezek⁷⁵ e Pedro Dallari⁷⁶, cada qual a seu modo⁷⁷, entendem que o STF adota a concepção monista.

70 CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros: 2000. p. 167. Assevera o autor que: segundo a teoria dualista, as normas internas e as internacionais convivem em harmonia, não podendo conflitar, já que têm campos de incidência perfeitamente diferenciados. Justamente por isso, os tratados internacionais não podem irradiar efeitos na ordem jurídica interna enquanto a ela não forem formalmente incorporados, por meio de alguma espécie legislativa (lei, decreto legislativo, regulamento etc.)

Afonso Arinos de Melo Franco, argutamente, observa que, para os dualistas, o tratado internacional não cria, propriamente, o Direito interno, mas este só surge "quando o Estado legisla em consequência, adotando o tratado, o que constitui um ato específico e decisivo de sua vontade, diferente daquele que o levou a celebrar o tratado, no campo internacional."

É essa a teoria que o Direito Constitucional brasileiro encampou. De fato, as normas contidas em tratados internacionais não se tornam eficazes, na ordem jurídica interna, por força de uma cláusula geral de recepção automática. Pelo contrário, para que valham e atuem no âmbito interno, ou seja, para que irradie efeitos *in foro domestico*, é mister que venham ratificadas pelo Congresso Nacional, por meio de uma lei em sentido material (lei sem sanção e sem veto) que há nome *decreto legislativo*'.

71 ARAUJO, Nadia de. *A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos*: os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 89. Observa a autora que: no Brasil, todos os tratados internacionais precisam ser internalizados através de um ato complexo – que inclui a aprovação congressual e a promulgação executiva – sem o que não se integram ao ordenamento jurídico interno; esse sistema, de acordo com as teorias doutrinárias dominantes, só pode ser classificado como dualista.

72 MELLO, Celso de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 21-22.

73 Para o autor: "[...] a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao Direito Interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior." (BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

74 TIBURCIO, Carmem. A EC N. 45 e temas de direito internacional. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et. al. (Coord.). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.125-126.

75 Assevera o autor que "Se é certo que pouquíssimos autores, fora do contexto soviético, comprometeram-se doutrinariamente com o monismo nacionalista, não menos certo é que essa ideia norteia as convicções judiciárias em inúmeros países do ocidente – incluídos o Brasil e os Estados Unidos da América -, quando os tribunais enfrentam o problema do conflito entre normas de direito internacional e de direito interno". (REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 5).

76 DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 102.

77 Enquanto Barroso acompanha o entendimento de que o STF adotou o monismo moderado (nota acima), Rezek e Dallari extraem de seus julgados a tese monista nacionalista. A verdade é que, após o estudo do tema na doutrina nacional, percebe-se que cada autor demonstra uma compreensão distinta do que sejam as teses monista, dualista e suas respectivas variações, o que gera assistemática no estudo da questão, contribuindo para uma enorme dificuldade de compreensão do tema. Afora o consenso sobre algumas premissas iniciais, várias são as divergências entre os doutrinadores, como v.g., se o fato da necessidade de aprovação congressual via decreto implica a adoção do dualismo ou se essa aprovação é parte do procedimento de adesão, que culmina com a ratificação do tratado – momento a partir do qual é afinal incorporado –, o que estaria em consonância com o monismo. Demonstrando esse completo desentendimento, contraste-se, com as notas anteriores em que foram citados Nádia Araújo e Roque Carraza, o entendimento do eminente Alberto Xavier, para quem: "Não deve invocar-se a necessidade da publicação (ou promulgação) para a eficácia dos tratados na ordem interna como manifestação de um entorse à pureza do princípio monista (o chamado 'monismo moderado'), pois da essência do princípio monista, como se disse, é apenas que os tratados valham como tal, mantendo a sua natureza, e não a dispensa de formalidades internas para a sua eficácia plena [...]. Os autores de inspiração dualista, que insistem em ver nos atos internos de referendo ou de promulgação instrumento de 'transformação' dos tratados em lei interna, não conseguem explicar por que é que um tratado internacional, ainda que referendado e promulgado, só entra em vigor a partir de procedimentos exigidos pelo direito internacional público, eventualmente posteriores àqueles atos, e ainda por que é que perde a sua força internamente, quando é denunciado ou revogado nos termos do direito internacional." (XAVIER, ALBERTO. *Direito tributário internacional do Brasil*: tributação das operações internacionais. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 133-134.

Interessante observar que essa discussão se trava sem que, necessariamente, se discorde quanto aos aspectos substantivos da questão, ou seja, quanto à forma de incorporação dos tratados no Direito Interno e quanto à aplicabilidade das normas convencionais.

É o que observa Pedro Dallari, ao afirmar que:

“Sendo praticamente pacífico na doutrina e na jurisprudência o posicionamento quanto aos procedimentos de incorporação dos tratados ao direito interno, bem como quanto à autoaplicabilidade das normas convencionais internacionais, questão curiosa envolve a discrepância doutrinária entre autores que vêem na prática brasileira a consagração do dualismo e aqueles que, sem discordar no campo fático, enxergam a égide da vertente monista. A concordância quanto aos aspectos substantivos das referidas questões (procedimento e aplicabilidade) torna meramente acadêmica a controvérsia [...]”⁷⁸

Também nesse sentido, Gustavo Binbenojm aduziu que:

“As soluções para os conflitos entre tratados internacionais e as normas jurídicas internas no Brasil independem da concepção adotada quanto às escolas monista e dualista. Neste sentido é que se torna possível afirmar, com Charles Rousseau, que a controvérsia doutrinária em torno do monismo e do dualismo é uma mera “discussion d’école.”⁷⁹

Essa constatação já não escapava, ainda na década de sessenta, ao arguto raciocínio de Marotta Rangel, que sabiamente pontificava:

78 DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 105. Cumpre observar, entretanto, que contrariamente ao entendimento do autor, nossa pesquisa revelou que não há consenso entre os doutrinadores quanto aos procedimentos de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, havendo grande discussão sobretudo quanto à necessidade ou não, para vigência do ato internamente, do decreto executivo de promulgação. No âmbito mais específico dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, essa divergência é ainda mais acentuada e divide a doutrina entre aqueles que defendem a incorporação automática dos tratados (Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade, Celso Albuquerque de Mello) e aqueles que advogam a incorporação legislativa (Pedro Dallari, Francisco Rezek, Maurício Andreioulou, João Grandino Rodas). Mas, como dito, isso é tema para um próximo estudo.

79 BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante*. Rio de Janeiro: Uerj, [19--?] p.5.

“Receia-se prevaleça mera disputa de palavras, ‘vã controvérsia’, ‘diálogo de surdos’, o que estimule equívocos e oculte a realidade social e jurídica, da qual se deve partir para o encontro de soluções objetivas que transcendam posições meramente dogmáticas ou apriorísticas. *Se o sistema de relações entre as duas ordens não permanece imutável e esclerosado, mas comporta constantes mutações, não se pode deixar de levar em conta que da segunda guerra mundial aos dias de hoje tem aumentado o grau de interdependência dos Estados, se intensificado o processo de internacionalização das matérias, fortalecido o regime das organizações inter-governamentais, e se introduzido inovações relevantes em textos constitucionais que interessam diretamente à nossa matéria*”.⁸⁰ (grifamos)

Portanto, muito mais importante que a classificação (monista ou dualista) que se dê ao entendimento do STF⁸¹ acerca da relação entre o Direito Interno e os tratados internacionais é que se tenha um Estado coerente, que cumpra internamente os compromissos assumidos no cenário internacional.

Há, na verdade, que se redimensionar a relação Direito Internacional e Direito Interno, perquirindo-se novas soluções para essa cada vez mais complexa e imbricada relação, até porque a experiência histórica aponta para uma interdependência cada vez maior entre os Estados soberanos, de forma que sua sobrevivência político-sócio-econômica e mesmo o reconhecimento e manutenção dessa soberania depende cada vez mais da forma como os Estados se comportam em relação aos compromissos internacionalmente assumidos, ainda mais no que diz respeito ao cumprimento de uma verdadeira cartilha internacional de boas condutas, conhecida como o *ius cogens* internacional.

80 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 88, 1967.

81 Que, como visto acima, determina que no caso de conflito, e não se tratando de oposição entre lei geral e lei específica, resolve-se a questão pela regra do *later in time*, na medida em que os tratados são considerados de mesma hierarquia das leis ordinárias. Importante frisar, uma vez mais, que esse entendimento não se aplica à questão específica dos tratados internacionais de direitos humanos, o que será objeto de um próximo estudo.

O Direito Internacional de ordem pública (*ius cogens* internacional) seria constituído de normas consensuais, que fazem parte do patrimônio normativo pressuposto internacionalmente, que se confirma mediante práticas reiteradas que permitem legítimas expectativas acerca da continuidade de sua observância independentemente de qualquer convenção a esse respeito. Segundo estabelece o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados,⁸² de 1969, “norma imperativa de Direito Internacional geral (*ius cogens*) é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”⁸³. A força jurídica de tais normas é tanta que dispõe o mesmo artigo que “é nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral (*ius cogens*)”.

As normas do *ius cogens* internacional comporiam, segundo Flávia Machado Cruz⁸⁴, o Direito Internacional Constitucional e teriam, para número expressivo de autores⁸⁵, hierarquia supra-constitucional. Logo, nem mesmo a Constituição dos Estados poderia constituir óbice a sua obrigatoriedade.

Conforme leciona Marotta Rangel, a supremacia do Direito Internacional geral sobre o Direito Interno (aí incluído o Direito Constitucional dos Estados) é ponto pacífico na jurisprudência das cortes internacionais, e já na década de sessenta, encon-

82 A Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados foi aberta para o recebimento de assinaturas em 23 de maio de 1969 e entrou em vigor internacionalmente em 27 de janeiro de 1980, trinta dias após o depósito do 35º instrumento de ratificação, conforme dispunha (e dispõe) seu artigo 84. Não obstante tenha sido subscrita pelo Brasil, somente em abril 1992 – mais de vinte anos depois da abertura para assinaturas – foi encaminhada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional para referendo, mediante a Mensagem n. 116/92. Essa mensagem deu ensejo ao Projeto de Decreto Legislativo nº. 214-C, de 7 de dezembro de 1992 e ao Decreto Legislativo 496, de 17 de julho de 2009 (o respectivo instrumento de ratificação foi depositado perante o secretário-geral das Nações Unidas em 25 de setembro do mesmo ano). E apenas em 14 de dezembro de 2009, quarenta anos após sua abertura, através do Decreto 7.030, foi finalmente a Convenção promulgada no Brasil (com reservas aos artigos 25 e 66).

83 Reforçando e atualizando essa conceituação convencional, também o artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, traz exatamente a mesma redação.

84 CRUZ, Flávia Machado. *Os tratados de direitos humanos e o direito interno: a questão da vinculação das relações privadas*. 2004. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. p. 19-20.

85 É o que entendem, v. g. Celso Albuquerque de Mello. (*Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 5. e Hildebrando Accioly. (*Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, p. 5-6).

trava respaldo nas Constituições àquela época mais recentes⁸⁶. Já era também praticamente unânime o entendimento de que essas normas eram imediatamente aplicáveis e podiam ser aplicadas pelos juizes dos Estados independentemente de qualquer procedimento de incorporação.

Mas o fato é que, no que tange à relação mais específica entre tratados internacionais e Direito Interno, não há nenhuma regra internacional de incorporação dos tratados, do mesmo modo como não há qualquer opção oficial pelas escolas monista ou dualista, ficando o tratamento da matéria a cargo do Direito Constitucional de cada Estado – o que não significa dizer que o regramento constitucional dessas matérias, a forma de incorporação dos tratados e sua força normativa (o que influenciará no seu efetivo cumprimento), não tenha reflexo nas relações do Estado no âmbito internacional e em sua reputação perante àquela comunidade.

Não obstante a variação das formas de incorporação dos tratados consoante a determinação das Constituições de cada Estado, ainda assim há que se observar, para não incorrer na prefalada contradição do Estado que cumpre a ordem jurídica interna ao mesmo passo que descumpre a normativa internacional, determinadas exigências do Direito Internacional Público e da boa organização estatal.

A primeira observação está em que normativa e jurisprudência internacionais não admitem o Direito Interno como justificativa para o descumprimento de norma convencional.

A Convenção de Viena sobre Tratados estabelece em seu artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, ressaltando apenas que essa regra não prejudica o artigo 46⁸⁷ (que trata justamente da inconstitucionalidade for-

86 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 91-100, 1967.

87 Art 46 (Disposições do Direito Interno sobre competência para concluir tratados) – 1 Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.

2 Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa-fé.

mal⁸⁸ dos tratados nas hipóteses de conclusão da convenção em manifesta violação das regras constitucionais de competência para tal ato).

No mesmo sentido, a Convenção de Havana sobre Tratados de 1928⁸⁹, devidamente ratificada pelo Brasil e em pleno vigor, estabelece em seu artigo 11 que “os tratados continuarão a produzir os seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna dos Estados Contractantes. Se a organização do Estado mudar, de maneira que a execução seja impossível, por divisão de território ou por outros motivos análogos, (os tratados) serão adaptados às novas condições”.

Interpretando as regras internacionais e analisando a jurisprudência das principais cortes internacionais, Marotta Rangel⁹⁰ afirma que prevalece o entendimento de que só se admite o descumprimento das convenções se celebradas em transgressão de normas de Direito Interno concernentes à competência para concluir tratados (vício formal) e, ainda assim, só constituirá motivo de nulidade se: a) a infringência do Direito Interno for manifesta; e b) se a parte reclamante não houver anteriormente reconhecido, implícita ou explicitamente, ser válido o tratado cuja irregularidade proclama.

A nosso ver, esses casos sequer tratam da possibilidade de descumprimento do tratado, afeiçoando-se mais às hipóteses de invalidade da norma convencional. De fato, o tratado concluído em desrespeito às normas constitucionais sobre incorporação das convenções sequer pode ser considerado concluído. Daí porque sua invalidade para o Estado que o celebrou nessas condições.

Embora perante a comunidade internacional, como visto, a hipótese de vício formal seja a única alegação aceitável, e ainda

88 Corroborando essa exegese do artigo 46, TIBURCIO, Carmem. A EC N. 45 e temas de direito internacional. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et. al. (Coord.). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

89 O tratado foi assinado em Havana, aos 20 de fevereiro de 1928, tendo sido aprovado internamente no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 5.647, de 8 de janeiro de 1929, e devidamente ratificado em 29 de agosto de 1929. Foi promulgado mediante o Decreto n. 18.956, de 22 de outubro de 1929 e publicado no Diário Oficial dos Estados Unidos do Brasil em 12 de dezembro de 1929.

90 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 94 e ss. 1967.

assim dentro de certos limites, para o descumprimento das normas convencionais, não é essa a posição dominante na doutrina e jurisprudência nacionais⁹¹ que, acertada ou não, é dissonante em relação ao que a sociedade internacional espera do Brasil quanto ao cumprimento de suas obrigações voluntariamente convencionadas.

Particularmente, entendemos que uma convenção internacional que atente contra as diretrizes constitucionais, principalmente no tocante aos princípios fundamentais, sequer pode ser aprovada e ratificada. Mas esse não é o ponto que aqui pretendemos levantar.

O que se pretende é que o Estado seja coerente, capaz de dar cumprimento às normas internas e internacionais, diminuindo as hipóteses de conflito ao mínimo possível. E isso se faz, como há muito já mencionava Marotta Rangel⁹², mediante o estabelecimento de regras constitucionais de competência e incorporação claras e principalmente, com os Estados evitando, na área de competência que lhes é própria, a colisão de suas normas internas com os compromissos assumidos na ordem internacional. Ao contrário do que possa parecer, essa solução reforça a soberania estatal, na medida em que repercute positivamente para o Estado no âmbito internacional.

Além disso, é extremamente necessário ter a consciência de que, com o estreitamento das relações internacionais e a elevação dos direitos fundamentais à temática global, nem mesmo o poder constituinte originário é mais ilimitado, devendo sempre observar conteúdos mínimos consensualmente aceitos pela comunidade internacional, construídos historicamente e ao preço

91 BARROSO, Luís Roberto. *(Interpretação e aplicação da Constituição)*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 33) assim resume a situação brasileira: “[...] é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

- A) os tratados internacionais são incorporados ao Direito Interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.
- B) O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível.

92 RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: Universidade de São Paulo/Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, p. 130 e ss. 1967.

de muita luta e sangue. Nesse sentido, lapidar a lição de Canotilho, que, embora extensa, merece ser colacionada:

“Se ontem a conquista territorial, a colonização e o interesse nacional surgiam como categorias referenciais, hoje os fins dos Estados podem e devem ser os da construção de ‘Estados de Direito Democráticos, Sociais e Ambientais’, no plano interno e Estados abertos e internacionalmente amigos e cooperantes no plano externo. Estes parâmetros fortalecem as imbricações do direito constitucional com o direito internacional. [...] Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. O constitucionalismo global compreende não apenas o clássico paradigma das relações horizontais entre Estados, mas o novo paradigma centrado nas relações Estado/povo, na emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e na tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. *Por isso, o Poder Constituinte dos Estados e, conseqüentemente, das respectivas Constituições nacionais, está hoje cada vez mais vinculado a princípios e regras de direito internacional. É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras do ius cogens internacional). O Poder Constituinte Soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direitos internacionais tendencialmente informadores do Direito interno.*” (grifos nossos)⁹³.

Ademais, na precisa lição de FERRAJOLI, “a soberania há muito deixou para trás o conceito de *suprema potestas superiorum non recognoscens*”⁹⁴.

93 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1217.

94 FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

7 Conclusões

A atual dinâmica e complexidade das relações internacionais, o fenômeno da globalização vertical, o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito no cenário internacional que se consolidou após a 2ª Guerra Mundial e, conseqüentemente, a revisão do conceito de soberania que isso implicou, tornaram as teorias acerca das relações entre Direito Interno e Direito Internacional insuficientes.

O que realmente importa na relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno é que cada Estado seja capaz de se comportar coerentemente nos dois âmbitos, internacional e interno, de modo a dar cumprimento tanto às normas internas quanto às internacionais, reduzindo ao máximo, mediante o estabelecimento de competências bem delineadas, as possibilidades de conflitos. Tal medida respeita a organização política própria do Estado e favorece o cumprimento de suas obrigações internacionais, o que, ao contrário do que antes se pensava, além de fortalecer a ordem interna, reforça a soberania estatal, na medida em que contribui para a reputação e reconhecimento do Estado perante a comunidade internacional.

Logo, Direito Internacional Público e Direito Constitucional não se apresentam como adversários clássicos, como já se entendeu, pelo contrário, a experiência histórica mostra que atuam dialeticamente numa relação de reforço e amadurecimento recíproco.

Existem normas de Direito Internacional (*ius cogens*) cujo adimplemento é esperado pela comunidade internacional independentemente de qualquer previsão ou incorporação nos ordenamentos internos, na medida em que constituem matéria de consenso nessa comunidade.

Legislação e Jurisprudência internacionais, em sentido dissonante do que entendem nossos doutrinadores e têm decidido nossos tribunais, somente admitem vícios formais de elaboração para descumprimento dos tratados internacionais, o que reforça a ideia da necessidade de harmonização entre os âmbitos normativos como imperativo para uma boa posição do Brasil na comunidade internacional.

O tratamento que cada Constituição⁹⁵ dá à forma de incorporação dos tratados internacionais e vinculação a eles, não obstante seja problema doméstico no qual o Direito Internacional não faz qualquer intromissão, é fundamental para a persecução dos concomitantes desideratos de preservação da autonomia estatal e adimplemento dos compromissos internacionais.

8 Referências

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et. al. (Org). *Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ARAÚJO, Nádía ; ANDREIUOULO, Inês da Matta. A internalização dos tratados no Brasil e os direitos humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu ; ARAÚJO, Nádía (Org.). *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. Direito internacional privado e direitos fundamentais: uma perspectiva retórico-argumentativa do princípio da ordem pública. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 2, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

95 O regramento, na Constituição de 1988, da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro e o tratamento específico destinado aos tratados internacionais de direitos humanos são temas a serem abordados numa (breve) próxima oportunidade.

BINENBOJM, Gustavo. *Monismo e dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante*. UERJ, [19--?] mimeo.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/legislacao>>.

BRASIL. Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

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

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.

CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. A proteção dos direitos fundamentais e a organização federal de competências. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Org.) *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH/ ACNUR/ CIVIC/ CUE, 1996.

CRUZ, Flávia Machado. *Os tratados de direitos humanos e o direito interno: a questão da vinculação das relações privadas*. 2004. 185 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004.

DALLARI, Pedro. *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Tratados internacionais na Emenda Constitucional 45. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro ; ARLACÓN,

Pietro de Jesús Lora (Org.). *Reforma do Judiciário*: analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. *Guerra civil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. Tradução Carlo Coccioli e Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. Pasado y futuro del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (Org.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

HOBSBAWN, ERIC. *Era dos extremos: o breve Século XX*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

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

LESSA, Luis Fernando Voss Chagas. *A internalização dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição de 1988*. Dissertação (Mestrado). Departamento de Direito, PUC, Rio de Janeiro, 2004, mimeo.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1.

_____. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O §2º do Art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Antinomias no direito internacional dos direitos humanos*. UERJ, [19--?] mimeo.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Bases para uma leitura hermenêutica dos tratados internacionais de direitos humanos*. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2004.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque ; TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1.

_____. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Org.). *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988: (neo) constitucionalismo: ontem, os Códigos, hoje, as Constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004.

RANGEL, Vicente Marotta. Os conflitos entre direito interno e os tratados internacionais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo: USP/ Revista dos Tribunais, ano 62, n. 2, 1967.

_____. Ordenamento jurídico internacional e direito interno: a recente Constituição brasileira. In: A.A.V.V. *Hacia un nuevo or-*

den internacional y europeu: estudos em homenagem al Profesor Manuel Dias Velasco. Madrid: Tecnos, 1993.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODAS, João Grandino. Tratados internacionais: sua executividade no direito interno brasileiro. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, n. 21, dez. 1992.

RODRIGUES, Maurício Andreiuolo. Os tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v.1.

TIBURCIO, Carmem. A EC n. 45 e temas de direito internacional. In: ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et. al. (Org). *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos*: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.14, p. 15-46, 1996.

_____. Evolução e fortalecimento da proteção internacional dos direitos da pessoa humana em sua ampla dimensão. In: _____. (Ed.) *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional*: perspectivas brasileiras (Seminário de Brasília de 1991). São José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil: tributação das operações internacionais*. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

1.8

O ISS SOBRE OS SERVIÇOS NOTARIAIS, REGISTRAIS E CARTORÁRIOS E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADIN Nº 3089

GABRIELA MILBRATZ FIOROT*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. 2.1 Repartição de competências. 2.2 Competência tributária dos municípios e do Distrito Federal para instituir o ISS. 2.2.1 Conceito de serviço: serviço tributável e o princípio da capacidade contributiva. 2.3 Lista de serviços veiculada pela Lei Complementar nº 116/2003. 3 Serviço público. 3.1 Critério de remuneração do serviço público: taxa. 4 Serviços de registros públicos, cartorários e notariais. 4.1 Natureza jurídica dos serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais. 4.2 Natureza dos emolumentos recebidos. 5 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3089: mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, mudança no paradigma. 6 Conclusão. 7 Referências.

1 Introdução

A Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, por meio de sua lista de serviços anexa, previu a possibilidade de exação, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) incidente sobre os emolumentos auferidos pelos serviços de registros públicos, cartorários e notariais. Sob a argumentação de que tais serviços, caracterizados por serem “serviços públicos”, não podem ser tributados a título de ISSQN, em face da concretização do “princípio federativo” e o da “imunidade recíproca”, a Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn nº 3.089, com a pretensão de serem julgados inconstitucionais os itens 21 e 21.1¹ da Lista de Serviços anexa à referida Lei Complementar.

* Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Procuradora do Estado do Espírito Santo.

1 21 – Serviços de registros públicos, cartorários e notariais; 21.01 - Serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

O objetivo do presente trabalho é estudar a incidência do ISSQN sobre os serviços notariais, culminando com a análise, por meio de comentários aos votos proferidos, do acórdão do Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente a citada ADIn, e como a decisão nessa ação acarretou numa mudança no entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal (STF). Para alcançar tal objetivo é preciso explicitar o conceito de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (I); a abrangência do conceito e os limites constitucionais impostos (II); a natureza dos serviços notariais e registrais (III); fazer um demonstrativo das jurisprudências pretéritas do STF (IV); e, finalmente, analisar criticamente, com base nas premissas apontadas, a decisão proferida na ADIn nº 3089 (V). Tais tópicos serão abordados, advertindo desde já, sem o menor propósito de esgotar os assuntos controvertidos aqui analisados, dada o trabalho a que se dispõe realizar.

Assim, é preciso, inicialmente, fixar o que a doutrina brasileira entende ser o ISS. Verificar se existe conceito constitucional definido; em caso negativo, se a Constituição, no entanto, traçou limites à sua definição pelo intérprete; bem como qual o seu critério material. Tais premissas são ponto de partida para qualquer pesquisa comprometida que tome como objeto o imposto sobre serviços.

Por sua vez, a questão de saber se o serviço que os notários e registradores prestam é base de incidência do ISSQN passa por esclarecer o conceito de “serviço público”, que igualmente não está fixado em lei e sim na doutrina.

E, finalmente, analisar as jurisprudências pretéritas do STF, fazendo um comparativo com o entendimento proferido pela maioria dos Ministros na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, cabendo a advertência de que os temas aqui abordados são complexos e não poderiam, não fosse o estreito propósito desse trabalho, ser enfrentados em tão breves linhas.

2 Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza

2.1 Repartição de competências

Segundo nos ensina a unanimidade dos mestres tributaristas, o sistema constitucional brasileiro é o todo do qual o sub-

sistema constitucional tributário é parte. Por sua vez, a matéria tributária é tratada pela Constituição, por meio de uma vasta e complexa previsão de normas aplicáveis à matéria tributária, restringindo sobremodo a atuação do legislador infraconstitucional.

Assim leciona Paulo de Barros Carvalho², citando Geraldo Ataliba e Aliomar Baleeiro:

“Enquanto os sistemas de outros países de cultura ocidental pouco se demoram nesse campo, cingindo-se a um número reduzido de disposições, que ferem tão somente pontos essenciais, deixando à atividade legislativa infraconstitucional a grande tarefa de modelar o conjunto, o nosso, pelo contrário, foi abundante, dispensando à matéria tributária farta messe de preceitos, que dão pouca mobilidade ao legislador ordinário, em termos de exercitar o seu gênio criativo. Esse tratamento amplo e minucioso, encartado numa Constituição rígida, acarreta como consequência inevitável um sistema tributário de acentuada rigidez, como demonstrou Geraldo Ataliba na sua obra *Sistema constitucional tributário brasileiro*. E a profusão de comandos relativos à tributação mereceu registro de Aliomar Baleeiro, que separou mais de cem regras tributárias inseridas no texto de nossa Carta Magna.”

Assim, de início, já é possível extrair uma conclusão que, sem dúvida, possui ares de certeza no âmbito do direito tributário: toda e qualquer norma deve ser extraída diretamente da Constituição Federal, que serve não só como fundamento de validade, mas como diploma normativo das normas reguladoras do sistema tributário brasileiro.

Nesse sentido, o traço característico do sistema constitucional tributário brasileiro é a sua rigidez, sendo que o constituinte brasileiro disciplinou abundantemente a matéria tributária, deixando à lei simplesmente a função de regulamentar.

2 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 150.

Uma das características da rigidez do sistema constitucional é a divisão de competências tributárias³, reclamo impostergável dos princípios federativo e da autonomia municipal e distrital. A Constituição Federal demarcou, com precisão e de forma privativa, a competência tributária atribuída a cada uma das pessoas políticas de direito público, fazendo referência à materialidade dos tributos que cada um pode criar, da qual, inclusive, se infere os demais critérios da regra-matriz de incidência tributária.

Em suma, a competência tributária⁴ identifica-se com a permissão para criar tributos, isto é, com o direito subjetivo de editar normas jurídicas tributárias⁵. A Constituição Federal conferiu esse direito subjetivo às pessoas políticas – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, sendo que cada uma delas pode ou não utilizar a competência que lhe foi outorgada⁶, sem a interferência dos demais entes tributantes, mas não podem, contudo, alterar as faculdades tributárias que lhes foram atribuídas pela Carta Suprema.

2.2 Competência tributária dos municípios e do Distrito Federal para instituir o ISS

Dentro da divisão de competências tributárias, a Constituição Federal atribuiu aos Municípios⁷, no seu art. 156, III⁸, a competência para *instituir imposto sobre serviços de qualquer*

3 Segundo a lição do constitucionalista Roque Antônio Carraza, “No Brasil, não há que se falar em *poder tributário* (incontrastável, absoluto), mas, tão-somente, em *competência tributária* (regrada, disciplinada pelo Direito). [...] A competência tributária é determinada pelas normas constitucionais, que, como é pacífico, são de grau superior às de nível legal, que – estas sim – prevêm as concretas obrigações tributárias”. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 489.

4 *Ibid.*, p. 494.

5 Para o Professor Paulo de Barros Carvalho trata-se de “uma das parcelas entre as prerrogativas legiferantes de que são portadoras as pessoas políticas, consubstanciada na possibilidade de legislar para a produção de normas jurídicas sobre tributos.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 228.

6 Citando ainda o emérito Professor, “o sistema constitucional brasileiro estipulou elementos relevantes para a compostura da fisionomia jurídica dos impostos adjudicados aos entes tributantes. Todavia, a despeito de terem competência para tanto, da maneira em que foi proposta a organização da matéria, as entidades políticas, salvo algumas exceções, não são obrigadas a impor tributos. Isso nos mostra, por um lado, que as competências se exprimem como faculdades (F) outorgadas às pessoas políticas. No ISS essa situação é muito comum, onde se encontram diversos Municípios que deixaram de criá-lo, buscando, com isso, estimular a política extrafiscal interna do Município.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008. p. 680-681.

7 Na verdade, a Constituição Federal também atribuiu ao Distrito Federal a competência para criar o ISS, de acordo com o art. 147, assim todas as conclusões se aplicam igualmente ao Distrito Federal.

8 Redação dada pela Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993.

natureza, não compreendido no art. 155, II, definidos em Lei Complementar.

Assim, dentro do sistema de repartição de competências, os Municípios podem criar impostos sobre fatos abrangidos pelo conceito de *serviço*, predefinidos na Constituição Federal e respeitando as demais competências tributárias e normas que regem o sistema tributário nacional. Assim nos explica Aires F. Barreto⁹:

“A materialidade da regra-matriz de incidência foi definida diretamente pela Lei Maior, tendo como conseqüência que qualquer fato que não configure serviço não pode ser tributado pelo Município. Em outras palavras, todo e qualquer fato que, exorbitando o conceito de serviço empregado pelo art. 156, III, da Constituição Federal, for colocado sob a incidência do imposto municipal importa exigência inconstitucional de tributo por invasão de competência alheia.”

Nesse diapasão, para se extrair a regra-matriz de incidência tributária do ISS é preciso contemplar o texto constitucional no seu conjunto sistemático, com observância dos demais princípios constitucionais e dos demais preceitos constitucionais que influenciam na conformação desse imposto, especialmente os veiculados nos arts. 153, 155 e incisos.

Geraldo Ataliba¹⁰ assim adverte: “Só a interpretação sistemática de todo o sistema, com a apreensão de seus princípios informadores, pode conduzir à correta exegese de cada um de seus mandamentos”.

Não obstante a Constituição Federal consignar que o imposto sobre serviços incide sobre “serviços de qualquer natureza”, dando-lhe, portanto, uma abrangência universal (“qualquer”), ela não define *serviço*, para fins tributários. Pelo menos não o faz explicitamente. Ela limita-se a fazer referência à expressão “serviço”, relegando ao intérprete a tarefa de defini-lo. Não se entenda, entretanto, que o intérprete tenha qualquer liberdade nesse

9 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 27.

10 ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre Serviços: parecer. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 10, n. 35, p. 68-93, jan./mar. 1986. p. 69.

mister. Pelo contrário, ele está condicionado por todo o contexto constitucional, pelas exigências dos princípios fundamentais e pelas insinuações sistemáticas, suficientemente vigorosas para balizá-lo decisivamente¹¹.

Assim, cabe ao intérprete elaborar o conceito de “serviço de qualquer natureza”, excluindo, contudo, tudo o que seja próprio do conceito serviço público e outros fatos que, embora genericamente abrangidos pelo conceito, estão compreendidos em possíveis hipóteses de incidência constitucionalmente outorgadas a outras pessoas políticas.¹²

A Constituição, não só em relação ao ISS, mas em relação a todos os demais tributos, não delimita especificamente a regra-matriz do tributo, indicando todos os seus critérios. Ao contrário, ela traça contornos, estabelece os limites dentro dos quais pode atuar o legislador no exercício da sua competência, cabendo à lei instituidora do tributo definir a regra-matriz de incidência tributária.

2.2.1 *Conceito de serviço: serviço tributável e o princípio da capacidade contributiva*

Em que pese o caráter de universalidade empregado pela Constituição Federal ao afirmar que compete aos Municípios instituir impostos sobre “serviços de qualquer natureza”, não é todo e qualquer “fazer” que se subsume ao conceito, ainda que genérico, desse preceito constitucional. Serviço é conceito menos amplo, mais estrito que o conceito de trabalho constitucionalmente pressuposto. Nesse ponto, importante concluir que não é todo e qualquer “trabalho” que configura o serviço a que faz referência o inciso III, do art. 156, da Constituição Federal. É lícito afirmar, pois, que serviço é uma espécie de trabalho. É o esforço humano que se volta para outra pessoa.

11 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 27.

12 Assim ensina Aires F. Barreto “Essas asserções não implicam afirmar que tudo que não esteja compreendido em outros arquétipos das hipóteses de incidência seja serviço. Não! Não se trata, no caso, de uma competência residual. Não estamos diante de um conceito a que se chegue por exclusão de todos os demais conceitos. O sentido positivo da expressão constitucional é bastante incisivo, afirmativo e claramente indicativo, de tal sorte a impor ao intérprete a busca construtiva de significados positivos, aos quais se chega por via de afirmação, e não pelo caminho tortuoso da exclusão ou da negação.” *Ibid.*, p. 28.

Como implicação de um dos pilares da Constituição Federal, a igualdade, o princípio da capacidade contributiva exige que as hipóteses de incidência de impostos contenham fatos de significação econômica, de conteúdo econômico.

Diz a Constituição Federal, no seu art. 145, § 1º¹³, que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados de acordo com a capacidade econômica dos contribuintes, sempre que possível. Destarte, só é tributável o esforço humano com conteúdo econômico.

O tributarista Roque Antonio Carrazza¹⁴ afirma que:

“Atenderá ao princípio da capacidade contributiva a lei que, ao criar o imposto, colocar em sua *hipótese fatos desse tipo*. Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de *fatos-signos presuntivos de riqueza* (fatos que, *a priori*, fazem presumir que quem os realiza tem riqueza suficiente para ser alcançado pelo imposto específico).”

E conclui: “Em suma, a nosso ver, não fere o princípio da capacidade contributiva a *lei impositora* que levar em conta a aptidão abstrata de suportar a carga financeira”¹⁵.

Aires F. Barreto¹⁶ complementa: “é obvio que, para a Constituição, só se contém no arquétipo a prestação que tenha conteúdo econômico mensurável, apurável, circunstância que só se dá quando o esforço seja produzido para outrem”.

Sendo a síntese do critério material do ISS representada pelo verbo prestar e pelo respectivo complemento serviço¹⁷, o correto é que o tributo atinja o produtor da ação “prestar serviço”, o agente dessa ação, que inexoravelmente é o prestador do serviço¹⁸.

13 Art. 145, § 1º - “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

14 CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

15 *Ibid.*, p. 92.

16 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 30.

17 Segundo nos ensina Paulo de Barros Carvalho, o critério material de qualquer tributo é formado por um verbo pessoal de predicação incompleta, o que importa a obrigatoria presença de um complemento. CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 269.

18 Em relação ao sujeito passivo do ISS coadunamos com a corrente que afirma que o sujeito passivo é o prestador do serviço, em virtude da exegese constitucional e não o consumo a fruição e a utilização do serviço. No mesmo sentido já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal no RE nº 116.121/SP, DJU de 25.05.2001, p. 17-18. Contudo, tal aprofundamento não é o objetivo do presente trabalho.

Assim, é possível extrair do próprio texto constitucional, serviços que, não obstante se enquadrarem na hipótese da regra-matriz, estão excluídos da sua incidência¹⁹.

Convém lembrar que, ainda que o critério material do ISS seja representado pelo verbo prestar e pelo respectivo complemento serviço, tal conceito necessita de definição pelos aplicadores do direito. Assim, adverte-se que a utilização de conceitos sem uma prévia definição acarreta basicamente dois vícios semânticos: a vaguidade²⁰ e a ambiguidade²¹. A vaguidade é a qualidade, característica ou condição de vago, ou seja, é algo indefinido, no qual falta clareza ou precisão, incerto ou indeterminado. Assim, vago é o juízo no qual o sujeito não recebe definição ou determinação precisa, ou o termo cuja significação é indeterminada. A ambiguidade é uma propriedade que diversas unidades linguísticas têm de significar coisas diferentes, isto é, de admitir mais de uma leitura. Assim, quando se busca a definição do conceito de “prestação de serviço”, espera-se diminuir os ruídos semânticos na comunicação.

Dessa forma, não obstante não demonstrarmos o raciocínio jurídico ao qual os ilustres doutrinadores chegaram ao conceito de serviço, em virtude da brevidade do trabalho, passamos a expor a definição dos conceitos proposto pelos juristas.

Em relação ao aspecto material da hipótese de incidência do ISS, Aires F. Barreto²² afirma que “é a conduta humana (prestação de serviço) consistente em desenvolver um esforço visando a adimplir uma obrigação de fazer”.

José Eduardo Soares de Melo²³ assim se manifesta em relação a esse aspecto: “o cerne da materialidade da Hipótese de in-

19 Com efeito, encontram-se excluídos da materialidade do ISS os serviços reservados à cobrança por meio do ICMS, quais sejam os serviços de transporte intermunicipal e interestadual, além dos serviços de comunicação. Além disso, o serviço público é imune, por força constitucional (art. 150, VI, a) não integrando o conceito de serviço tributável, bem como os serviços desinteressados (ou seja, aquele desempenhado em caráter afetivo, ou por razões religiosas, ou caritativas, por impulsos de solidariedade ou altruísmo) por não possuírem o viés econômico necessário para a incidência dos impostos sobre serviços (princípio da capacidade contributiva – art. 145, I, da CF). Por fim, os serviços desempenhados sob o vínculo funcional ou trabalhista não são tributáveis pelo ISS, uma vez que a própria Constituição distingue prestação de trabalho de serviço (art. 7º, da CF).

20 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 833. v. 4.

21 Idem. *Dicionário jurídico*. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 222-223. v.1.

22 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 423.

23 MELO, José Eduardo Soares de. *ISS: aspectos teóricos e práticos*. 3. ed. São Paulo, Dialética, 2003. p. 33. *apud* DÁCOMO, Natália de Nardi. *Hipótese de incidência do ISS*. São Paulo: Noeses, 2007. p. 37.

cidência do imposto em comento não se circunscreve a ‘serviço’, mas a uma ‘prestação de serviço’, compreendendo um negócio (jurídico) pertinente a uma obrigação de ‘fazer’, de conformidade com os postulados e diretrizes do direito privado”.

Mizabel Abreu Machado Derzi²⁴, em nota atualizadora, salienta:

“[...] em linhas gerais, o fato gerador do ISS enquadra-se dentro do conceito de serviço, prestado com autonomia; na mesma linha da definição do Código Civil, que, no seu art. 1.212, assim dispõe sobre locação de serviços: ‘toda espécie de serviços ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição’. O trabalho às vezes é predominantemente imaterial (do advogado, professor; cantor; *et alii*), na maioria das vezes, porém, a prestação dos serviços se concretiza em bens materiais. O que é fundamental é que o *fazer* haverá de prevalecer sobre o *dar*.”

Roque Antonio Carrazza²⁵ ensina que “serviço de qualquer natureza, para fins de tributação por via de ISS, é a prestação, a terceiro, de uma utilidade (material ou imaterial), com conteúdo econômico, sob regime de direito privado (em caráter negocial)”.

Após a decisão histórica do Supremo Tribunal Federal em 11/10/2000 passou a compreender o conteúdo semântico da palavra serviço como obrigação de fazer, conforme o seguinte acórdão:

“TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que impõe o tributo considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços

24 BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 491.

25 CARRAZZA, Roque Antonio. *Conflito de competência: um caso concreto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984 *apud* DÁCOMO, Natália de Nardi. *Hipótese de incidência do ISS*. São Paulo: Noeses, 2007. p. 38.

com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional.”²⁶

Em conclusão, propusemos uma definição do conceito de serviço, para fins de tributação do ISS: serviço tributável é o desempenho de atividade economicamente apreciável, visando a adimplir uma obrigação de fazer, sem subordinação, produtiva de utilidade para outrem, sob regime de direito privado, com fito de remuneração, não compreendido na competência de outra esfera de governo.

2.3 Lista de serviços veiculada pela Lei Complementar nº 116/2003

Em atendimento ao art. 156, III da Constituição Federal foi editada a Lei Complementar nº 116/2003, que veio dar nova redação ao Decreto-Lei nº 408/64, ao Decreto-Lei nº 834/69, à Lei Complementar nº 56/87 e à Lei Complementar nº 100/99.

Além de dispor sobre as matérias alusivas ao art. 146 da Constituição Federal, a Lei Complementar, seguindo o exemplo do Decreto nº 406/68, traz em seu anexo a lista de serviços tributáveis pelos Municípios.

A doutrina vem discutindo se a lista de serviços veiculada pela Lei Complementar seria taxativa ou exemplificativa, existindo ainda aqueles que a entendem como sugestiva²⁷.

Para o Professor Roque Carrazza²⁸:

“A lista de serviços, segundo estamos convencidos, não é nem taxativa nem exemplificativa, mas meramente sugestiva.

26 RE 116.121-SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Rel. AC Min. Marco Aurélio, j. 11-10-2000, Tribunal Pleno, DJ 25-5-2001, p. 17, Ementário v. 02032-04, p. 669.

27 Assim entende Célio Chiesa: “Defendemos que lei infraconstitucional, ainda que seja a complementar, não pode limitar a atuação do legislador municipal, pois isso implicaria a violação ao princípio da autonomia dos Municípios. Admitir que a Lei Complementar possa apontar os serviços que poderão ser tributados por meio de ISS, é transferir para o Congresso Nacional o poder de definir, por meio de lei infraconstitucional, o campo de atuação dos Municípios no tocante a esse imposto, amesquinhando a autonomia das unidades municipais.” CHIESA, Célio. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e aspectos relevantes da Lei Complementar nº 116/2003. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O ISS e a LC 116*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 53.

28 CARRAZZA, Roque Antônio. Inconstitucionalidades dos itens 21 e 21.1, da lista de serviços anexa à LC nº 116/2003. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Imposto Sobre Serviços – ISS: na Lei Complementar nº 116/03 e na Constituição*. São Paulo: Manole, 2004. p. 360. nota de rodapé 18.

Contém sugestões que, desde que constitucionais, poderão ser levadas em conta pelo legislador municipal ao instituir, *in abstracto*, o ISS. Prestações de serviços não mencionadas na referida lista, desde que, evidentemente, tipifiquem verdadeiras prestações de serviços, poderão ser alvo de tributação municipal (se, é claro, o Município legislar nesse sentido).”

Geraldo Ataliba²⁹ assim se manifesta sobre a questão:

“[...] nem mesmo exemplificativo é o rol de serviços tributáveis pelos Municípios. Como demonstrado, se à Lei Complementar nacional o que cabe é só traçar regras sobre conflitos e regular limitações constitucionais ao poder de tributar (§ 1º do art. 18 da CF) qualquer fórmula que adote, somente podem prevalecer nos casos para os quais foram elas previstas (as normas gerais).”

Para nós, a “definição”, por meio de Lei Complementar, de serviços tributáveis pelos Municípios agride frontalmente a autonomia municipal, especialmente quando a regra está tão clara no próprio texto constitucional. Se a Lei Complementar pudessem definir os serviços tributáveis, ela seria necessária e, pois, intermediária entre a outorga constitucional e o exercício atual da competência por parte do legislador ordinário municipal. Se assim fosse, a sua ausência importaria inibição do Município, o que seria um absurdo no nosso sistema, porquanto a Constituição, no art. 30, atribui foros de princípio fundamental do sistema à autonomia municipal, fazendo-a exprimir-se especialmente em matéria de “instituir e arrecadar os tributos de sua competência”. Nesse sentido, por imposição dos princípios da igualdade dos entes federativos e da autonomia dos Municípios, a lista de serviços anexa à LC nº 116/03 deve ser exemplificativa, uma vez que a função de Lei Complementar em matéria tributária é limitada a dispor sobre conflitos de competência e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar³⁰.

29 ATALIBA, Geraldo. Imposto sobre Serviços: parecer. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 10, n. 35, p. 68-93, jan./mar. 1986. p. 88.

30 Além das justificativas eminentemente jurídicas, o dinamismo da economia enseja o nascimento de diversas espécies de prestação de serviços, que acabariam consubstanciando hipótese de não incidência por falta de previsão legal na Lei Complementar.

Assim, o Município pode tributar serviços que não constem na lista anexa à LC nº 116/03, desde que aludidos serviços encontrem-se situados dentro da materialidade outorgada pelo texto constitucional.

É importante ressaltar que tem prevalecido, contudo, na jurisprudência de nossos Tribunais, o entendimento que qualifica a lista de serviços como taxativa. A nosso ver, encontra-se equivocada o entendimento do STJ proferido no AgRg no Agravo de Instrumento nº 903.258/PR, pois leva em consideração, assim como a jurisprudência majoritária, que a lista anexa ao Decreto nº 406/68, bem como da LC nº 116/2003, é taxativa. O acórdão em questão possui ainda um ponto esdrúxulo, pois, ao mesmo tempo em que afirma que a lista é taxativa, admite, por outro lado, uma leitura extensiva de cada item da tabela. Ora, ou a tabela é ou não é taxativa. Não se pode, pois, cogitar a extensão de cada item da tabela, mas proibir a inclusão de outros itens não previstos.

Como não cabe à Lei Complementar dispor sobre a lista de serviços tributáveis, uma vez que tal interpretação fere abertamente o pacto federativo e a autonomia dos Municípios, além de não ter sido previsto pela Carta Magna, a melhor interpretação é no sentido de que a lista anexa é exemplificativa, podendo os Municípios adotá-la para mais ou para menos, desde que, sempre, dentro da competência conferida pela Constituição Federal.

3 Serviço público

Segundo a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, podemos extrair a seguinte definição do conceito de serviço público:

“Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerro-

31 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 659.

gativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Advém daí que serviço público, nos termos da Constituição, é atividade prestada no interesse social e, por isso, privativa do Estado. O fato dessa atividade poder ser delegada aos particulares – por concessão ou permissão – não significa que deixa de ser “fim” do Estado brasileiro, daí porque o Estado pode, em qualquer hora, cassar a concessão ou intervir para que os interesses públicos sejam atendidos.

Convém afirmar que não existe um serviço que por sua “natureza intrínseca” seja público. É o direito, constituidor de sua realidade, que lhe dá o caráter da publicidade³².

Em virtude do pacto federativo e da autonomia municipal, que determinam a igualdade entre as pessoas políticas de direito público – União, Estados, Municípios e Distrito Federal –, é proibida pela Carta Magna a tributação de impostos sobre serviços, patrimônio e renda uns dos outros³³.

Não se pode olvidar que o serviço público, mesmo quando exercido por pessoa diversa do Estado, é sempre informado por um regime de direito público e que se desempenha em nome do poder público, como muito bem consignado no voto do Ministro Carlos Britto, que será abordado em tópico abaixo.

No mesmo sentido, vai a lição de Aires F. Barreto³⁴, a qual transcrevemos integralmente dada a sua magnitude:

“Portanto, no âmago e na essência de toda essa problemática está o regime público. A circunstância de algumas formas operacionais desenvolvidas serem semelhantes às do direito privado ou de, na sua ação, apropriarem-se de formas e categorias de direito privado, não descaracteriza a essência pú-

32 Para Roque Antônio Carrazza, nas hostes do Direito, o que torna público um serviço não é a sua natureza, nem qualquer propriedade intrínseca que possua, mas o regime jurídico a que está submetido. Melhor dizendo, se ele for prestado por determinação constitucional ou legal, será, por sem dúvida, um serviço público, ainda que, eventualmente, não seja essencial à sobrevivência do homem. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 524.

33 Art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal.

34 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 56.

blica que não pode ser perdida de vista pelo intérprete, nem pelo aplicado. Em todos os casos o serviço continua público.

A proteção jurídico-normativa ao interesse público – que está no certo do serviço público – continua sempre a existir. O que a Constituição consente, nesta matéria, é apenas que as formas de exercício, de desempenho dos atos concretos tendentes à produção e à prestação do serviço público sejam submetidas a formas de direito privado. Tem-se vista, aí, acelerar o desenvolvimento do serviço público, tornar expedita a concretização dessas atividades; fazer versátil o funcionamento das entidades que o desempenham.

Tudo isso, entretanto, não significa que o serviço tenha deixado de ser público. Jamais será qualificável como *res in commercium* só pela circunstância de as formas, mediante as quais os desempenha, serem privadas. Serviço público é *res extra commercium* e, portanto, jamais poderá ser, ele em si mesmo, objeto de atos, situações ou negócios livremente firmados (o único objeto que autoriza a incidência de impostos).

Portanto, em rigor, só taxa pode remunerar os serviços públicos, seja qual for a forma operacional adotada pelas entidades que os desempenhem. O que se concede não é o serviço, mas sim a execução. O serviço é sempre público; o titular é sempre a pessoa pública.

Se o serviço é prestado pelo próprio Estado, cometido a concessionário seu, ou conferido a particulares, é o que menos importa. O serviço, em qualquer caso, seguirá sendo público.

[...]

Via de consequência, estamos absolutamente convencidos de que é inconstitucional o § 3º, do art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003, assim como é inconstitucional o item 21 e seu subitem 21.01, da lista anexa a essa Lei Complementar, por força dos quais se pretende tributar ‘os serviços de registros públicos, cartorários e notariais’.”

O ISSQN, como se vê, só pode incidir sobre fatos decorrentes de contratos de cunho eminentemente privado. O serviço sobre o qual pode recair o imposto é, *exclusivamente*, o regido

pelo direito privado, isto é, o serviço situado no “mundo dos negócios”, cujos timbres são a igualdade das partes contratantes e a autonomia das vontades. Isso é pacífico na doutrina, fluindo ainda da classificação jurídica dos tributos.

Assim, a previsão do art. 156, III, da CF esgota-se nas prestações de serviço consumadas no âmbito e *sob o regime privado*. Não se enquadra, portanto, dentro do critério material do ISS a prestação de serviço público.

Os tributos, como expõe de forma maestral Geraldo Ataliba, são “vinculados” ou “não vinculados”.

Assim, ou a hipótese de incidência traduz-se na descrição de uma ação ou atuação do Poder Público, ou a lei erige como regra-matriz de incidência tributária um ato qualquer não expressivo de atividade estatal.

Sintetizando a questão: se a hipótese de incidência consistir numa atuação estatal, o tributo será taxa ou contribuição (tributo vinculado); se consistir em outro fato qualquer, o tributo será não vinculado (ou imposto).³⁵

Essa classificação, além de estar amparada na Constituição Federal, encontra amparo no art. 16 do CTN.³⁶

3.1 Critério de remuneração do serviço público: taxa

O art. 145 da Constituição estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem instituir, além de impostos (inciso I) e contribuição de melhoria (inciso III), taxas (além daquelas exigíveis em razão do exercício do poder de polícia) pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (inciso II).

Assim, toda vez que se impuser tributos sobre serviços públicos, necessariamente terá ele a natureza de taxa. Novamente nos valemos da lição de Aires F. Barreto³⁷:

35 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

36 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

37 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 54.

“Esse dispositivo, ao associar a “remuneração” dos serviços públicos à taxa, não está se limitando a fazer recomendações ou sugestões ao legislador ordinário. Pelo contrário, está determinado que, se o legislador decidir remunerar a prestação de um serviço público (desde que esse serviço seja específico e divisível), necessariamente adotará, como instrumento para tanto, a espécie tributária taxa. Em outras palavras, a Constituição – até para impedir invasão de competências – não tolera qualquer liberdade do legislador ordinário para optar entre taxa e qualquer outro tributo nessa matéria. *Aí há imperativo constitucional categórico*. Se se quiser remunerar serviço público, só caberá taxa, e nenhum outro tributo. Excluída está a liberdade do legislador para a eleição de qualquer outra figura tributária (como a do imposto nessas hipóteses). Igualmente, fica-lhe vedado remunerar tais serviços por meio de preços contratuais, incompatíveis com o serviço público.”

O art. 77 do Código Tributário Nacional, ao determinar que “as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição”, simplesmente está repetindo o que está previsto na Constituição Federal, reiterando, portanto os seus preceitos.

E conclui³⁸ o citado mestre:

“Ademais disso, é interessante sublinhar que essa disposição deixa manifesta não só a plena aplicabilidade do regime de taxa aos serviços públicos, mas a impossibilidade destes serem objeto de tributação por via de ISS (ou ICMS, se fosse o caso), em face da compartimentalização que caracteriza o nosso sistema. Rígido e exaustivo que é, o nosso sistema não oferece, nesse campo, qualquer margem de opção. Nenhuma possibilidade de escolha entre alternativas simplesmente porque estas não existem.

[...]

38 BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005. p. 54-55.

Esse, e só esse, é o regime tributário aplicável, toda vez que se estiver diante de serviço público. Em outras palavras, os princípios e regras constitucionais concernentes ao exercício da tributação possibilitam a exigência de taxa – afastando peremptoriamente a incidência de imposto – quando se tratar de prestação de serviço público. Por definição, quando cabível a exigência de imposto, não haverá prestação de serviço público ou qualquer outra atuação estatal; onde houver serviço público, a única espécie tributária cabível será a taxa.”

Assim, ou se está diante de serviço público, e só pode criar taxa para remunerá-lo – afastando-se quaisquer outras espécies tributárias – ou se estará diante de outra situação na qual não há serviço público, caso em que não cabe qualquer cogitação da aplicabilidade de taxa. No Brasil é, portanto, verdadeiro afirmar que, onde houver serviço público, de nenhum modo se poderá considerar aplicável o regime de impostos³⁹.

4 Serviços de registros públicos, cartorários e notariais

A Lei Complementar nº 116/2003, por meio de sua lista de serviços anexa, autorizou os Municípios a instituírem o ISSQN sobre os “serviços de registros públicos, cartorários e notariais”.

Em conclusão ao exposto anteriormente, extrai-se a afirmativa de que a Lei Complementar, ainda que considerada taxativa,

39 Roque Antonio Carrazza com maestria explica a vinculação da Pessoa Política ao regime de taxas, quando se está diante de um serviço público: “Depois, se admitirmos que o legislador de cada pessoa política pode, a seu talante, criar uma taxa ou um preço (para remunerar serviço público prestado ou ato de polícia praticado), indiretamente estaremos aceitando que o art. 145, II, da Carta Suprema encerra simples recomendação (passível, pois de desacolhimento), [...] Se entendermos – como fazem muitos – que serviços públicos e atos de polícia podem ensejar a instituição e a cobrança de “tarifas”, estaremos implicitamente admitindo que o art. 145, II, da Lei Maior faz uma mera exortação às pessoas políticas. É como se nele estivesse estatuído: se a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal quiserem colocar-se sob a égide do sistema constitucional tributário brasileiro, remunerem-se, pelos serviços públicos prestados ou pelos atos de polícia realizados, por meio de taxas; se, porém, quiserem operar com inteira liberdade, remunerem-se por meio de “tarifas”. Com esta possibilidade de “opção” – que um segmento ponderável da doutrina assegura existir -, as pessoas políticas invariavelmente têm-se remunerado, como era de se esperar, por meio de “tarifas”. Só que esta, segundo supomos, não é a melhor interpretação para um dispositivo constitucional. É chegado o momento de revertermos este quadro, responsável por uma vasta tributação arbitrária, camuflada sob o rótulo protetor de “tarifa”, verdadeira palavra mágica que, com o abono de alguns tributaristas, tem dispensado as entidades tributantes do dever constitucional de observar o *regime jurídico tributário*”. CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional nº 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 536.

não pode autorizar que o ISSQN recaia sobre situações que não se caracterizam como serviços prestados com caráter oneroso, sob o regime de direito privado e sem vínculo empregatício.

Diante disso, resta-nos saber se a referida Lei Complementar poderia ou não ter estabelecido, como fez no item 21, que os Municípios podem tributar por meio do ISSQN as atividades dos cartórios extrajudiciais. Para tanto, é imperioso que se desvende qual é a natureza dos serviços prestados pelos cartórios.

4.1 Natureza jurídica dos serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais

A formulação de qualquer juízo de validade ou invalidade dos dispositivos legais postos em xeque deve ser precedida de um cuidadoso exame do tratamento constitucional conferido às atividades notariais e de registro.

A Constituição Federal, já no seu derradeiro título permanente, sob a denominação de “disposições gerais”, trata sobre o tema no seu art. 236 da seguinte forma: “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”⁴⁰.

Nos termos do art. 1º da Lei 8935/94, que regulamentou o art. 236 da CF, “Serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos”.

O § 1º do art. 236 dispõe que a “lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário”. No mesmo sentido, o art. 3º da Lei nº 8935/94 expõe que “Notário, ou tabelião, e oficial de

40 Mas, o que está o Texto Magno a determinar que seja transferido, delegado, aos que exercerão atividade notarial ou registral? Para Celso Antônio Bandeira de Mello: “A própria Lei Maior o diz explicitamente: as funções concernentes aos ‘serviços’ notariais, ‘serviços’ de registro. E o que são eles? São, a teor do art. 1º da lei federal 8.935, de 18.11.1994, regulamentadora do art. 236 da CF, ‘os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos’”. Por isso, se disse que melhor se denominariam ‘funções’ ou ‘ofícios’, já que se trata do desempenho de atividade jurídica e não material como ocorre com os ‘serviços públicos’. Há de se entender, ademais, que o que se transfere é o exercício de ‘serviços’ dessa natureza. Isso porque o delegante não deixa de ser o senhor deles, já que a atividade, como visto, é em si mesma, pública e, pois, irremissivelmente pertinente a tal setor.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para a criação e extinção de serviços notariais e de registros para a delegação e para o provimento desses serviços. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 47, p. 197-212, jul./dez. 1999.

registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

Walter Ceneviva⁴¹ leciona que “o serventuário do chamado foro extrajudicial é servidor público, tem mais autonomia administrativa que um chefe de repartição, do qual se distingue por não ser remunerado diretamente pelo Estado, mas pelos interessados no registro, segundo critérios que o Estado impõe, limita, sistematiza e sujeita à fiscalização, disciplina e punição”.

Maria Helena Diniz⁴² afirma que “o Cartório de Registro Imobiliário é, como pudemos apontar alhures, um órgão público integrado no Judiciário”. E continua:

“O Ofício ou cargo importa em serviço público [...] (o serventuário) é a pessoa que, como o Oficial de Registro de Imóvel, exerce uma função pública, tendo suas atribuições determinadas pelas normas especiais, por atender interesse público. O registro de imóveis, por ser obrigatório, transforma-se num serviço público, e, pelo regime jurídico do Brasil, perfaz uma função de publicidade, pois, ante a mutação jurídico-real do bem de raiz, investe a propriedade ou o direito real na pessoa de seu titular, tomando o direito oponível *erga omnes*. O registrador, em seu cargo, terá a tarefa de atribuir autenticidade, segurança e eficácia aos atos e aos documentos que leva ao assento.⁴³

Pela Lei nº 10.169/2000, que regula o § 2º do Art. 236 da CF, mediante o estabelecimento de normas gerais para a fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, (art. 1º) atribuiu-se aos Estados e ao Distrito Federal a fixação do valor dos emolumentos relativos aos atos praticados pelos respectivos serviços notariais e de registro [...] subordinando ao balizamento de vários vetores [...], bem como da modicidade que deve recorrer da natureza pública e do caráter social dos serviços notariais e de registro (art. 2º).

41 CENEVIVA, Walter. *Lei dos registros públicos comentada*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 56.

42 DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 615.

43 *Ibid.*, p. 622.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴ define a delegação como “outorga, transferência, a outrem, do exercício de atribuições que não fora por isto, caberiam ao delegante”. Discorrendo sobre o tema afirma:

“Ou seja: os ‘serviços’ notariais e os de registro (que melhor se diriam ‘funções’ ou ‘ofícios’, como em seguida se aclarará) correspondem, em si mesmos, a uma atividade estatal, pública. A circunstância de deverem, por imperativo constitucional, ser desempenhadas por terceiros, longe de destituir-lhes tal qualidade, pelo contrário, confirma-lhes dita natureza, pois: ‘Nemo transferre potest plus quam habet’. Sendo assim, a delegação dos serviços notariais e registrais confere titulação ao notário/registrator de um conjunto unitário de poderes e deveres, que deverão ser exercitados em uma circunscrição demarcada, conforme uma organização técnica e administrativa.”⁴⁵

E finaliza:

“O serviço notarial/registrar constitui-se em um plexo de atribuições e competências públicas, especificadas tanto pela natureza da função desempenhada quanto pela área territorial. De acordo com o jurista, a atividade notarial/registrar, embora não seja considerada um serviço público de ordem material (atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material), é um serviço público de ordem puramente jurídica.”⁴⁶

Hely Lopes Meirelles⁴⁷ também conceitua o serviço público com alusão aos delegatários: “serviço público é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

44 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para a criação e extinção de serviços notariais e de registros para a delegação e para o provimento desses serviços. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 47, p. 197-212, jul./dez. 1999.

45 Ibid.

46 Ibid.

47 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 332.

Em relação aos agentes delegados, como é o caso dos notários e registradores, impossível não se referir ao mestre novamente:

“Agentes delegados: são particulares – pessoas físicas ou jurídicas, que não se enquadram na acepção própria de agentes públicos – que recebem a incumbência da execução de determinada atividade, obra ou serviço público e o realizam em nome próprio, por sua conta e risco, mas segundo as normas do Estado e sob permanente fiscalização do delegante. Esses agentes não são servidores públicos, nem honoríficos, nem representantes do Estado; todavia, constituem uma categoria à parte de colaboradores do Poder Público. Nessa categoria encontram-se os concessionários e permissionários de obras e serviços públicos, os serventuários de ofícios ou cartórios não estatizados, os leiloeiros, os tradutores e intérpretes públicos, as demais pessoas que recebem delegação para a prática de alguma atividade estatal ou serviço de interesse coletivo.”⁴⁸

Pelo tudo o que se expôs, conclui-se que o exercício da atividade notarial e de registro traduz-se num serviço público, ainda que prestado privativamente por particulares. Isso é o que promana de modo inequívoco dos preceitos mencionados e que, de resto, mesmo à falta deles, ter-se-ia de depreender ante a índole e compostura das atividades em causa.

Nesse sentido, em que pese a opinião de balizados doutrinadores⁴⁹ no sentido de que a atividade notarial não se enquadraria no conceito de serviço público, mas de atividade privada com relevância pública e de função social, a jurisprudência do STF tem reiteradamente afirmado a natureza de serviço público, senão vejamos:

“A função eminentemente pública dos serviços notariais configura a natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais. RE 209.354/PR.” (RE 551.156 AgR, Relator(a): Min. Ellen

48 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80-81.

49 Gilson Carlos Sant'Anna, Maren Guimarães Taborda, Valentino Aparecido de Andrade e outros.

Gracie, Segunda Turma, julgado em 10.3.2009, DJe-064 DIVULG 2.4.2009 PUBLIC 3.4.2009).

4.2 Natureza dos emolumentos recebidos

Não há dúvidas de que os valores recolhidos aos cofres estaduais, sob a denominação de emolumentos ou custas, têm a natureza de taxa; logo é um tributo. O Supremo Tribunal Federal já pacificou exegese nesse sentido em inúmeros precedentes, dos quais citamos alguns:

“E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CUSTAS JUDICIAIS E EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS - NATUREZA TRIBUTÁRIA (TAXA) - DESTINAÇÃO PARCIAL DOS RECURSOS ORIUNDOS DA ARRECADAÇÃO DESSES VALORES A INSTITUIÇÕES PRIVADAS - INADMISSIBILIDADE - VINCULAÇÃO DESSES MESMOS RECURSOS AO CUSTEIO DE ATIVIDADES DIVERSAS DAQUELAS CUJO EXERCÍCIO JUSTIFICOU A INSTITUIÇÃO DAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS EM REFERÊNCIA - DESCARACTERIZAÇÃO DA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA TAXA - RELEVÂNCIA JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. NATUREZA JURÍDICA DAS CUSTAS JUDICIAIS E DOS EMOLUMENTOS EXTRAJUDICIAIS. - *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as custas judiciais e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos, sujeitando-se, em consequência, quer no que concerne à sua instituição e majoração, quer no que se refere à sua exigibilidade, ao regime jurídico-constitucional pertinente a essa especial modalidade de tributo vinculado, notadamente aos princípios fundamentais que proclamam, dentre outras, as garantias essenciais (a) da reserva de competência impositiva, (b) da legalidade, (c) da isonomia e (d) da anterioridade. Precedentes. Doutrina. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. - *A atividade notarial e registral, ainda que executada no âmbito de serventias extrajudiciais não oficializadas, constitui, em decorrência de sua própria natureza, função revestida de estatalidade, sujeitando-se, por isso mesmo, a um regime estrito de direito público. A possibilida-**

de constitucional de a execução dos serviços notariais e de registro ser efetivada “em caráter privado, por delegação do poder público” (CF, art. 236), não descaracteriza a natureza essencialmente estatal dessas atividades de índole administrativa. - As serventias extrajudiciais, instituídas pelo Poder Público para o desempenho de funções técnico-administrativas destinadas “a garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos jurídicos” (Lei nº 8.935/94, art. 1º), constituem órgãos públicos titularizados por agentes que se qualificam, na perspectiva das relações que mantêm com o Estado, como típicos servidores públicos. Doutrina e Jurisprudência. [...]

ADI 1378 MC/ES – ESPÍRITO SANTO MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Relator(a): Min. CELSO DE MELLO - Julgamento: 30/11/1995 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 30-05-1997 PP-23175 EMENT VOL-01871-02 PP-00225”

“Representação de inconstitucionalidade. Custas e emolumentos judiciais e extrajudiciais. Sua natureza jurídica. Decreto nº 16.685, de 26 de fevereiro de 1981, do governo do Estado de São Paulo. - não sendo as custas e os emolumentos judiciais ou extrajudiciais preços públicos, mas, sim, taxas, não podem eles ter seus valores fixados por decreto, sujeitos que estão ao princípio constitucional da legalidade (par. 29 do artigo 153 da emenda constitucional nº 1/69), garantia essa que não pode ser ladeada mediante delegação legislativa. Representação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do decreto 16.685, de 26 de fevereiro de 1981, do governo do estado de São Paulo.

Rp 1094/SP – São Paulo - Representação - Relator(a): Min. Soares Munoz Relator(a) p/ Acórdão: Min. Moreira Alves - Julgamento: 08/08/1984 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação DJ 04-09-1992 PP-14090 - EMENT Vol-01674-03 PP-00532 - RTJ Vol-00141-02 PP-00430.

Custas e emolumentos. Natureza jurídica. Necessidade de lei para sua instituição ou aumento. Esta corte já firmou o entendimento sob a vigência da emenda constitucional nº 1/69, de que as custas e os emolumentos têm a natureza de taxas, razão por que só podem ser fixadas em lei, dado o princípio

constitucional da reserva legal para a instituição ou aumento de tributo. Portanto, as normas dos artigos 702, i, 'g', e 789, parágrafo 2., da consolidação das leis do trabalho não foram recebidas pela emenda constitucional nº 1/69, o que implica dizer que estão elas revogadas. Recurso extraordinário conhecido e provido.

RE 116208/MG – Minas Gerais - Recurso Extraordinário - Relator(a): Min. Moreira Alves - Julgamento: 20/04/1990 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 08-06-1990 – EMENT Vol-01584-02 pp-00317”

No mesmo sentido: ADI 1444/PR – Paraná – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Relator(a): Min. Sydney Sanches – Julgamento: 12/02/2003 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação DJ 11-04-2003 PP-00025; e a ADI 3694/AP – Amapá – Ação Direta De Inconstitucionalidade – Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence - Julgamento: 20/09/2006 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno – Publicação: DJ 06-11-2006 pp-00030 – RDDT n. 136, 2007, p. 221.

5 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3089: mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, mudança no paradigma

Como dito alhures, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 3089 foi impetrada pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil (Anoreg/BR) contra a incidência do ISSQN sobre os serviços notariais e de registro. Discutiu-se na ADIn a inconstitucionalidade do item 21 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, tendo como tese principal a imunidade recíproca que abrangeria os serviços notariais e de registro, visto tratar-se de serviços públicos de competência dos Estados, além da violação aos artigos 145, inciso II; art. 150, inciso VI, a; 150, §§ 2º e 3º, e art. 236 da Constituição Federal.

O feito teve como relator o ilustre Ministro Carlos Ayres Brito, que votou pela inconstitucionalidade da cobrança, já que os serviços notariais e de registro seriam imunes a esse tipo de tributação por caracterizar atividade genuinamente estatal que não

se presta como fato gerador do imposto municipal, adotando a tese até então referendada por quase todo o Judiciário Nacional.

O Ministro Relator baseou o seu voto nas seguintes premissas:

“Serviços notariais e de registro são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. Categorizam-se como função pública, a exemplo das funções de legislação, justiça, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos que, nem por ser de exclusivo senhorio estatal, passam a se confundir com serviço público. Quero dizer: cometimentos que se traduzem em atividades jurídicas do Estado, sem adentrar as fronteiras da prestação material em que os serviços públicos consistem.

Em outras palavras, assim como o inquérito policial não é processo judicial nem processo administrativo investigatório, mas inquérito policial mesmo (logo, um *tertium genus*); assim como o Distrito Federal não é um Estado nem um Município, mas tão-somente o próprio Distrito Federal; assim como os serviços forenses não são mais uma entre tantas outras modalidades de serviço público, mas apenas serviços forenses em sua peculiar ontologia, ou autonomia entitativa, *também assim os serviços notariais e de registro são serviços notariais e de registro, simplesmente, e não qualquer outra atividade estatal.* Sendo assim, não se prestam como “fato gerador” de nenhum imposto, porquanto protegidos pela regra geral da imunidade que se lê na alínea *a* do inciso VI do artigo constitucional de nº 150, *in verbis*:

[...]

Bem vistas as coisas, porém, nem por isso a regra geral da imunidade recíproca seria de se afastar. É que também faz parte da jurisprudência da Casa o firme entendimento de que, sobre não pressupor o desempenho de atividade econômica, as custas dos serviços forenses e os emolumentos das atividades notariais e de registro têm caráter tributário. São verdadeiras taxas (e não tarifas ou preços públicos), remuneratórias de atividade estatal do tipo “vinculador, atinente ao contribuinte; ou seja, taxas que têm por fato gerador uma individualizada atuação estatal de préstimo ao sujeito tributa-

do. E isto já significa excluir a incidência do ISSQN, dado que a natureza desse tributo só pode ter por fato gerador uma situação desvinculada de qualquer atividade estatal voltada para o contribuinte. Salvo se a própria Constituição admitisse o contrário, explicitamente, como de fato admitiu, ressalta-se, quanto às operações relativas a energia elétrica e serviços de telecomunicações (passíveis de se tornar fatos geradores do ICMS, a teor do § 32 do art. 155).” (grifos no original).

A divergência na ação foi inaugurada com a antecipação do voto do Ministro Sepúlveda Pertence que, não obstante o notório brilhantismo jurídico, limitou-se a afirmar: “Creio que é atividade estatal delegada, tal como exploração de serviços públicos essenciais, mas enquanto atividade privada, a meu ver, é um serviço sobre o qual nada impede a incidência do imposto sobre serviços”.

Após a divergência inaugurada, pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa, que proferiu o seu voto-vista com base na premissa de que os serviços notariais e de registro, por serem atividade remunerada, isto é, explorada com intuito lucrativo por seus delegados, atrairia a incidência do art. 150, § 3º da CF, afastando, por conseguinte, a imunidade recíproca, que opera como mecanismo de ponderação e calibração do pacto federativo. Assim concluiu:

“Assim, a imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados.

[...]

Entendo que a circunstância objetiva de o serviço tributado ter índole pública não justifica que a imunidade tributária tenha como efeito colateral a concessão de vantagem que não se coadune com os objetivos salvaguardados pela medida.

Assim entendo, em primeiro lugar, porque a tributação de serviço de índole pública, mas explorado economicamente por particular não implica risco algum ao equilíbrio entre os entes federados e, em segundo, porque os agentes notariais

demonstram capacidade contributiva objetiva, por se dedicarem com inequívoco intuito lucrativo à atividade.

Com efeito, a tributação em exame onera riqueza destinada à incorporação ao patrimônio de particulares, e não a renda ou o patrimônio dos entes federados.

[...]

Em todos os casos, a presença de um agente com propósito de lucro, que deverá suportar inicialmente o ônus da tributação, afasta o risco ao equilíbrio entre os entes federados e confirma, objetivamente, que o tributo será suportado por quem demonstre capacidade contributiva.

A circunstância de o valor das taxas, e, conseqüentemente, do valor destinado ao notário como contraprestação pelo serviço, sujeitarem-se à definição pelo Poder Público não impressiona, já que os serviços concedidos, e normalmente tributados, também podem se submeter ao mesmo tipo de restrição.”

Após estabelecer a premissa de que o serviço notarial e de registro não está sujeito à imunidade recíproca por não afetar o pacto federativo e por ser efetuado por pessoas privadas, com o objetivo de lucro e cuja atividade está sujeita à capacidade contributiva objetiva, o Ministro conclui sobre a natureza da remuneração prestada aos delegatários:

“Como bem observou o eminente Ministro Carlos Britto, a jurisprudência predominante da Corte reconhece a índole estatal dos serviços, bem como que tal materialidade constitui hipótese de incidência típica de *taxa*.

Contudo, como busquei expor, não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não tributação das atividades delegadas. A tributação de ambos os tipos de atividade se justifica mediante o exame da capacidade contributiva tanto da atividade quanto dos agentes que a exploram com viés econômico. A Constituição comete expressamente aos municípios e ao Distrito Federal competência para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, ainda que públicos, quando desempenhados por particulares mediante remuneração.”

Assim, não obstante reconhecer que a natureza jurídica da remuneração dos serviços notariais e de registro é de taxa, o fato de ser desempenhado por particulares, com viés econômico revelaria a capacidade contributiva dos seus agentes, fazendo, portanto, incidir o imposto sobre serviços de qualquer natureza.

No seu voto de confirmação, o Ministro Carlos Britto voltou a ressaltar que o entendimento doutrinário e do STF era de que os emolumentos têm natureza jurídica de taxa, não podendo, portanto, serem base de cálculo de imposto.

Na discussão, o relator ainda voltou a chamar a atenção do Ministro Joaquim Barbosa pelo fato de que o seu voto apenas se baseava no art. 150, § 3º da Carta Magna e na imunidade recíproca, sem levar em consideração o entendimento do Supremo quanto à natureza jurídica dos emolumentos. E lembrou que caso a ação fosse julgada improcedente, ou seja, que sobre as atividades notariais e de registro podem incidir o ISS, estar-se-ia sobre a mesma atividade, a mesma base de cálculo, fazendo incidir um imposto e uma taxa, o que é vedado pelo art. 145, § 2º da Carta Magna⁵⁰.

Com a divergência inaugurada pelo Ministro Sepúlveda Perence e voto vista do Ministro Joaquim Barbosa, endossaram a corrente a Ministra Carmem Lúcia, os Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cesar Peluzo, Gilmar Mendes e Marco Aurélio para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

Importante salientar que os Ministros Eros Grau e Gilmar Mendes entenderam não se tratar de serviço público propriamente dito, daí não estar coberto pela regra da imunidade. Já o Ministro Marco Aurélio afirmou não existir vedação constitucional à cobrança do imposto à atividade notarial e de registro⁵¹.

Já o Ministro Carlos Britto voltou a afirmar que a atividade notarial e de registro não é serviço público – daí não se aplicar o

50 Art. 145, § 2º - "As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos."

51 Assim manifestou o Ministro Marco Aurélio na citada ADIn: "O fato de o serviço ser remunerado mediante emolumentos, mediante taxa, não exclui a incidência do ISS. Conclusão diversa implicaria desconhecer a incidência deste, afastadas as exceções contempladas na Constituição Federal, relativamente a serviços explorados economicamente, tomado este vocábulo de forma linear."

§ 3º do art. 150, da CF –, mas uma atividade estatal, cuja regra geral é a da imunidade do imposto.

Diante da análise dos votos proferidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, diverge-se da conclusão da maioria dos Ministros no sentido de que é possível a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza sobre a atividade notarial e de registro.

Não obstante a divergência no tocante à conclusão, coaduna-se com o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa no tocante ao fato de que não se aplica a imunidade recíproca⁵² aos delegatários de serviço público, reforçando que a imunidade recíproca serve para beneficiar o pacto federativo e não a particulares, bem como o fato de exercerem a atividade com a finalidade de obtenção de lucro, que é patente, resta ínsita a capacidade contributiva dos contribuintes. Além disso, não se está um ente público tributando outro ente público.

Contudo, o Ministro Joaquim Barbosa e os demais que o acompanharam simplesmente ignoraram a premissa que foi por diversas vezes lembrada pelo Ministro Carlos Britto: ora, se o entendimento do STF é no sentido de que a natureza jurídica dos emolumentos é de taxa (relembrando que nenhum dos Ministros opinou de forma diversa, modificando os inúmeros precedentes anteriores), não podem os emolumentos servir de base de cálculo de imposto, dada a vedação constitucional do art. 145, § 2º.

Assim, os Ministros que divergiram do relator não mudaram o paradigma do STF – de que os emolumentos possuem natureza jurídica de taxa –, contudo, modificaram o entendimento de que sobre tais serviços incide o imposto sobre serviços.

Data máxima vênia, não poderia o Supremo modificar o seu entendimento, sem modificar o seu paradigma, sob pena de mácula aos preceitos constitucionais acima aludidos e ausência de coerência interna no raciocínio.

Não basta simplesmente afirmar, como fez o Ministro Marco Aurélio que “o fato de o serviço ser remunerado mediante emolumentos, mediante taxa, não exclui a incidência do ISS”,

52 Dada a brevidade do trabalho, infelizmente, não se pode aprofundar no estudo da imunidade recíproca dos entes federados.

pois o art. 145, § 2º, da Lei Maior exclui, sim, essa possibilidade, não havendo qualquer exceção prevista na Constituição Federal.

Para que seja possível a cobrança do imposto sobre serviços das atividades notariais e de registro, a única alternativa é a mudança no paradigma do Supremo Tribunal Federal no sentido de que os emolumentos possuem natureza jurídica de taxa. Enquanto não houver essa evolução, resta difícil a conciliação da incidência da taxa e do imposto sobre a mesma base de cálculo.

Como dito acima, o que qualifica um serviço como público é a lei. Dessa forma, se houver uma mudança na lei (em sentido amplo), de que as atividades notariais e de registros não mais são afetas ao regime jurídico de direito público, estando, portanto, sujeitas à remuneração por meio de preço, nada obstará a incidência do imposto sobre serviços.

Insta lembrar que a Constituição Federal, no seu art. 236, § 3º, fala que a Lei Federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro, não se referindo à sua natureza de taxa.

Dessa forma, a conclusão de que os emolumentos são taxas não se encontra na Constituição Federal, mas é oriunda de interpretação doutrinária e do Supremo Tribunal Federal, que assim julgou por diversas vezes, como acima mostrado.

Contudo, enquanto houver a definição do serviço notarial e de registro como serviço público, sujeito à remuneração por meio de taxa, resta inconciliável a possibilidade de que a mesma base de cálculo sirva para a cobrança de taxa e de imposto.

6 Conclusão

Se por um lado a Constituição outorga à Lei Complementar a tarefa de definir os serviços, isso não quer significar, por outro lado, que a Constituição tenha dado ao legislador complementar liberdade de ampliar o conceito de serviço pressuposto constitucionalmente.

Isso significa que o sistema não tolera ordem jurídica infraconstitucional incompatível com a Constituição. Lei alguma valerá, portanto, se infringente, formal ou substancialmente, dos

imperativos ou dos nortes constitucionais. E essa exigência é absolutamente impostergável, especialmente em matéria de discriminação de competências tributárias.

As considerações precedentes permitem reafirmar o conceito de serviço. Analisando sistematicamente a Constituição, verifica-se que ela traça os contornos, dá os limites, define os marcos para se extrair o conceito de serviço previsto no art. 156, III, da CF – ainda que não o tenha feito expressamente. A partir da visão orgânica da Carta Maior, pode-se alcançar o conceito de serviço tributável pelo Município.

Em contrapartida, confirma-se que, se há serviço público – no Brasil, hoje, diante do art. 145, II da Constituição Federal –, tal serviço apenas pode ser tributado por meio de taxa. E, se (impropriamente) por vezes o submetem ao regime das tarifas, é absolutamente certo que nunca poderá se permitir a incidência de impostos.

Por sua vez, a Constituição Federal, no art. 236, não engendrou qualquer novidade na configuração da relação estatal entre notários e registradores. Unicamente declarou-a expressa. Segue-se que não há como ou porque extrair dele, ou da lei que o regulamentou, pretensas mudanças de sistemática e imaginárias transformações radicais em relação ao sistema precedente.

Dessa forma, por ser o serviço de registros públicos de notas, protestos de títulos, registro de distribuição, registro de imóveis, registro de títulos e documentos, registro civil das pessoas jurídicas e registro civil das pessoas naturais qualificados juridicamente como serviços públicos e sujeitos, portanto, à incidência da taxa, não cabe a tributação do imposto sobre serviços sobre a referida atividade.

A decisão do Supremo Tribunal Federal proferida nos autos da ADIn nº 3.098 representa uma mudança no entendimento do Pretório Excelso, na medida em que autorizou a incidência de imposto sobre serviços numa atividade remunerada mediante taxa. Por outro lado, não houve a ruptura do paradigma de que a atividade notarial e registral, por ser considerada serviço público, é remunerada mediante taxa, o que leva a uma conclusão inconstitucional de que sobre a mesma base de cálculo incidir-se-á imposto e taxa.

Ainda que existente a notória capacidade contributiva dos titulares de cartórios, não basta a força exponencial do princípio da capacidade contributiva para fazer incidir sobre os fatos a norma constitucional que autoriza a exação pelo imposto sobre serviços, é necessário a subsunção dos fatos à norma em toda a sua inteireza⁵³.

Dessa forma, concluiu-se que o serviço público está excluído da regra-matriz de incidência tributária do imposto sobre serviços de qualquer natureza, motivo pelo qual a atividade notarial e registral, serviço público que é, não pode ser objeto da incidência do referido imposto de competência dos Municípios e Distrito Federal.

Acrescenta-se, finalmente, que a Lei Complementar nº 116/2003, a pretexto de veicular a lista de serviços tributáveis por meio do ISS, não tem o condão de alterar a natureza jurídica de “taxa” dos emolumentos remuneratórios dos atos praticados pelos serviços notariais e de registros.

7 Referências

AMARAL, Gustavo da Silva. ISS: materialidade de sua incidência. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. O ISS sobre serviço notarial. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, n. 143, p. 93-105, ago. 2007.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

53 Inestimável a lição do Professor Paulo de Barros Carvalho: “Seja qual for a natureza do preceito jurídico, sua atuação dinâmica é a mesma: opera-se a concreção do fato previsto na hipótese, propalando-se os efeitos jurídicos prescritos na consequência. Mas esse quadramento do fato à hipótese normativa tem de ser completo, para que se dê, verdadeiramente, a subsunção. [...] Para que seja tido como *fato jurídico tributário*, a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata. Que apenas um não seja reconhecido, e a dinâmica que descrevemos ficará inteiramente comprometida.” CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 260-261.

_____. Imposto sobre Serviços: parecer. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo: Malheiros, v. 10, n. 35, p. 68-93, jan./mar. 1986.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARRETO, Aires F. *ISS na Constituição e na lei*. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2005.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. rev. ampl. e atual. até a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. Inconstitucionalidades dos itens 21 e 21.1, da lista de serviços anexa à LC n. 116/2003. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Imposto Sobre Serviços – ISS: na Lei Complementar n. 116/03 e na Constituição*. São Paulo: Manole, 2004.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito tributário, linguagem e método*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.

CHIESA, Célio. Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza e aspectos relevantes da Lei Complementar nº 116/2003. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O ISS e a LC 116*. São Paulo: Dialética, 2003.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

COSTA, Simone Rodrigues Duarte. *ISS: a LC 116/03 e a incidência na importação*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DÁCOMO, Natália de Nardi. *Hipótese de incidência do ISS*. São Paulo: Noeses, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Sistemas de registros de imóveis*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Dicionário jurídico*. 2. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva. v. 1.

_____. _____. 2. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva. v. 4.

HOFFMANN, Susy Gomes. O Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MANGIERI, Francisco Ramos; MELO, Omar Augusto Leite. *ISS sobre cartórios*. Bauru, SP: Edipro, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A competência para a criação e extinção de serviços notariais e de registros para a delegação e para o provimento desses serviços. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 22, n. 47, p. 197-212, jul./dez. 1999.

_____. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 10.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

SANT'ANNA, Gilson Carlos. O atual regime jurídico dos serviços notariais e de registro. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 67, jul./dez. 2009.

_____. Fatos históricos e jurídicos determinantes da configuração contemporânea dos serviços notariais. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, n. 65, jul./dez. 2008.

SILVA, Jefferson Laborda da. A inconstitucionalidade da cobrança de ISS pelos municípios sobre serviços prestados pelos cartórios extrajudiciais. *Revista Tributária*, v. 68, p. 37, maio/jun. 2006.

TABORDA, Maren Guimarães. A justiça fiscal e a exação sobre os serviços notariais e registrais. *Revista Tributária*, v. 79, p. 217, mar./abr. 2008.

1.9

PREQUESTIONAMENTO E CAUSA DECIDIDA: DESFAZENDO MITOS

BERNARDO CÂMARA*

SUMÁRIO: 1 Introito. 2 Os recursos extremos e seu *status* diferenciado, inclusive quanto ao juízo de admissibilidade. 3 *Causa decidida*: conceito e especificidades. 4 Prequestionamento (o mito a ser desconstituído). 4.1 Evolução histórica e abrangência. 4.2 Conceito de *prequestionamento* e sua distinção em relação à *causa decidida*. 4.3 *Causa decidida* expressa, implícita e ficta. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introito

Há na comunidade jurídico-científica um mito sobre o que é *prequestionamento*. Aliado a esse mito há também uma errônea interpretação sobre o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extremos denominado *causa decidida*.

Neste estudo pretende-se exatamente *desmistificar o mito* e melhor conceituar *causa decidida*.

O termo “mito” pode ser definido como “crença não justificada, comumente aceita e que, no entanto, pode e deve ser questionada”¹.

Suscitando o problema da indeterminação do conceito de *prequestionamento*, Cassio Scarpinella Bueno², em artigo nomeado “*Quem tem medo do prequestionamento?*” critica os diferentes conceitos atribuídos à expressão “prequestionamento” e clama por seu esclarecimento, uma vez que a “omissão quanto a este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Di-

* Advogado. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Especialista em Direito de Empresa-UGF/RJ. Ex-assessor técnico e professor da Escola Superior de Advocacia. Professor universitário de graduação (Newton Paiva) e pós-graduação (IEC - PUC-Minas). Ex-membro do Órgão Especial da OAB/MG. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Sócio do Escritório Freire, Câmara & Ribeiro de Oliveira Advogados.

1 JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico da filosofia*. 2008. p. 189.

2 BUENO, Cassio Scarpinella. Quem tem medo do Prequestionamento? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002.

reito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário”.

O que significa *prequestionamento*, expressão utilizada pela jurisprudência para impedir o conhecimento de recursos extremos (especial e extraordinário) quando verificada a sua ausência³? Por que o referido instituto jurídico é considerado para inadmissão dos recursos extremos, uma vez que não possui previsão no texto legal ou constitucional? Qual a diferença entre *prequestionamento* e *causa decidida*? São as respostas a essas perguntas que motivam o presente estudo – ainda mais quando nem os teóricos (conforme será demonstrado neste artigo) e, o que é pior, nem os Tribunais⁴ possuem entendimento crítico sobre o significado de *prequestionamento*.

Na verdade, não há a alegada divergência entre os Tribunais Superiores, o que há é uma apresentação equivocada dos institutos e da terminologia que se utiliza⁵. Portanto, conceitos precisam ser esclarecidos (em outras palavras: mitos precisam ser derrubados). É o que se pretende fazer neste estudo.

3 Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Súmula 356 do STF: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram apostos embargos de declaração, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do *prequestionamento*”.

Súmula 211 do STJ: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

4 O Superior Tribunal de Justiça, em certa feita, proferiu o seguinte julgamento: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREQUESTIONAMENTO. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para a identificação do *prequestionamento* no recurso extraordinário (STF - Súmula 356) e no recurso especial (STJ - Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.631-1, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence (DJU, 19.12.97, p. 48). Embargos de declaração rejeitados” (STJ. Embs. Dec. em Resp. n. 158.140/DF, REI. Min. ARI PARGENDLER, DJU 23/11/98, p. 166).

O informativo do STJ de n. 400, de 22 a 29 de junho de 2009, apresentou interessante precedente do Tribunal Superior, no qual se afirmou que: “Não se desconhece o fato de que o STF, ao julgar RE, prestigiou o enunciado n. 356 de sua súmula, ao considerar *prequestionada* matéria constitucional pela simples interposição de EDcl (*prequestionamento ficto*). Sucede que, como consabido, o STJ possui entendimento diverso, pois tem como satisfeito o *prequestionamento* quando o tribunal a quo emite juízo de valor a respeito da tese defendida no especial. Assim, aqui é imprescindível a demonstração de que aquele tribunal apreciou a tese à luz da legislação federal enumerada no especial, quanto mais se opostos embargos de declaração. Daí que, se o tribunal a quo rejeita os embargos sem apreciar a tese, o respectivo especial deve necessariamente indicar como violado o art. 535 do CPC, com a especificação objetiva do que é omissivo, contraditório ou obscuro sob pena de aplicação da Súm. n. 211-STJ. Com a reiteração desse entendimento, a Turma não conheceu do REsp, apesar de o advogado, da tribuna, trazer a alegação de que, no caso, há matéria de ordem pública (a inexistência de citação) não sujeita à preclusão, de acordo com recente precedente da Corte Especial. Anote-se que o Min. Mauro Campbell Marques acompanhou a Turma com a ressalva de seu entendimento. Precedentes citados do STF: RE 219.934-SP, DJ 16/2/2001; do STJ: EREsp 978.782- RS, DJe 15/6/2009; REsp 1.095.793-SP, DJe 9/2/2009, e REsp 866.482-RJ, DJ 2/9/2008. (REsp 866.299-SC, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 23/6/2009 –Informativo n. 395 do STJ).”

5 Nesse particular, a redação do art. 979 do Projeto do Novo CPC (“Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de *prequestionamento*, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”), não corrige e ou elucida o tecnicismo do referido instituto jurídico.

2 Os recursos extremos e seu *status* diferenciado, inclusive quanto ao *juízo de admissibilidade*

Em todo recurso, antes de se adentrar no mérito, deve-se examinar a existência dos requisitos necessários para o seu conhecimento. Trata-se de etapa obrigatória e anterior ao conhecimento do mérito dos recursos⁶ e que se infere no plano de validade do ato jurídico⁷.

Esse *Juízo de Admissibilidade*, que não se confunde com o *Juízo de Mérito* (julgamento daquilo que se pede para re-exame pelo órgão de hierarquia superior, cujo conteúdo será definido conforme a pretensão recursal⁸), nada mais é do que o exame prévio de um conjunto de condições e requisitos específicos, que deverão ser verificados pelo órgão judiciário que processará o recurso, visando seu julgamento de mérito⁹. É o exercício da atividade jurisdicional em que o Juiz ou Tribunal, em decisão singular ou colegiada, verifica a presença das condições para o exame da pretensão recursal quando se decidirá se o recorrente tem ou não tem razão¹⁰.

No âmbito dos recursos extremos ou excepcionais¹¹ (recurso especial e extraordinário), além dos requisitos de admissibilidade comuns¹² existentes em qualquer recurso de instância

6 NUNES, Dierle José Coelho. *Alguns elementos do sistema recursal*: da sua importância na alta modernidade brasileira, do juízo de admissibilidade e de seus requisitos. 2007. p. 95.

7 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil*: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 2009. p. 41.

8 ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. 2006. p. 123.

9 ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 2011. p. 120.

10 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 2008. p. 69.

11 Segundo HUMBERTO THEODORO JR “além da dualidade de instâncias ordinárias, entre os juízes de primeiro grau e os Tribunais de segundo grau, existe, também, no sistema processual brasileiro, a possibilidade de recursos extremos ou excepcionais, para dois órgãos superiores que formam a cúpula do Poder Judiciário nacional, ou seja, para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. O primeiro deles se encarrega da matéria constitucional e o segundo, dos temas infraconstitucionais de direito federal. Cabe-lhes, porém, em princípio, o exame não dos fatos controvertidos, nem tampouco das provas existentes no processo, nem mesmo da justiça ou injustiça do julgado recorrido, mas apenas e tão-somente a revisão das teses jurídicas federais envolvidas no julgamento impugnado”. *Curso de direito processual civil*. 2010. p. 646.

12 FLÁVIO CHEIN JORGE identifica como requisitos de admissibilidade indicados pelo Código de Processo Civil o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse em recorrer, a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo. Segundo o doutrinador a distinção é apresentada tanto por Seabra Fagundes que os divide em subjetivos e objetivos e por Barbosa Moreira que os separa em intrínsecos e extrínsecos (*Teoria geral dos recursos cíveis*. 2009. p. 98-99).

ordinária¹³, há requisitos mais rigorosos que surgem exatamente em razão da natureza especial deles¹⁴.

Esses meios especiais de impugnação (Recurso Especial e Recurso Extraordinário) não se destinam à correção de injustiças da decisão recorrida¹⁵. Não se discute, nesses recursos, o mérito da decisão impugnada de forma propriamente dita, mas sim a controvérsia a respeito da aplicação ou da interpretação da Lei Federal ou de dispositivo da Constituição Federal¹⁶.

Os recursos extremos têm objetivos maiores: no caso do Recurso Extraordinário, manter a prevalência da Constituição, a unidade e a harmonia do sistema jurídico; e, no caso do Recurso Especial, garantir a integridade da norma positiva e a uniformidade de interpretação do direito federal entre os tribunais¹⁷. Trata-se de uma natureza excepcional diante da primazia do interesse público em detrimento do interesse direto das partes¹⁸.

Toda matéria relativa à admissibilidade, ao mérito e ao provimento dos recursos extraordinário e especial encontra-se delimitada pela Constituição da República, enquanto o procedimento é regulado por leis específicas.

Ao lado da Lei 8.038/90, que estabelece normas procedimentais, também são aplicáveis o Código de Processo Civil os Regimentos Internos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Há, ainda, várias questões sumuladas que orientam a formação e processamento desses recursos excepcionais.

13 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO ensina sobre a separação dos recursos em dois grandes grupos. "alguns recursos têm forma menos rígida; são dirigidos a Tribunais locais ou regionais; não apresentam exigências específicas quanto à sua admissibilidade; comportam discussão de matéria de fato e de direito; e a mera sucumbência (= o fato objetivo da derrota) basta para deflagrar o *interesse* na sua interposição. A esses podemos chamar 'comuns', 'normais' ou 'ordinários', conforme a terminologia que se preferida. Naturalmente, os *outros* recursos que, ao contrário desses, apresentam uma rigidez formal de procedibilidade; são restritos às *quaestiones juris*; dirigem-se aos Tribunais de cúpula judiciária; não são vocacionados à correção da mera 'injustiça' da decisão; e apresentam, como diz Frederico Marques, a particularidade de exigirem 'a sucumbência e um *plus* que a lei processual determina e específica', esses ficam bem sob a rubrica de 'especiais', 'excepcionais' ou 'extraordinários'." *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2007. p. 125.

14 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2007. p. 125.

15 *Ibid.*, p. 127.

16 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2006. p. 569.

17 THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 2010. p. 646.

18 ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 463.

Fato é que os recursos extraordinário e especial são extremos que não se situam simplesmente na linha do duplo grau de jurisdição, apresentando contornos e finalidades específicos estipulados pela Constituição Federal.

A natureza excepcional desses meios de impugnação advém de suas próprias especificidades que exigem, além dos pressupostos gerais de admissibilidade inerentes a qualquer recurso, o preenchimento de requisitos específicos de admissibilidade, que, por apresentarem características comuns, os aproxima e os coloca na mesma categoria.

São pressupostos específicos de admissibilidade comuns a essas duas espécies recursais:

- a irrecorribilidade das decisões nas instâncias ordinárias (esgotamento prévio das instâncias ordinárias): os recursos extremos só poderão ser utilizados quando não mais for possível a utilização de qualquer recurso de instância ordinária. Por exemplo, decidida uma apelação em decisão singular, antes de se fazer o recurso especial e/ou o recurso extraordinário, deve a parte prejudicada, obrigatoriamente, provocar a decisão colegiada através de recurso interno¹⁹. Enfim, deve o recorrente buscar

19 A obrigatoriedade de esgotamento das instâncias ordinárias também é exigida mesmo em casos de já se ter uma decisão colegiada. Há casos em que, mesmo já se tendo uma decisão colegiada sobre a questão de direito que se quer ver discutida no recurso especial, e sendo cabível embargos infringentes, a necessidade de interposição de tal recurso será medida que se impõe.

A referida questão já foi sumulada no Superior Tribunal de Justiça:

"Súmula 207 – É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem."

Vejam-se os julgados do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sobre este assunto:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CABIMENTO. ART. 530 DO CPC. ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA. SÚMULA 207/STJ. RECURSO ACOLHIDO COM EFEITO MODIFICATIVO. 1. Tendo o Tribunal de origem reformado, por maioria, a sentença de mérito em sede de apelação, são cabíveis embargos infringentes (art. 530 do CPC), como condição para o esgotamento de instância, pressuposto de admissibilidade do recurso especial. Incidência da Súmula 207 do STJ. 2. "A atribuição de efeitos modificativos aos embargos de declaração, a despeito de sua excepcionalidade, é medida perfeitamente cabível nas situações em que, sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração do julgado surja como consequência natural da correção ali efetuada." (AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1156920/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, unânime, DJe 21/09/2010) 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para negar provimento ao agravo de instrumento." (STJ. EDcl no AgRg no Ag 946.847-RJ. Quarta Turma. Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI. DJe 06/10/11).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRÉVIO ESGOTAMENTO DAS VIAS ORDINÁRIAS. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 207 DO STJ. Compete ao recorrente esgotar a instância ordinária, opondo os embargos infringentes, quando o acórdão não unânime houver reformado, em apelação, a sentença de mérito. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ. AgRg no Ag 659.944/SP, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 02.05.2006, DJ 01.08.2006 p. 562)"

"AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE. VIAS RECURSAIS ORDINÁRIAS NÃO EXAURIDAS. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO Nº 207 DA SÚMULA DO STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem (Súmula do STJ, Enunciado nº 207). 2. Agravo regimental improvido" (STJ. AgRg no Ag 520.534/RN, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, SEXTA TURMA, julgado em 09.12.2005, DJ 06.02.2006 p. 370).

a formação de uma decisão colegiada, que não pode mais ser atacada por recurso de instância ordinária;

- a circunscrição à matéria de Direito: por sua função específica, não podem os Tribunais Superiores, no julgamento dos recursos Extraordinário e Especial, buscar a revisão da questão fática para avaliar a interpretação que foi dada ao direito com base na prova dos autos. As instâncias ordinárias são soberanas quanto ao exame fático e, uma vez definido esse contorno, a interpretação do Direito deve ser apenas uma. Não há dúvidas de que, para diferentes fatos, diferentes interpretações do Direito podem ser feitas. Mas, para um mesmo fato, uma única interpretação deve ser realizada. É essa a razão pela qual não é dado aos Tribunais Superiores rever a interpretação do Direito se, para tanto, for necessário re-examinar o fato.

Os recursos extremos não podem ser transformados em uma nova apelação. Não se pode transformar a via excepcional dos recursos excepcionais em mera instância revisora da matéria fática, o que é inadmissível.

A questão já está sumulada e não admite interpretação diferente: “*Súmula 07 do STJ - A pretensão de simples re-exame de prova não enseja recurso especial*”.

- a necessidade de formação da denominada “causa decidida” (através do prequestionamento).

Em razão da limitação deste estudo, restringiremos a discussão apenas à necessidade de formação da denominada “causa decidida” (através do *prequestionamento*). É o que se passa a expor.

3 Causa decidida: conceito e especificidades

Sobre a existência da *causa decidida*, faz-se necessário trazer considerações sobre seu conceito e abrangência.

A Constituição Federal, em seus arts. 102, III, e 105, III, dá ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, a competência para julgar, através do recurso extraordinário e especial, “*as causas decididas em última ou única instância*”.

O vocábulo *causa decidida*, na prática forense, normalmente é associado ao julgamento final de uma determinada demanda, com ou sem a resolução do seu mérito. Todavia, em relação aos recursos excepcionais, a expressão ganha contorno técnico distinto e precisa ser mais bem entendida.

O vocábulo *causa decidida* mencionado no texto da Constituição, no inciso III, seja do art. 102, seja do art. 105, refere-se ao pronunciamento externado pelo Poder Judiciário, por julgamento de seu órgão jurisdicional final das instâncias ordinárias, examinando a questão de direito – constitucional ou federal infraconstitucional – a que ainda se quer ver examinada na estreita via dos recursos extremos.

É a prévia decisão nos autos acerca da matéria que se pretende discutir por meio dos recursos extremos²⁰.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno²¹:

“O que não se decidiu não pode ser objeto de recurso justamente pela mitigação (ou restrição) do efeito devolutivo dos recursos extraordinário e especial, limitados pela cláusula constitucional da causa decidida.”

José Miguel Garcia Medina²² elucida a questão:

“Sob esse prisma, a necessidade de presença da questão federal ou constitucional sempre existiu, independentemente da presença do termo ‘questionar’ ou ‘ter-se questionado’ nas Constituições brasileiras. Por outro lado – e nisso estavam com razão os doutrinadores de 1946 –, o questionamento anterior, decorrente da atividade das partes, não é imprescindível para o cabimento do recurso especial ou extraordinário – o que é importante e indispensável é a manifestação da decisão recorrida a respeito da questão federal ou constitucional. O questionamento anterior (prequestionamento realizado pela parte) é importante, inafastável em certos casos, para se delimitar a matéria a ser devolvida ao Tribunal recorrido, como se viu”.

20 DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 2010. p. 749.

21 BUENO, Cassio Scarpinella. *Quem tem medo do prequestionamento? Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002.

22 MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. 2009. p. 128

A expressão *causa decidida* também não deve ser confundida com outro requisito de admissibilidade dos recursos extremos identificado como o *esgotamento prévio das instâncias ordinárias*²³. Não é a inexistência de cabimento de um recurso de instância ordinária que significa formação de *causa decidida*, mas, sim, o exame da questão jurídica federal ou constitucional pelas instâncias ordinárias²⁴.

Ainda que o sentido do vocábulo *causa* seja questão que suscita dúvidas na doutrina e na jurisprudência, a palavra *causa* deve ser entendida em sentido amplo quando se trata dos recursos excepcionais²⁵.

A interpretação abrangente justifica-se pela finalidade dos recursos excepcionais de uniformizadores da interpretação das normas jurídicas e de sua proteção. Por isso, o termo *causa* deve ser estendido a qualquer pronunciamento judicial, de conteúdo decisional, que aplicou dispositivos constitucionais ou de lei federal, ainda que nos casos em que não se viu a formação de um litígio, como nos procedimentos de jurisdição voluntária.

José Frederico Marques, citado por Perseu Gentil Negrão²⁶, afirma:

“O vocábulo causa é empregado em sentido amplo, e também como sentido de questão. Portanto, cabe, igualmente, recurso extraordinário contra acórdãos referentes a causas de jurisdição voluntária e contra acórdãos que contenham decisão interlocutória simples, ou sentença terminativa.”

E, ainda, Almeida Santos:

*“A expressão ‘causa’, segundo os doutos, deve ser entendida em sentido amplo, por significar qualquer procedimento judicial inclusive os procedimentos de jurisdição voluntária.”*²⁷

23 Segundo ensina JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA, a expressão *esgotamento prévio das instâncias ordinárias* é extraída da restrição constitucional prevista nos incisos III, tanto do art. 102, quanto do art. 105, da CF, quando se identifica a expressão “única ou última instância”. Enquanto possível a utilização de recursos de instâncias ordinárias, não é possível a utilização do recurso extremo (Ibid., p. 128).

24 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*. 2007. p. 149.

25 Ibid., p. 149.

26 NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial*. 1997. p. 10.

27 SANTOS, Francisco Cláudio Almeida. *Recurso especial: visão geral*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jun. 1989, p. 190.

José Afonso da Silva, escrevendo sobre o recurso extraordinário, destaca sua opinião:

*“Não há cogitar se se trata de processo de jurisdição voluntária ou de jurisdição contenciosa, ou se o processo é cautelar, principal ou incidental. Basta que a decisão, proferida em qualquer deles, encerre uma questão federal e seja irrecurível no mesmo sistema judiciário. Só isto é pressuposto dele. A natureza, o tipo de processo não constitui seu pressuposto”.*²⁸

Ponto pacífico é que os processos meramente administrativos fogem ao conceito da palavra “causa”. Não cabem recurso especial e extraordinário em procedimentos meramente administrativos²⁹.

Ressalta-se, ainda, que a Constituição adotou tratamento diferenciado, no que se refere ao esgotamento prévio das instâncias ordinárias para o recurso extraordinário e para o recurso especial.

Para o recurso extraordinário, o inconformismo deve ocorrer em relação às “causas decididas em única ou última instância”. Para o recurso especial, o legislador constitucional foi além, exigindo que a decisão recorrida seja proveniente de Tribunal.

A extensão do recurso extraordinário às decisões de 1º grau, quando prolatadas em causa de única instância, já era admitida pela Constituição de 1967, mas foi suprimida pela Emenda de 1969.

28 SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. 1963. p. 293.

29 Neste particular, vejam-se decisões no STJ nesse sentido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO. ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL. NATUREZA ADMINISTRATIVA. RECURSO ESPECIAL. INCABÍVEL. SÚMULA 733/STF. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Os atos do Presidente do Tribunal no processamento de precatório têm natureza administrativa, não se qualificando, desta forma, no conceito de “causa” previsto na Constituição Federal como necessário para a interposição dos recursos especial e extraordinário. Precedentes do STJ e do STF. 2. Agravo regimental improvido.” (STJ. AgRg no REsp 932.144/AL, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 15/09/2008).

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSUAL CIVIL - DÚVIDA REGISTRAL - INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS DE NATUREZA EXTRAORDINÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO QUE NÃO SE ENQUADRA NO CONCEITO DE CAUSA - RECURSO IMPROVIDO. I - A interposição de recurso especial tem como requisito intrínseco a existência de causa decidida em última ou única instância por Tribunal. II - O procedimento de dúvida suscitado pelo Oficial do Registro tramitado perante o Poder Judiciário reveste-se de caráter administrativo, não-jurisdicional, agindo o juízo monocrático, ou o colegiado, em atividade de controle da Administração Pública. III - Recurso a que se nega provimento” (STJ. AgRg no Ag 656.216/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 286).

O recurso extraordinário será admitido tanto para impugnar acórdãos, quanto decisões de 1º grau, quando prolatados em única instância. O recurso especial será cabível quando se tratar de decisão de Tribunal, tecnicamente, acórdão.

Por fim, vale frisar que não cabe recurso especial contra decisão dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, ainda que o órgão prolator seja colegiado, mas admite-se a interposição de recurso extraordinário³⁰.

Athos Gusmão Carneiro ensina:

“Incabível o recurso especial contra decisão final de juízo de 1º grau, ou de colegiado de 2º grau não alçado à categoria de ‘tribunal’, como as Câmaras Recursais dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (CF, art. 98, I, in fine), bem como contra decisões proferidas por membros de tribunais, como o presidente ou relator, ainda que delas não caiba recurso”³¹.

4 Prequestionamento (o mito a ser desconstruído)

4.1 Evolução histórica e abrangência

As Constituições de 1891 (art. 59, §1º, a³²), de 1934 (art. 76, III, a e b³³) e de 1946 (art. 101, III, b³⁴) exigiam de modo expreso o

30 Ressalta-se o entendimento jurisprudencial aceitando a reclamação, como sucedâneo recursal diante da não existência ainda de uma turma de uniformização de jurisprudência dos juizados especiais estaduais. A ementa a seguir, do STJ, em julgado da Ministra NANCY ANDRIGUI sintetiza esse entendimento: *“RECLAMAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO SINGULAR DE JUIZADO ESPECIAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DA RECLAMAÇÃO.* - A presente reclamação deriva de recente decisão, no âmbito dos EDcl no RE 571.572-8/BA, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 14.09.2009, do Pleno do STF que consignou que ‘enquanto não for criada a turma de uniformização para os juizados especiais estaduais, poderemos ter a manutenção de decisões divergentes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional federal’, tendo, por conseguinte, determinado que, até a criação de órgão que possa estender e fazer prevalecer a aplicação da jurisprudência do STJ aos Juizados Especiais Estaduais, ‘a lógica do sistema Judiciário nacional recomenda-se de à reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, amplitude suficiente à solução deste impasse’. - O âmbito de atuação do STJ nessas reclamações deve-se restringir à análise dos acórdãos prolatados pelas Turmas Recursais Estaduais que contrariarem súmulas ou jurisprudência dominante do STJ. - Agravo não provido” (STJ, AgRg nos EDcl na Rcl 4019/PB, Segunda Seção. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. Dje 30/09/10, LEX STJ vol. 255, p. 86).

31 CARNEIRO, Athos de Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, v. 79, n. 654, p. 10, abr. 1990.

32 Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se *questionar* sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela;

33 Art 76 - A Corte Suprema compete: 2) julgar: III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se *haja questionado*; b) quando se *questionar* sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada;

34 Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juizes: b) quando se *questionar* sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada;

questionamento da matéria para a interposição do recurso extraordinário³⁵. Não foi por motivo diferente que o Supremo Tribunal Federal promoveu a edição das seguintes súmulas sobre a matéria:

“*Súmula 356. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento*”.

“*Súmula 282. Não é admissível o apelo extremo quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada*”.

As Constituições posteriores foram omissas quanto a essa exigência, levando ao entendimento de que o constituinte de 1988 não colocou o *prequestionamento* como requisito para o cabimento dos recursos excepcionais.

Parte da doutrina, diante do silêncio da Constituição, sustentou que as referidas súmulas estariam revogadas e que o *prequestionamento* deixou de ser um requisito de cabimento dos recursos excepcionais, desonerando o recorrente de sua demonstração³⁶.

Posteriormente, o STF decidiu pela constitucionalidade da Súmula 282. Segundo a egrégia Corte, a Constituição, apesar de não se referir expressamente ao questionamento prévio, referiu-se a “causa decidida”, pelo que se pode inferir a necessidade de haver uma decisão prévia sobre a questão federal ou constitucional (AgRgRE 96.802).

Em verdade, o *prequestionamento* é a submissão da matéria às instâncias ordinárias, e sua exigência decorre da própria natureza dos recursos excepcionais e da necessidade de formalização do requisito específico de admissibilidade previsto no texto constitucional que é a *causa decidida*.

Giovanni Mansur Solha Pantuzzo³⁷, trazendo ensinamento de Samuel Monteiro, justifica a exigência de se submeter a

35 Naquela época ainda não existia o recurso especial.

36 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 2007. p. 198. No mesmo sentido Pontes de Miranda: *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 12, p.159 e Pedro Baptista: *Recursos e processos da competência originária dos Tribunais*.

37 PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Práticas dos recursos especial e extraordinário*. 1998. p. 86.

questão jurídica ao exame das instâncias ordinárias (prequestionando a matéria que será discutida nos Tribunais Superiores):

- a) evitar a supressão de instância, o que ocorreria se o STJ ou o STF acolhessem o recurso constitucional e lhe dessem provimento sem que a matéria ou o tema decidido nessas cortes tivessem sido previamente submetidos ao Tribunal local ou sem que esse Tribunal tivesse emitido juízo explícito sobre o mesmo (STJ, AG. 287/MS, DJU-I 24.8.89, p. 13.515; AG. 4.390-SP, DJU-I 7/11/90, P. 12.566);
- b) manter a ordem constitucional das instâncias ou do sistema jurídico vigente no Brasil: decisão do juiz de primeiro grau, recurso próprio ao Tribunal local (instância recursal de segundo grau) e recurso constitucional aos Tribunais Superiores;
- c) evitar que a parte contrária seja surpreendida, o que aconteceria se o tema não prequestionado, nem objeto de impugnação em contrarrazões de recurso, fosse acolhido no recurso extraordinário ou no recurso especial, com quebra das duas finalidades anteriores;
- d) indiretamente, examinar ou esgotar as instâncias locais, o que impede o cabimento e o conhecimento do recurso extraordinário ou do recurso especial, se nestes é enfocado tema novo ou questão nova que não fora decidida pelas cortes locais.

A exigência de *prequestionamento* estende-se mesmo às questões que envolvam matéria de ordem pública³⁸.

O exame dos artigos ofendidos não pode deixar de ser discutido pela decisão atacada, uma vez que constitui consequência inafastável da própria previsão constitucional dos recursos

38 STJ. AgRg no REsp 1115614/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2009, DJe 13/10/2009. e;

STF. AI 473456 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-02 PP-00372.

extremos, ao estabelecer o caso em que são cabíveis os recursos especial e extraordinário apenas quando ocorrer a formação da “causa decidida”.

Nesse particular, cumpre ressaltar que o pós-questionamento não é suficiente para o conhecimento dos recursos excepcionais, não se admitindo a interposição de embargos para questionar matéria não ventilada pelas partes antes de proferido o acórdão. Trata-se do chamado *pós-questionamento*, inadmissível, visto que fere toda a sistemática processual e desconfigura o instituto da preclusão.

“Todos sabemos que o prequestionamento constitui pressuposto específico de admissibilidade do recurso extraordinário. A essa exigência indeclinável não se subtraem quaisquer alegações, mesmo as concernentes a temas constitucionais (RTF 98/754 – 116/451). A configuração jurídica do prequestionamento decorre de sua oportuna formulação, em momento procedimentalmente adequado. Assim, já decidiu esta Corte que ‘não configura prequestionamento, para os efeitos da Súmula 356, questão nova proposta nos embargos de declaração, sem que tivesse sido presente ao juízo de apelação mediante a sua dedução nas razões do recurso’ (ag. 101.689-2 – AgRg – SP, Relator Ministro Rafael Mayer.). A tardia alegação de ofensa à norma constitucional – apenas deduzida em sede de embargos declaratórios – caracteriza omissão da parte recorrente, que se absteve de prequestionar o tema constitucional, assim descumprindo um típico ônus processual que lhe pertinha” (RTJ 131/1.386).

O Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica no julgamento do Resp n. 31.257 – SP, relatado pelo eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, nos autos do Agravo de Instrumento 91.123 – RS, apresenta a seguinte orientação:

“Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com aspecto de prequestionar tema não agitado anteriormente, no processo. Na hipótese, não haveria ‘prequestionamento’, mas ‘pós-questionamento’. O direito brasileiro não admite embargos declaratórios para pós-questionar temas estranhos ao debate”. (DJU 26/9/96, p. 35.988)

Em outro julgado:

“Veda-se a arguição per saltum de matérias sob pretexto de prequestionamento. O chamado “pós-questionamento” encontra óbice na jurisprudência desta Corte Superior” (STJ. REsp 1047882/RJ, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 30/11/2009)

Giovanni Mansur Solha Pantuzzo³⁹ encerra a discussão:

“A respeito de prequestionamento, a primeira colocação a ser necessariamente feita diz respeito ao momento de sua provocação, a ser buscada desde a primeira instância, devendo ser obrigatoriamente veiculada, de forma expressa, no recurso ou contra-recurso à Segunda instância. Em contundente lição, Samuel Monteiro ressalta que: ‘não constando os temas ou as questões do recurso ou contra-recurso ao tribunal de segundo grau local (v.g., apelação, contra-razões, agravo de instrumento e contra-minuta, recurso em sentido estrito e impugnação), tem-se que sobre eles não poderia o tribunal local emitir juízo (prequestionar os temas). Ocorre aí a hipótese de omissão do recorrente (recurso omissivo) ou do recorrido (contra-recurso omissivo), podendo a imperícia profissional acarretar a responsabilidade civil de quem subcreveu o recurso ou o contra-recurso omissivos. O recurso extraordinário ou o recurso especial não serão conhecidos nesta hipótese, mesmo que o recorrente ao STF ou ao STJ tenha oposto em tempo os embargos de declaração (STJ, AG. REG. 7.112/RJ, DJU DE 25.3.91, P. 3.224, TERCEIRA TURMA).”

Portanto, o *prequestionamento*, nesse contexto, deve ser visto como uma *“etapa necessária ao preenchimento do cabimento do RE e do RESP”*⁴⁰.

39 PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Prática dos recursos especial e extraordinário*. 1998. p. 79.

40 KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de processo civil*. 2011. p. 833.

4.2 Conceito de prequestionamento e sua distinção em relação à “causa decidida”

Como já dito, o *prequestionamento* é a submissão da matéria às instâncias ordinárias, e sua exigência decorre da própria natureza dos recursos excepcionais. A submissão da matéria é imperativa para que se formalize o requisito de admissibilidade da formação da “causa decidida”.

A configuração do *prequestionamento* pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado do Tribunal *a quo*, ou seja, emissão de juízo sobre o tema (*causa decidida*).

É fácil perceber que o *prequestionamento* não é o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extremos (que é a *causa decidida*), mas, sim, uma forma de alcançá-la, ainda que, na prática forense, utilize-se a expressão *prequestionamento* como se requisito de admissibilidade fosse.

Veja-se a errônea aplicação dada ao instituto em apenas alguns julgados:

“O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, não se admite o recurso especial que suscita tema não prequestionado pelo Tribunal de origem.” (STJ. REsp 717.507/PE, Rel. Ministro Sidnei Beneti. TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009).

“Não há como conhecer do apelo que traz a lume questões não decididas pelo Tribunal de origem, mesmo que se trate de nulidade por julgamento extra petita surgida no acórdão recorrido, uma vez que nesta seara especial é inarredável o requisito do prequestionamento. Excepciona-se, dessa regra, apenas os casos em que o recurso especial puder ser conhecido por outros fundamentos, o que não é a hipótese dos autos” (STJ. EDcl no AgRg no REsp 786.139/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009).

“O requisito do prequestionamento é indispensável para a admissibilidade do recurso especial. Por tal razão, veda-se a apreciação de matéria sobre a qual não se pronunciou a instância de origem.” (STJ. AgRg no REsp 933.201/MG, Rel. Ministro OG Fernandes. SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009).

Veja-se que, nesses julgados, a expressão *prequestionamento* é utilizada como se *causa decidida* fosse.

José Miguel Garcia Medina⁴¹ ensina:

“A exigência de realização de prequestionamento pelas partes, perante a instância local, contudo, não se encontra expressa na Constituição Federal. Para nós, o que exige a Constituição Federal é que a questão federal ou constitucional esteja presente na decisão recorrida, o que não equivale ao prequestionamento realizado pelas partes, que deve ocorrer necessariamente antes da decisão recorrida”.

Cassio Scarpinella Bueno completa tal entendimento:

“Pquestionamento só pode ser entendido como a iniciativa das partes que não vinculam, necessariamente, a decisão da qual se pretende recorrer. Elas, as partes, prequestionam, o Tribunal decide. É da decisão do Tribunal que se recorre e não da iniciativa das partes. Pquestionamento, em suma, não confunde com a questão constitucional ou legal que autoriza a interposição do recurso extraordinário ou especial, respectivamente”.

Esses doutrinadores tiveram escola na doutrina de Eduardo Ribeiro de Oliveira⁴², que assim se manifestou sobre o tema:

“O que se terá como indispensável é o exame da questão pela decisão recorrida, pois isso sim, deflui da natureza do especial e do extraordinário e resulta do texto constitucional. Destinando-se o extraordinário, como salientado, a garantir a exata aplicação da Constituição, falta razão a ele, se da

41 MEDINA, José Miguel Garcia. *Pquestionamento e repercussão geral*. 2009. p. 204.

42 OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Pquestionamento*. 1999. p. 248-249

norma constitucional não se tratou na decisão impugnada. O mesmo se diga do especial, pois não há como fazer-se o controle, quando à correta interpretação do tratado ou da lei federal, em relação a matéria de que não se cogitou. Não pode o julgado havê-las contrariado, ou a elas haver negado vigência, se não versada a questão que regulam”.

Assim, não há dúvidas da distinção entre *prequestionamento* e *causa decidida*. Esta última é o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extremos que consiste na realização de julgamento da questão constitucional ou federal pelas instâncias ordinárias enquanto que *prequestionamento* seria apenas uma forma de se provocar este julgamento⁴³.

4.3 Causa decidida expressa, implícita e ficta

Demonstrada a divergência técnica entre os institutos jurídicos *prequestionamento* e *causa decidida* não mais se utilizará a expressão “prequestionamento” expresso, implícito e ficto como, usualmente, se vê na doutrina e na jurisprudência (e é exatamente essa a razão deste artigo – desfazer mitos).

Adaptando corretamente o uso das expressões técnicas, o que se tem é, na verdade, *causa decidida* expressa, implícita e ficta, na forma que se segue:

- *causa decidida expressa*: ocorre quando as instâncias ordinárias tenham apreciado, no acórdão, a questão jurídica objeto de irrisignação e o preceito legal invocado pelo recorrente tenha sido expressamente referido pelo aresto;
- *causa decidida implícita*: ocorre quando as instâncias ordinárias tenham versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha, mas sem exigir que o preceito normativo invocado pelo recorrente tenha sido expressamente referido pelo acórdão impugnado;

43 DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 174. (Coleção Recursos no Processo Civil, 18).

- *causa decidida ficta*: ocorre quando, após a oposição de embargos declaratórios (com fins prequestionadores), o tribunal *a quo* persiste em não decidir questões que lhe foram submetidas a julgamento por força do princípio devolutivo, ou, ainda, quando persista desconhecendo obscuridade ou contradição arguidas como existentes na decisão (recalcitrância) e, nesses casos, apresenta-se recurso especial e ou recurso extraordinário com fundamento específico⁴⁴.

Em qualquer uma das situações acima informadas (expressa, implícita ou fictamente) ocorreu pronunciamento judicial, no sentido técnico e naquilo que o jurisdicionado poderia fazer, externado pelo Poder Judiciário por julgamento de seu órgão jurisdicional final das instâncias ordinárias, examinando a questão de direito, constitucional ou federal infraconstitucional, ainda que implicitamente, a que ainda se quer ver examinada na estreita via dos recursos extremos (o que preenche ao requisito constitucional da formação da *causa decidida*).

44 Os embargos declaratórios prequestionatórios têm a intenção de obter do Tribunal de origem o devido julgamento da questão suscitada. Assim, viabilizar-se-á o conhecimento de recursos próprios – estes sim, meios de impugnação hábeis para reformar a decisão combatida e restabelecer a correta aplicação da Lei.

Os embargos de declaração apresentados para prequestionar a questão constitucional ou federal podem não ser acolhidos pelo tribunal ou, simplesmente rejeitados. Nesse caso, o embargante deverá interpor recurso especial ou extraordinário, conforme o caso, contra a rejeição dos embargos, requerendo a nulidade do acórdão.

Não se trata de interposição do recurso extremo contra *error in iudicando*, que por si só já daria ensejo à abertura da discussão nos tribunais superiores, mas, sim, a interposição de recurso competente para ver o acórdão do tribunal *a quo* anulado por violação ao art. 535 do Código de Processo Civil ou do art. 5º, XXXV e LV c/c art. 93, IX da Constituição Federal (conforme o recurso aviado) pelo reconhecimento de *error in procedendo*.

Se, no julgamento dos recursos excepcionais, com fundamento na nulidade do acórdão, houver reforma da decisão que rejeitou os embargos, os autos retornarão ao tribunal *a quo* para exame deles.

Tal interposição se dá por força da aplicação da Súmula 211 do STJ, que exige o exame da questão pelo Tribunal: “Súmula 211 do STJ: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.”

Na prática, deve-se apresentar diretamente o recurso excepcional contra o *erro in iudicando* atacando a decisão do tribunal *a quo* nos termos de seu cabimento aos tribunais superiores, colocando a *questão* envolvendo a nulidade do acórdão em preliminar.

Tal prática se mostra usual e mais eficaz, uma vez que o órgão julgador da instância especial, em seu juízo de admissibilidade, pode entender que a questão já foi prequestionada. Nesse caso, poderá ultrapassar a preliminar e decidir sobre o mérito do recurso. Caso entenda que ainda não houve o devido questionamento sobre a matéria, e o seu exame possa estar obstaculizado pela supressão de instância e não formação da *causa decidida*, deverá, então, conhecer da preliminar argüida e devolver o feito para o Tribunal de origem sanar o vício.

5 Conclusão

Conforme se apresentou neste artigo:

- o vocábulo *causa decidida* mencionado no texto da Constituição, no inciso III, seja do art. 102, seja do art. 105, refere-se ao pronunciamento judicial externado pelo Poder Judiciário, por julgamento de seu órgão jurisdicional final das instâncias ordinárias, examinando a questão de direito, constitucional ou federal infraconstitucional, a que ainda se quer ver examinada na estreita via dos recursos extremos;
- *prequestionamento* é apenas a submissão da matéria às instâncias ordinárias, e sua exigência decorre da própria natureza dos recursos excepcionais e da necessidade de formalização do requisito específico de admissibilidade previsto no texto constitucional que é a *causa decidida*;
- a configuração do *prequestionamento* pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado do Tribunal *a quo*, ou seja, emissão de juízo sobre o tema (que é a *causa decidida*);
- o *prequestionamento* não é o verdadeiro requisito de admissibilidade dos recursos extremos (que é a *causa decidida*), mas, sim, uma forma de alcançá-lo, ainda que, na prática forense, utilize-se a expressão *prequestionamento* como se requisito de admissibilidade fosse;
- o *pós-questionamento* não é suficiente para o conhecimento dos recursos excepcionais. Não se admite a interposição de embargos para questionar matéria não ventilada pelas partes antes de proferido o acórdão. Trata-se do chamado *pós-questionamento*, inadmissível, visto que fere toda a sistemática processual e desconfigura o instituto da preclusão;

- a formação da *causa decidida* pode dar-se de forma *expressa, implícita* ou *ficta*. Se a questão jurídica sequer foi levada para julgamento (*prequestionada*) não há que se falar sequer em formação de *causa decidida*.

Conforme ressaltou Cassio Scarpinella Bueno:

“Enquanto estas questões não forem decididas com ânimo de definitividade parece curial, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, que não só o alcance dos referidos arts. 102, III e 105, III, estará em cheque mas, também — senão principalmente —, o art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal. O acesso à Justiça e o devido processo legal estão comprometidos por uma questão que, em última análise, é formal: se, é verdade, há, hoje, consenso doutrinário e jurisprudencial acerca da indispensabilidade do prequestionamento — até porque sua previsão constitucional parece irretorquível —, ainda se debate acerca da sua forma ou do seu modo de surgimento. Omissão quanto a este ponto é insustentável em um Estado Democrático de Direito, em que nem a lei pode excluir lesão ou ameaça a direito do Poder Judiciário.”

O momento é propício para que o Congresso Nacional aproveite a oportunidade de discussão de um novo Código de Processo Civil e corrija essa deficiência técnica na interpretação desses diferentes institutos jurídicos.

Um único artigo pode resolver o problema. Fica a sugestão:

Art. (___) Só será possível discutir em recurso especial e/ou em recurso extraordinário questão jurídica exclusivamente de direito que tenha sido examinada pelas instâncias ordinárias⁴⁵, ainda que implicitamente⁴⁶.

Parágrafo único: em caso de não exame da questão jurídica pela instância ordinária e desde que tenha ocorrido provocação pela oposição de embargos de declaração, se arguido e demonstrado pelo recorrente, em fundamento específico do seu recurso, pode o respectivo Tribunal Superior, presumin-

45 *Causa decidida* expressa.

46 *Causa decidida* implícita.

do a submissão da matéria à instância ordinária, já adentrar na questão de mérito que envolve o recurso extremo^{47 48}.

Enfim, mitos precisam ser desfeitos.

6 Referências

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5.

_____. Quem tem medo do prequestionamento? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/3024>. Acesso em: 24 jun. 2011.

CAMARA, Bernardo; FREIRE, William. *Os recursos cíveis e seu processamento nos Tribunais*. Belo Horizonte: Mineira, 2003.

_____. ; FREIRE, William; JUNQUEIRA, Bernardo. *Recurso especial e extraordinário: doutrina e prática*. Belo Horizonte: Mineira, 2002.

CARNEIRO, Athos de Gusmão. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, v.79, n. 654, p. 10, abr. 1990.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Recursos no Processo Civil, v. 18).

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos Tribunais*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v.3.

47 *Causa decidida ficta*.

48 Se nada disso ocorreu, não existiu *prequestionamento* e, conseqüentemente, não há sequer a formação da *causa decidida*.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico da filosofia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

JORGE, Flávio Chein. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. *Manual de processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Coleção Recursos no Processo Civil, v. 3).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Recursos no Processo Civil, v. 6).

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. (Coleção Processo Civil Moderno, v. 2).

NEGRÃO, Perseu Gentil. *Recurso especial*. São Paulo. Saraiva, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. Alguns elementos do sistema recursal: da sua importância na alta modernidade brasileira, do juízo de admissibilidade e de seus requisitos. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, v. 8, n. 47, maio/jun. 2007.

_____. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; CÂMARA, Bernardo; SOARES, Carlos Henrique. *Processo civil para OAB*. Salvador: Juspodivm, 2010.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. *Prequestionamento: aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Prequestionamento: coletânea de julgados e momentos jurídicos dos magistrados no TFR e STJ - homenagem*. Brasília: STJ, 2002. v. 38.

ORIONE NETO, Luiz. *Recursos cíveis*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PANTUZZO, Giovanni Mansur Solha. *Práticas dos recursos especial e extraordinário*. Del Rey: Belo Horizonte, 1998.

SANTOS, Francisco Cláudio Almeida. Recurso especial: visão geral. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, jun. 1989.

SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.1.

1.10

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE POR ÓRGÃOS NÃO JURISDICIONAIS: A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL FORA DAS CORTES DE JUSTIÇA

MARIANNA MONTEBELLO WILLEMANN*

SUMÁRIO: 1 Colocação do tema. 2 Controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo por meio do veto. 3 Controle de constitucionalidade e Administração Pública: a questão da não aplicação administrativa da lei inconstitucional. 4 Controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo: a sustação de atos normativos e a proposta de Emenda Constitucional nº 03/11. 5 O fenômeno da correção legislativa da jurisprudência constitucional. 6 Controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: o Enunciado nº 347 do Supremo Tribunal Federal. 7 Síntese conclusiva.

1 Colocação do tema

O reconhecimento da supremacia da Constituição sobre o ordenamento jurídico no Brasil é tarefa primordialmente atribuída ao Poder Judiciário, não sendo novidade a constatação de que a tradição jurídica no país privilegia sobremaneira o controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos do poder público. Consagram-se, nesse sentido, dois modelos básicos de jurisdição constitucional, os quais, a despeito de ainda guardarem significativas diferenças, caminham para uma aproximação cada vez maior¹.

* Mestre e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora do Curso de Graduação da PUC-Rio. Ex-Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

1 Como se sabe, os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil seguem, de um lado, a inspiração norte-americana de garantia da supremacia da Constituição por todo e qualquer órgão do Poder Judiciário, caracterizando o denominado controle difuso de constitucionalidade, presente na tradição constitucional brasileira desde a Constituição de 1891; e, de outro lado, a orientação austríaca no sentido da existência de uma Corte Constitucional responsável pela defesa da Constituição, caracterizando o denominado controle concentrado de constitucionalidade, instrumentalizado por meio de um processo objetivo, em que não se tutelam situações jurídicas individuais, mas sim, a própria higidez do ordenamento jurídico, mediante a aferição da constitucionalidade da norma em tese ou em abstrato.

O objetivo do presente trabalho distancia-se dessa abordagem convencional do controle de constitucionalidade por órgão do Poder Judiciário. O que se pretende investigar neste artigo é, inversamente, o papel dos Poderes Legislativo e Executivo no âmbito da aferição da constitucionalidade da atuação estatal, buscando identificar os instrumentos, os limites e as possibilidades de exercício do controle de constitucionalidade por órgãos não jurisdicionais.

A abordagem propõe três perspectivas distintas, as quais, por sua vez, comportam importantes subdivisões. Em primeiro lugar, enfrentar-se-á o tema sob a ótica da atuação do Poder Executivo, com indagações relevantes a respeito do veto por inconstitucionalidade, bem como da não aplicação administrativa da lei, a evidenciar uma postura *contra legem* da Administração Pública.

Em seguida, o estudo centrar-se-á na atuação do Poder Legislativo no controle de constitucionalidade, mediante a colocação de questões relevantes quanto ao controle por meio da sustação de atos normativos exorbitantes (artigo 49, inciso V, da CRFB), bem como por meio daquilo que se convencionou designar por “correção legislativa da jurisprudência constitucional”, tema extremamente atual em um momento em que a opinião pública tem seus olhos voltados para a postura mais ativa que vem sendo adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em matérias sensíveis do ponto de vista moral, religioso, econômico ou político.

Por fim, o último ponto de investigação centrar-se-á no exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas, órgãos que protagonizam o denominado sistema de controle externo da gestão financeira e administrativa do Estado. Nesse sentido, serão analisados os antecedentes que conduziram à edição do Enunciado nº 347 do Supremo Tribunal Federal², bem como as recentes decisões que, no âmbito daquele mesmo Tribunal, procuram revisitar o tema e questionar a subsistência do entendimento sumular após a Constituição de 1988.

2 De acordo do o Enunciado nº 347 do STF, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

2 Controle de constitucionalidade pelo Poder Executivo por meio do veto

Ao longo da tramitação de um projeto de lei, existem essencialmente duas oportunidades³ para que seja examinada a sua compatibilidade com o Texto Constitucional, refletindo aquilo que a doutrina consensualmente designa de “controle de constitucionalidade preventivo”⁴, a saber: (i) o exame realizado pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) no âmbito do próprio Poder Legislativo e (ii) a remessa do projeto de lei aprovado para sanção ou veto da Chefia do Poder Executivo.

A aferição da constitucionalidade de um projeto de lei por meio de comissões permanentes existentes com essa finalidade específica nas Casas Legislativas, no modelo adotado pelo Brasil, não suscita grandes debates. A matéria encontra-se normalmente disciplinada nos regimentos internos dos órgãos do Poder Legislativo, atribuindo-se às Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) competência para a emissão de parecer a respeito da constitucionalidade do projeto de lei. Em caso de parecer contrário, o projeto é considerado rejeitado, vindo a ser arquivado, ressalvada a possibilidade de inter-

3 Resultando de construção pretoriana, há ainda uma terceira hipótese de controle prévio de constitucionalidade admitido no Brasil. Trata-se da intervenção judicial em sede de processo legislativo, mediante provocação de parlamentar, visando a tutelar seu direito líquido e certo à observância do devido processo legislativo. Nesse sentido, conforme assentado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 24.667/DF, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, reconhece-se “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo”. O *leading case* na matéria é anterior à Constituição de 1988 e encontra-se materializado no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.257/DF, relatado pelo Ministro Moreira Alves.

4 Confira-se, por todos, na doutrina nacional: BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 67. A distinção entre o controle *a priori* e o controle *a posteriori* encontra-se bem delineada no seguinte trecho extraído da doutrina francesa de Fracis Hamon e Celine Wiener: “Le contrôle peut intervenir soit *a priori* soit *a posteriori*. Dans le premier cas, il porte sur une loi que n’a pas encore été promulguée: la déclaration d’inconstitutionnalité fait alors obstacle à cette promulgation. Dans le second cas, le contrôle s’exerce sur une norme déjà applicable, soit pour la faire disparaître, soit pour en paralyser les effets. [...] Le contrôle *a priori* procure en principe une plus grande sécurité juridique puisqu’il a un effet préventif; mais au moment où il intervient, on ne peut encore pressentir tous les effets induits de la norme, ni toutes les situations concrètes qu’elle devra régir; or, une fois déclarée constitutionnelle, elle ne peut plus être contestée devant aucune juridiction. C’est pourquoi la plupart des pays, à l’exception de la France, ont prévu un contrôle *a posteriori* (qui d’ailleurs coexiste parfois avec le contrôle *a priori*, notamment en Allemagne): les lois peuvent y être contestées après leur entrée en vigueur, soit pendant un délai déterminé, soit indéfiniment.” (*La justice constitutionnelle*: présentation générale. France: Etats-Unis/ Paris: La Documentation Française, 2001. p. 3).

posição de recurso usualmente contemplada nos respectivos regimentos⁵.

De outro lado, a manifestação de contrariedade a um projeto de lei devidamente aprovado pelo Legislativo por meio da oposição de veto pela Chefia do Poder Executivo revela algumas questões interessantes que merecem ser aprofundadas neste trabalho.

Pois bem. Invocando a lição de Carmen Lucia Antunes Rocha, pode-se conceituar o veto como “ato formal e expresso pelo qual o titular do poder executivo nega a sua aquiescência ao projeto de lei submetido à sua apreciação, após manifestação e decisão sobre ele tomada pelo poder legislativo”⁶. Com essa postura executiva de recusa de sanção, paralisam-se, em princípio⁷, os efeitos da manifestação de vontade do Poder Legislativo, obstaculizando-se que o projeto de lei converta-se efetivamente em norma do sistema jurídico⁸.

No contexto constitucional brasileiro, embora predomine a concepção de que o veto é ato de natureza estritamente política, existem, em realidade, dois fundamentos para a sua oposição e consequente recusa a uma deliberação legislativa: (i) contrariedade ao interesse público e (ii) inconstitucionalidade. No primeiro caso, não restam dúvidas de que a recusa do Poder Executivo funda-se em razões de mérito e que, portanto, a decisão pela obstrução do processo legislativo é, em sua essência, uma decisão política. Daí porque bastante coerente a previsão de sua submissão tão somente a um controle de índole igual-

5 Apenas a título ilustrativo, o Regimento Interno do Senado Federal disciplina a intervenção da CCJ no processo legislativo no artigo 101, inciso I e §§ 1º e 2º. Eis sua redação: “Art. 101. À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: I – opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário; [...] § 1º Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254. § 2º Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício.”

6 *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. p. 172-173.

7 Diz-se “em princípio” porque o veto, tal como concebido pela Constituição da República de 1988 (CRFB), é relativo, uma vez que pode vir a ser superado pela manifestação parlamentar, fazendo com que a deliberação legislativa prevaleça, convertendo-se o projeto em lei independentemente da sanção executiva. Essa sindicabilidade política do veto presidencial encontra-se disciplinada no artigo 66, §§ 1º a 7º, da CRFB.

8 Para uma distinção mais aprofundada entre os conceitos de sanção e veto, veja-se: MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 1996.

mente política, por meio da apreciação parlamentar qualificada, que poderá rejeitar o veto e encaminhar o projeto de lei para promulgação⁹.

O veto que se fundamenta na inconstitucionalidade do projeto de lei, ao contrário, é um veto jurídico, que não se baseia, absolutamente, em razões de conveniência e oportunidade. O veto por inconstitucionalidade reflete o exercício de uma fiscalização jurídica de conformidade constitucional a preceder a própria criação da lei e, como tal, não pode traduzir uma resistência unilateral imotivada ao projeto de lei.

É bem verdade que o veto jurídico por inconstitucionalidade, à semelhança do que ocorre com o veto de mérito por contrariedade ao interesse público, submete-se a controle político, exercido pela maioria absoluta dos membros da respectiva Casa Legislativa. E, de fato, a doutrina¹⁰ e a jurisprudência¹¹ tradicionais no Brasil não reconhecem qualquer diferença, para fins de sindicabilidade, entre os vetos jurídico e político, concebendo-os, ambos, como infensos ao controle judicial, em reverência ao postulado da separação funcional de poderes.

Contudo, em se tratando de veto fundado em inconstitucionalidade do projeto de lei, não parece que a consagração tão só de mecanismo de controle político seja suficiente e adequada para coibir eventual abuso ou capricho na sua aposição. Essa preocupação já foi sinalizada por Gilmar Ferreira Mendes em produção acadêmica de 1997, em que levanta o questionamento relativo à possibilidade de se judicializar o veto por inconstitucionalidade. Em suas palavras:

“Evidentemente, a vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição não permite que o Chefe do Poder Público se valha do veto com fundamento na inconstitucionalidade com

9 Conforme norma do artigo 66, §§1º a 7º, da CRFB.

10 Para uma densa abordagem acadêmica a propósito da natureza jurídica do veto, recomenda-se: BARA-CHO, José Carlos de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 83, p. 141-214. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/181546>>. Acesso em: 10 jul. 2012.

11 Existem duas relevantes decisões proferidas pelo STF a respeito da matéria, as quais serão oportunamente detalhadas neste trabalho. São elas: a ADPF/QO nº 01/RJ, relator Ministro Néri da Silveira, e a também ADPF nº 73/DF, relator Ministro Eros Grau.

a mesma liberdade com que poderá utilizar o veto com base no interesse público.

Dir-se-á, porém, que eventual utilização abusiva do veto com fundamento na suposta inconstitucionalidade da proposição poderia ser sempre reparada, pois estaria sujeita a apreciação e, portanto, ao controle do organismo parlamentar competente.

Essa resposta é evidentemente insatisfatória, porque admite que um órgão público invoque eventual inconstitucionalidade sem que esteja exatamente convencido da sua procedência. Isso relativiza, de forma inaceitável, a vinculação dos Poderes Públicos à Constituição. Por outro lado, parece inequívoco que a apreciação do veto pela Casa Legislativa não se inspira exatamente em razões de legitimidade. A ausência de maioria qualificada fundada em razões meramente políticas implicará a manutenção do veto, ainda que lastreado em uma razão de inconstitucionalidade absolutamente despropositada.

A indagação que subsiste diz respeito à possibilidade de que se pudesse judicializar a questão constitucional, tendo em vista a aferição da legitimidade ou não do fundamento invocado.

Em um sistema de rígida vinculação à Constituição, parece plausível admitir, pelo menos, que a maioria que garantiu a aprovação da lei deveria ter a possibilidade de instaurar tal controvérsia. Quanto ao instrumento processual adequado, deve-se mencionar que o Supremo Tribunal Federal tem admitido a utilização do mandado de segurança em situações típicas de conflito entre órgãos¹².

A matéria relativa ao controle judicial do veto executivo foi apreciada em dois importantes julgados do Supremo Tribunal Federal, nos quais restou prestigiado o entendimento tradicionalmente consolidado no sentido da insindicabilidade do veto, seja do veto jurídico por inconstitucionalidade, seja do veto político por contrariedade ao interesse público.

12 O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, p. 14, abr./jun. 1997.

No julgamento da Questão de Ordem suscitada na ADPF nº 1/RJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não conheceu arguição que tinha por objeto veto por inconstitucionalidade apositado pelo Prefeito do Município do Rio de Janeiro a dispositivo de projeto de lei versando sobre matéria tributária. O veto fundava-se na suposta inconstitucionalidade de emendas parlamentares em projetos de lei sobre tributação, tese que já havia sido reiteradamente rechaçada pela própria Corte.

Pois bem. Nada obstante à motivação para o veto ser juridicamente inconsistente e evidenciar abuso em seu exercício, o Supremo Tribunal Federal sequer chegou a abordar a questão de fundo por considerar que o veto não poderia ser enquadrado na categoria “ato do poder público” para fins de admissibilidade de ADPF. E mais: a decisão unânime registrou expressamente que o veto deve manter-se na esfera de independência dos poderes políticos. Confira-se o seguinte trecho significativo do julgado:

“O exercício da faculdade de apor veto, total ou parcial, a projeto de lei aprovado pelo Poder Legislativo, manifesta, no sistema constitucional pátrio, a independência do Poder Executivo e a índole política do ato praticado, quer quando o motivo do veto for a contrariedade ao interesse público do projeto de lei, em sua integralidade ou em parte, quer quando contra ele se invoca fundamento de inconstitucionalidade. Se, no último caso, se pode, também, reconhecer a contribuição do Poder Executivo, no sentido de preservar a higidez da ordem jurídica fundada no respeito à Constituição, decerto, tal não esvazia o caráter político do ato de vetar.

[...].

Nessa linha de apreciação da matéria, cumpre entender que, no processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer que seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se não de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço¹³.”

13 STF, ADPF nº 01 – QO/RJ, Relator Ministro Néri da Silveira, julgada em 03.02.2000.

Essa mesma posição foi mais recentemente, em 2007, adotada pelo então Ministro Eros Grau ao negar, liminarmente, seguimento à ADPF nº 73/DF¹⁴, invocando, entre outros fundamentos, o precedente firmado na citada ADPF nº 01/RJ – QO, que teria inviabilizado o manejo de ADPF tendo por objeto veto aposto a projeto de lei.

Embora não me pareçam acertados os fundamentos que conduziram ao não conhecimento das ADPFs anteriormente mencionadas, considero razoável a conclusão a que chegou. Com efeito, não vislumbro o mecanismo da ADPF como o mais adequado para se judicializar o veto por inconstitucionalidade, uma vez que, na fase de processo legislativo, ainda não se tem – até a sanção ou a promulgação da lei – efetivamente um ato do poder público completo e acabado que possa vulnerar, em abstrato, a Constituição¹⁵. Há, até então, duas manifestações de vontade que, precisamente por se revelarem antagônicas, obstruem a produção da norma legal.

Assim, parece-me que o instrumento que se revela apto a viabilizar o controle judicial do veto jurídico é o mandado de segurança a ser impetrado por parlamentar¹⁶, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece, sem qualquer dificuldade, a legitimidade dos congressistas para o manejo da ação mandamental em hipóteses de inobservância do devido processo constitucional pertinente à produção legislativa.

A sindicabilidade do veto por inconstitucionalidade apresenta grande relevância para os casos em que a deliberação da maioria legislativa vem a ser obstruída por veto caprichoso ou juridicamente inconsistente. Em tais situações, é necessário

14 Relator Ministro Eros Grau, julgada em 07.05.2007.

15 Em sentido diverso, defendendo a possibilidade de se utilizar a ADPF como via apta a judicializar a questão constitucional presente no veto aposto a projeto de lei: MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 143.

16 O Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, já considerou especificamente o mandado de segurança meio inidôneo para o controle do veto executivo a projetos de lei. Tal entendimento vai ao encontro da premissa teórica que tem prevalecido no âmbito daquela Corte, no sentido de que o veto, seja jurídico ou político, é insuscetível de controle judicial. É importante observar, porém, que os mandados de segurança versando tal matéria já apreciados pelo STF não foram impetrados por parlamentares e, portanto, não infirmam a tese aqui sustentada no sentido da tutela do direito do parlamentar ao devido processo legislativo constitucional. Ver, a propósito: STF, MS 29.361/DF, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 28.10.2010; STF, MS 24.675/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 09.03.2004.

assegurar-se precisamente a essa maioria parlamentar o direito de ver regularizado o processo legislativo, afastando-se judicialmente o veto infundado em reverência ao *due process*.

Trata-se, portanto, de hipótese em que cabível a intervenção judicial, mediante provocação de parlamentar que, por meio da impetração mandamental, buscará tutelar seu direito líquido e certo de não ter um projeto de lei, aprovado pela maioria constitucionalmente exigida, simplesmente recusado por veto infundado ou inconsistente, veto esse que pode vir a ser apostado tão somente para dificultar a tramitação legislativa¹⁷.

3 Controle de constitucionalidade e Administração Pública: a questão da não aplicação administrativa da lei inconstitucional

Analisadas as questões subjacentes ao veto por inconstitucionalidade no processo legislativo, cumpre enfrentar, agora, outro tema bastante tormentoso relacionado à vinculação de órgãos não jurisdicionais à supremacia da Constituição. Nesse contexto, a investigação que se propõe diz respeito à admissibilidade de postura administrativa que, à revelia de pronunciamento judicial, recusa aplicação à lei por considerá-la inconstitucional.

O dilema pode ser sintetizado nos seguintes termos: como deve o Estado-Administração proceder diante de uma lei que repute inconstitucional? Deve privilegiar a vinculação administrativa à Constituição e ignorar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e a primazia do controle repressivo jurisdicional¹⁸? Ou, inversamente, deve aplicar a lei, não obstante reputá-la inconstitucional, e provocar a *judicial review*?

O tema foi amplamente debatido sob a égide da Constituição de 1967/69, revelando-se majoritária a tese que sustentava a legitimidade da postura administrativa de recusa à aplicação de

17 Apenas para exemplificar, um projeto de lei ordinária, uma vez vetado, passa a necessitar de quórum qualificado de maioria absoluta para sua aprovação, que equivale, exatamente, à maioria necessária para a rejeição política do veto.

18 Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, isso implica a adoção de uma "*conduta de quase desforço no âmbito do Estado de Direito*". (O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, p. 12, abr./jun. 1997).

lei motivadamente considerada inconstitucional. Os principais argumentos levantados em prol de tal concepção baseiam-se na supremacia da Constituição e na nulidade da lei inconstitucional, bem como no fato de que todos os Poderes da República têm a obrigação de zelar pela Constituição, sendo certo que sua interpretação e aplicação não é monopolizada pelo Poder Judiciário¹⁹.

O enfrentamento jurisprudencial da questão não era diverso. A propósito, o Supremo Tribunal Federal tinha, à época, entendimento firme no sentido da admissibilidade da inexecução da lei inconstitucional pelo Poder Executivo. Tanto assim que, no julgamento da Representação nº 980/SP, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, a Corte considerou constitucional decreto do Governador do Estado de São Paulo que impunha aos seus órgãos subordinados a abstenção da execução de atos fundados em lei aprovada pela Assembleia Legislativa após derrubada de veto apostado sob o fundamento de inconstitucionalidade por vício de iniciativa.

O precedente acima mencionado é consensualmente aceito como paradigmático da posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria até o advento da Constituição de 1988. E, de fato, embora não tenha resultado de votação unânime, a premissa nele reconhecida – *de que cabe ao Chefe do Poder Executivo negar cumprimento à lei inconstitucional* – não é refutada em nenhum dos dois votos vencidos.

Contudo, a divergência – *levantada pelo Ministro Leitão de Abreu e acompanhada pelo Ministro Decio Miranda* – lança luzes sobre questão extremamente relevante em matéria de debate institucional. Isso porque o STF, naquele julgado, acabou por considerar constitucional decreto executivo que simplesmente menospreza por completo a maioria parlamentar qualificada responsável pela derrubada do veto no processo legislativo. É dizer: legitimou-se uma postura do Poder Executivo que *a priori* nega o diálogo com o Poder Legislativo, de forma que, no embate de posições antagônicas assumidas por Executivo e Legislativo no

19 Para uma visão detalhada do posicionamento doutrinário assumido sobre o tema sob a égide do ordenamento constitucional pretérito, veja: BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 268-270.

processo de elaboração da lei, o Poder Executivo faz valer a sua vontade monocrática por força de decreto – e, naquele caso, com a chancela do Poder Executivo.

Com a devida vênia, sem questionar a decisão judicial em si – *até mesmo porque proferida em contexto constitucional e histórico totalmente diverso* –, é de se ponderar o risco que ela traz para a interpretação constitucional ao viabilizar a tensão e a hostilidade entre os poderes constituídos, indo na contramão da prudente advertência de Conrado Hübner Mendes de que “na separação de poderes, a interação é inevitável. A interação deliberativa é um ganho; a interação puramente adversarial, se não chega a ser uma perda, desperdiça seu potencial epistêmico”²⁰.

Pois bem. Se até o advento do texto Constitucional de 1988 era amplamente admitida a recusa administrativa – *pela Chefia do Poder Executivo* – à execução de lei inconstitucional, é verdade que o fim do monopólio do Procurador-Geral da República para deflagrar o controle concentrado de constitucionalidade, com a abertura do rol de legitimados pela CRFB, passou a exigir um novo olhar sobre a questão. Afinal, ao Presidente da República e aos Governadores de Estados passou-se a reconhecer legitimidade para o questionamento judicial da constitucionalidade de leis em abstrato, o que poderia conduzir à desnecessidade da postura autodefensiva.

Nesse sentido, assevera Gilmar Ferreira Mendes:

“É certo que a questão perdeu muito do seu apelo em face da Constituição de 1988, que outorgou aos órgãos do Executivo, no plano estadual e federal, o direito de instaurar o controle abstrato de normas. A possibilidade de se requerer liminar que suspende imediatamente o diploma questionado reforça ainda mais esse entendimento. Portanto, a justificativa que embasava aquela orientação de enfrentamento ou quase desforço perdeu razão de ser na maioria dos casos²¹.”

20 *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

21 O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, p. 18, abr./jun. 1997.

Essa ampliação do rol de legitimados para provocar, em abstrato, a *judicial review*, a meu ver, não chega a infirmar a tese prevalente no contexto anterior. É fora de dúvida, porém, que essa facilitação de acesso à Corte Constitucional operada pela CRFB demanda uma nova apreciação da questão, que busque compatibilizar o sistema de controle jurisdicional repressivo com a vinculação administrativa à Constituição.

Antes, porém, de se desenvolver a temática sob esse prisma, cumpre registrar que, mesmo sob a égide da atual Constituição, o STF já teve a oportunidade de reiterar a possibilidade de recusa da lei inconstitucional pelo Poder Executivo, nos autos da ADI 221-0/DF-MC²². A partir da análise de tal julgado, extrai-se que o Tribunal reafirmou a tese, mas ponderou a existência de questionamentos em razão do alargamento da legitimação ativa para a ADIs. Além disso, esse ponto específico, embora conste inclusive da ementa do julgado, não foi, absolutamente, o foco dos debates, uma vez que a questão de fundo versava, em realidade, sobre controle de constitucionalidade por meio de edição de lei ou ato normativo posterior.

Mais recentemente, o STF teve novamente a oportunidade de sinalizar a necessidade de novo enfrentamento do tema, a partir de pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes proferido no Mandado de Segurança nº 25.888-MC/DF, reiteradamente reproduzido por diversos Ministros da Corte ao enfrentarem mandados de segurança impetrados contra ato do Tribunal de Contas da União a respeito do procedimento licitatório simplificado adotado pela Petrobras. Confira-se:

“Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual ‘o Tribunal de Contas, o exercício de suas

22 Extrai-se o seguinte trecho relevante do voto do Ministro Relator Moreira Alves: “Sucede, porém, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos em vigor é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, à semelhança de países como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, a Argentina, a Itália, a Alemanha, em que só se admite o controle judiciário dessa constitucionalidade. [...] Os Poderes Executivo e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei, e quando declaram a nulidade desses atos administrativos, ficam sujeitos ao controle do Poder Judiciário, e poderão ser responsabilizados pelos prejuízos advenientes dessa declaração se este entender que inexiste a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade. Em se tratando de lei ou ato com força de lei, os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade – podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais”. (STF, ADI 221-0/DF-MC, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 29.03.1990).

atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público'. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. *Até o advento da Emenda Constitucional n° 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (Grifou-se)."*

Embora o trecho acima reproduzido tenha sido invocado em diversas decisões monocráticas posteriores, o fato é que a questão ainda não foi revisitada de maneira conclusiva pelo STF²³.

23 A matéria de fundo tratada no Mandado de Segurança n° 25.888/DF encontra-se atualmente pendente de apreciação plenária nos autos do Recurso Extraordinário n° 441.280/RS, sendo que em tal via processual parece difícil ser retomado o debate sob o prisma aqui abordado.

De outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ), também podem ser encontrados dois posicionamentos diametralmente opostos. O primeiro deles foi adotado em 1993 nos autos do Recurso Especial nº 23.121/GO²⁴, vindo a assentar que o Chefe do Poder Executivo tem o dever de negar execução a ato normativo que lhe pareça inconstitucional. Há, porém, uma informação relevante que não se encontra devidamente destacada na emenda do julgado: no caso submetido a julgamento, o Governador do Estado negou execução à lei por considerá-la inconstitucional após ter ajuizado a competente ação direta de inconstitucionalidade.

Mais recentemente, o STJ proferiu decisão em sentido diverso, em voto conduzido pelo Ministro José Delgado, em que expressamente nega a possibilidade de recusa administrativa da lei inconstitucional. Na ementa do julgado, afirma-se categoricamente que não se pode “criar um controle de inconstitucionalidade *a latere* não contemplado pelo nosso ordenamento jurídico, na medida em que não se deve dar respaldo a que um agente público se negue a cumprir preceito de lei ainda não afastado do nosso ordenamento jurídico”²⁵.

Como se percebe, o tema ainda não foi objeto de endereçamento jurisprudencial conclusivo, o que reforça a importância de que seja abordado especialmente com o objetivo de que sejam fixados determinados critérios que possam harmonizar, de um lado, a vinculação da Administração Pública à Constituição e, de outro, o respeito à produção legislativa, reflexo da soberania popular. A busca por parâmetros que viabilizem a criteriosa atuação administrativa *contra legem* é fundamental para que se minimizem potenciais tensões entre os Poderes Legislativo e

24 Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 06.10.1993.

25 STJ, RMS 17.996/RJ, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Relator para Acórdão Ministro José Delgado, julgado em 01.06/2006. Na doutrina, esse posicionamento é defendido por Lucia Valle Figueiredo: “Não estamos, nem de leve, a sugerir a possibilidade de os administradores não respeitarem a lei, se a julgarem inconstitucional. Sou absolutamente contrária a essa tese, porque penso que tal fato geraria insegurança jurídica. Entendo deverem os administradores cumprir a lei, ainda que inconstitucional, quando estiverem no exercício da função administrativa típica. Não poderia, consoante penso, o administrador deixar de aplicar determinada lei por entendê-la inconstitucional. O dever inarredável do administrador, como submisso ao princípio da legalidade, à ordem jurídica, é acatar a lei. Não lhe cabe dizer se a lei é inconstitucional ou não.” (Competência dos Tribunais Administrativos para controle de inconstitucionalidade. *Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, v. 6, n. 24, mar./abr. 2004. Disponível em: < <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=50585>>. Acesso em: 03 jul. 2012.

Executivo, incentivando o estabelecimento de uma cultura de diálogo entre as instituições, pautada por mútuo respeito.

Nessa linha de raciocínio, cumpre destacar, inicialmente, o tratamento que o próprio legislador federal – *provocado pelo Poder Executivo por meio da edição de Medida Provisória* – dispensou à matéria no âmbito do processo administrativo fiscal.

Pois bem. A Lei Federal nº 11.941, de 27 de maio de 2009 – *que resultou da Medida Provisória nº 449/2008* – acrescentou o artigo 26-A ao Decreto Federal nº 70.235/72, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal em âmbito federal. Confirma-se a dicção do dispositivo:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;
- b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou
- c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.”

Como se percebe, o referido dispositivo legal afirma, a *contrario sensu*, a legitimidade da recusa administrativa da lei inconstitucional, desde que observadas determinadas condições, as quais guardam relação com a necessidade de razões juridicamente sólidas, reconhecidas por autoridades integrantes da

direção superior da Administração Pública e aptas a infirmar a presunção de constitucionalidade das leis.

É precisamente essa a direção que se pretende seguir doravante, mediante a proposição de parâmetros que possam favorecer a atuação concertada e inclusiva²⁶ dos Poderes Executivo e Judiciário em prol da defesa da Constituição. Isso porque, além de confrontar os Poderes Legislativo e Executivo, a aceitação sem ressalvas da possibilidade de se negar administrativamente execução a uma lei inconstitucional desconsidera aspectos importantes da *judicial review* contemplada na Constituição da República, ao mesmo tempo em que fragiliza a segurança jurídica.

De início, é importante reconhecer que o postulado clássico da precedência da lei no âmbito da atividade administrativa encontra-se reformulado a partir do reconhecimento da força vinculante da Constituição para o agir administrativo. Nesse contexto, ressalvadas as hipóteses de reserva de lei expressamente consignadas no próprio Texto Constitucional, a atuação da Administração Pública encontra fundamento direto na Constituição, sem a necessidade de interposição legislativa. Trata-se do fenômeno caracterizado por Paulo Otero como a “quebra do mito da onipotência da lei face à Administração”²⁷, fazendo com que a lei deixe de ter o “monopólio habilitante da atividade administrativa”²⁸. Em suas palavras:

“Houve aqui como que um processo de autodeterminação constitucional face ao poder legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente

26 Nesse sentido, é precisa a lição de Juarez Freitas: “Importa remarcar: a Constituição Federal, entendida sem a falácia (assaz comum) da desintegração, deve ser lida como inclusiva em matéria de controle de constitucionalidade, ao estabelecer (CF, art. 23, I) a competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios para zelar pela ‘guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas’. Por certo, ao assim prescrever, não almeja que tal tarefa se resolva, com exclusividade, no Poder Judiciário, mas no controle de juridicidade constitucional extenso e intenso, eficiente e eficaz, de molde a favorecer, ao menos em tese, resultados legislativos e administrativos em consonância com os objetivos fundamentais da República (art. 3º), isto é, com o pleno resguardo, sem retrocessos, dos direitos ‘entrincheirados’”. (O controle de constitucionalidade pelo Estado-Administração. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 40, p. 221, abr./jun. 2010).

27 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 733.

28 *Ibid.*, p. 735.

te as autoridades administrativas. Compreende-se, nesse preciso sentido, que se afirma, segundo expressa disposição constitucional, que os órgãos e agentes administrativos, além de subordinados à lei, estejam também subordinados à Constituição.

Como já foi sublinhado, em comentário à nossa posição defendida em anterior estudo, a reserva vertical de lei foi substituída por uma reserva vertical de Constituição²⁹.”

A formulação contemporânea do princípio da legalidade administrativa – *que evoluiu para a juridicidade administrativa, traduzindo a vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo*³⁰ – é especialmente importante para os fins da investigação aqui proposta porque, tradicionalmente, a atividade administrativa realiza-se *secundum legem*. E, bem ao contrário, quando o Poder Executivo nega cumprimento a uma lei por inconstitucionalidade, sua atuação revela-se *contra legem*. Daí porque se faz necessário o estabelecimento de balizas a essa postura administrativa “contra a lei e em vez da lei”³¹, a fim de que não implique a imposição unilateral e excessiva do Poder Executivo – *como protagonista da atividade administrativa* – sobre a lei produto da soberania popular.

Assim, um primeiro parâmetro importante a balizar a atuação administrativa *contra legem* – *mas segundo a Constituição* – reside na afirmação dos direitos fundamentais. Com efeito, diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar³².

29 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 735.

30 Conforme leciona Gustavo Binenbojm, o princípio da juridicidade traduz a vinculação da Administração Pública a um bloco de legalidade, que é o ordenamento jurídico como um todo sistêmico. Assim, ainda segundo o autor, “a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)”. (*Uma teoria do direito administrativo*). Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 143).

31 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 741.

32 *Ibid.*, p. 741.

Igualmente, em se tratando de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – *de vinculação direta e imediata da Administração Pública* –, impõe-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração.

Por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública. Com efeito, a Constituição de 1988 consagra um Estado Democrático de Direito no qual a ordem administrativa deve estar necessariamente orientada à concretização dos objetivos fundamentais estatuídos em seu artigo 3º, visando (i) à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) a garantia do desenvolvimento social; (iii) à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e, finalmente, (iv) à promoção do bem de todos.

As situações acima destacadas retratam hipóteses emblemáticas de substituição da lei pela Constituição, em que a atividade administrativa encontra no Texto Constitucional o fundamento direto e imediato de sua decisão, fazendo surgir para a Administração Pública o dever de recusar a execução da lei incompatível com a Constituição.

Por sua vez, em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.

De qualquer forma, seja qual for o fundamento *supra* que venha a legitimar a atuação administrativa *contra legem*, é importante que sejam adotadas certas medidas de cautela e de respeito ao Poder Legislativo, com o escopo de afastar, tanto

quanto possível, críticas relacionadas à usurpação de competência e à insegurança jurídica.

Nesse sentido, quando a Administração Pública decide negar aplicação a uma lei por considerá-la inconstitucional, assume a responsabilidade e a responsividade³³ dessa postura, até mesmo porque pode acontecer de a interpretação conferida pela administração no sentido da inconstitucionalidade da lei não ser confirmada no âmbito do controle jurisdicional.

Essa responsabilidade – *que é de cunho institucional, mas também de cunho político-administrativo, uma vez que pode ser invocada pelos destinatários da lei “indevidamente” não aplicada* – somente pode ser assumida por aquele que detém a competência constitucional de exercer a direção superior da Administração Pública, é dizer, pela Chefia do Poder Executivo. Assim, para que o agente administrativo esteja autorizado a descumprir uma lei por inconstitucionalidade, faz-se necessária autorização nesse sentido emanada formalmente da Chefia do Poder Executivo, acompanhada da explicitação das razões jurídicas consistentes que justifiquem a postura *contra legem* – como regra, as razões jurídicas constarão de pronunciamento dos órgãos de assessoramento jurídico da União, Estados ou Municípios. Além disso, para fins de transparência e sindicabilidade, é importante que o ato da Chefia do Poder Executivo seja devidamente publicado na imprensa oficial.

Como fator de segurança jurídica e demonstração de boa-fé administrativa no relacionamento com a Casa Legislativa, há uma última cautela de fundamental importância a ser adotada pela Administração Pública: provocar imediatamente a manifestação do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade da lei cuja execução foi recusada, preferencialmente por meio do ajuizamento da competente ação direta de inconstitucionalidade

33 Anota Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Se responder pela ilegalidade é dever tão antigo quanto o próprio Direito, responder pela ilegitimidade é tão recente quanto a consolidação histórica da democracia como regime dominante na cultura ocidental. O princípio da responsividade vê, por isso, complementar o princípio da responsabilidade e amplia-lhe os efeitos, além da legalidade estrita, para inspirar e fundar ações preventivas, corretivas e sancionatórias do Direito Administrativo voltadas à preservação do princípio democrático e da legitimidade, como qualidade que dele decorre. [...] Neste sentido, a responsividade está para o Estado Democrático de Direito assim como a responsabilidade está para o Estado de Direito. Nessa mesma linha de idéias, responsabilidade e responsividade são princípios que se complementam para a construção de um conceito integrado de Estado Democrático de Direito [...]” (*Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 92).

(para o que são legitimados os Chefes do Executivo em nível federal e estadual) ou, em não sendo possível (no caso de leis municipais, por exemplo), por meio de representação de inconstitucionalidade (artigo 125, §2º, da CRFB) ou pela via do controle difuso e incidental.

Como se percebe, os parâmetros apresentados buscam harmonizar o reconhecimento da vinculação direta e imediata da Administração Pública à Constituição com a imprescindível e meritória função exercida pelos legisladores eleitos em uma democracia, sem radicalizar para uma polarização que simplesmente contraponha Executivo e Legislativo. Muito ao contrário, a atuação prudente e criteriosa do Poder Executivo pode favorecer, e muito, a interpretação constitucional, indo ao encontro daquilo que preconizam as denominadas “teorias do diálogo institucional”, no sentido de que não deve haver competição no exercício da interpretação constitucional, mas sim, debate permanente e cooperativo entre as instituições³⁴.

4 Controle de constitucionalidade pelo Poder Legislativo: a sustação de atos normativos e a proposta de Emenda Constitucional nº 03/11

Uma vez examinado o papel inclusivo do Poder Executivo e da Administração Pública na busca pelo sentido e do alcance da Constituição, passa-se a abordar as hipóteses em que a interpretação constitucional suscita a interlocução com órgãos do Poder Legislativo.

Nesse contexto, é consensualmente aceita, nos termos do artigo 49, inciso V, da CRFB, a intervenção das Casas Legislativas para o exercício do controle de constitucionalidade de decretos e atos regulamentares emanados do Poder Executivo e que venham a extrapolar os limites da delegação legislativa ou que exorbitem do poder regulamentar. Trata-se, em tal hipó-

34 MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 20 Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2012.

tese, de controle de constitucionalidade que visa a assegurar a observância do princípio da legalidade, de forma a evitar que o Poder Executivo, sob o pretexto de regulamentar uma lei, venha a inovar a ordem jurídica, estabelecendo direitos ou obrigações sem previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CRFB).

De fato, à luz da norma do artigo 84, inciso IV, da CRFB, compete ao presidente da República expedir decretos e regulamentos visando à fiel execução da lei. É consensual que tal competência traduz o exercício do denominado poder regulamentar da Administração Pública, que se caracteriza como uma espécie de poder normativo secundário, destinado a “preencher os detalhes” (*filling up details*) da lei para permitir-lhe a execução. Assim, ressalvadas as matérias referidas no artigo 84, inciso VI, alínea “b”, da Constituição da República – *com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 32/2001*³⁵ –, a tradição constitucional brasileira somente admite a edição de regulamento de execução pelo Poder Executivo, vale dizer, ato normativo de cunho secundário que não inove o ordenamento jurídico, sob pena de violação aos princípios da legalidade e da separação funcional de poderes³⁶.

A partir dessa leitura tradicional quanto ao exercício do poder regulamentar, não há dúvida de que, como regra, os decretos ou regulamentos de execução previstos no artigo 84, inciso IV, da CRFB, encontram na lei regulamentada o seu fundamento direto de validade e, exatamente por isso, qualquer contrariedade deve ser analisada sob o prisma do controle de legalidade, e não do controle de constitucionalidade.

A experiência histórica, porém, demonstra que não são raras as hipóteses em que, a pretexto de permitir a fiel execução de uma lei, editam-se regulamentos ou decretos autonomamente inovadores da ordem jurídica, extrapolando o domínio daquilo

35 Para parte da doutrina administrativista nacional, a referida Emenda Constitucional teria passado a admitir a edição de decretos autônomos no direito brasileiro (domínio da Administração Pública) para a organização interna do funcionamento dos órgãos administrativos. A edição de tais decretos autônomos legítima-se quando a própria Constituição reserva determinada matéria ao domínio do regulamento, excluindo, para sua disciplina, qualquer intervenção legislativa. Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 87-89.

36 WILLEMANN, Flavio de Araujo. *Responsabilidade civil das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p.144.

que foi disciplinado pelo legislador. Em tais situações, que deveriam ser excepcionais, não tem cabimento cogitar-se controle de legalidade, uma vez que o regulamento que deixa de observar os limites estabelecidos em lei não é ilegal, mas sim, inconstitucional³⁷.

Essa realidade, aliás, é objeto de consideração pelo próprio Supremo Tribunal Federal, que não hesita em admitir o cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para que sejam aferidos decretos ou regulamentos quando estes, no todo ou em parte, embora com roupagem formal de ato secundário, ostentem densidade normativa primária violadora do princípio da legalidade³⁸.

Tal exame de constitucionalidade repressivo, além de ser exercitável por intermédio da *judicial review*, também pode ser praticado pelo próprio Poder Legislativo, a que se reconhece competência para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar.

É interessante notar que, nos termos do artigo 49, inciso V, da CRFB, o controle legislativo de que aqui se trata recai sobre atos normativos emanados do *Poder Executivo*.

Porém, como já se mencionou anteriormente, relativizou-se, nos últimos anos, o protagonismo da lei para as instâncias administrativas e, a partir dessa renovada leitura do princípio da legalidade, o fenômeno da deslegalização passou a ser cada vez mais corrente. De acordo com a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, deslegalização é a “retirada, pelo próprio legislador, de certas matérias do domínio da lei (*domaine de la loi*), passando-

37 Como elucida Gilmar Ferreira Mendes, “Kelsen já havia assinalado que qualquer ofensa contra o direito ordinário configuraria uma ofensa indireta contra a própria Constituição, desde que esta contivesse o princípio da legalidade da Administração. Não obstante, enquanto a inconstitucionalidade direta poderia ser aferida pela via abstrata, a inconstitucionalidade indireta somente poderia ser examinada dentro de um sistema de controle de legalidade. Com a diferenciação entre a inconstitucionalidade direta e indireta, esforçava-se Kelsen para superar as dificuldades práticas decorrentes da ampliação desse conceito de inconstitucionalidade. Reconhecia-se, porém, a dificuldade de se traçar uma linha precisa entre inconstitucionalidade direta e indireta. Sem fazer qualquer distinção entre inconstitucionalidade direta e indireta, a doutrina brasileira enfatiza que qualquer regulamento que deixe de observar os limites estabelecidos em lei é inconstitucional.” (O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, p. 15, abr./jun. 1997).

38 STF, ADI 1.222, Relator Ministro Sydney Sanches, DJ de 11.04.2003; STF, ADI 2.439, Relator Ministro Ilmar Galvão, DJ de 14.09.2001; e, mais recentemente, STF, ADI/MC 3.731, Ministro relator Cezar Peluzo, julgado em 29.08.2007. Em todos esses precedentes, o Supremo Tribunal Federal afirma a admissibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo subalterno cujo conteúdo seja de lei em sentido material e que, como tal, goze de autonomia nomológica.

-as ao domínio do regulamento (*domaine de l'ordonnance*)³⁹. É precisamente esse processo de deslegalização que fundamenta, consoante sólida doutrina construída sobre o tema, o denominado poder normativo das agências reguladoras.

De outro lado, também se verificou no Brasil, nos últimos anos, tendência ao reconhecimento de poder normativo autônomo a determinados órgãos não integrantes quer do Poder Legislativo, quer do Poder Executivo. Assim, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, expressamente outorgou-lhes competência para a expedição de atos regulamentares na esfera de suas atribuições.

Como se percebe, no estágio atual de evolução do direito no Brasil, o exercício do poder normativo acabou sendo relativamente pulverizado para outras instâncias decisórias. Essa circunstância parece ter justificado a apresentação de uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 03/2011), em tramitação perante a Câmara dos Deputados, com o objetivo de substituir a locução “Poder Executivo”, constante do artigo 49, inciso V, da CRFB, pela expressão “outros Poderes”, criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados também do Poder Judiciário. Segundo os defensores da alteração constitucional, a medida é necessária para viabilizar o controle do exercício do poder normativo especialmente no âmbito da Justiça Eleitoral e dos órgãos de Controle Externo⁴⁰.

O exame dos termos da pretendida alteração constitucional revela que a sua harmonização com a Carta de 1988 pressupõe, realmente, uma interpretação que restrinja as hipóteses de sustação apenas e tão somente aos casos em que o poder regulamentar exorbitante tenha derivado de deslegalização ou de delegação legislativa, traduzindo, efetivamente, o exercício de um poder normativo de índole secundária fundado em lei. Nos casos em que o poder normativo extrai seu fundamento de validade diretamente da Carta Constitucional (distinguindo-se, pois,

39 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 122.

40 Esse é o entendimento perfilhado no parecer do Deputado Nelson Marchezan Junior, Relator da matéria no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

do regulamento de execução), não há espaço para a atuação do Poder Legislativo no controle de sua constitucionalidade, sob pena de violação a separação de poderes.

De qualquer forma, essa PEC – *que já teve a admissibilidade aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados* – tem provocado enorme polêmica na comunidade jurídica e grande reação de parcela do Poder Judiciário⁴¹, que vislumbra na proposta a pretensão de se instaurar no Brasil mecanismo de revisão legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade. Justifica-se o receio especialmente em razão das repercussões bastante heterogêneas geradas a partir da postura mais ativa do Supremo Tribunal Federal, que absolutamente não tem se eximido de adotar decisões em matérias moralmente sensíveis, não raro preenchendo vácuo deixado pelo próprio parlamento.

As incertezas geradas com a apresentação da PEC nº 03/2011 decorrem não tanto do seu efetivo teor – *que, a bem da verdade, não faz menção à sustação de decisão judicial* –, mas principalmente do contexto político e dos debates que permearam sua formulação perante a Câmara dos Deputados, evidenciando certo desconforto de parte do Poder Legislativo com decisões adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.

O incômodo, aliás, encontra-se explicitado no próprio parecer⁴² aprovado pela CCJ em 25 de abril de 2012. Segundo o entendimento que prevaleceu no âmbito da Comissão, a PEC nº 03/11 não se relaciona com a atividade típica do Poder Judiciário, “versando exclusivamente sobre atos normativos (atividade atípica e, portanto, de natureza não jurisdicional) dos outros poderes, especialmente aqueles emanados pelos órgãos do Poder

41 Cite-se, por exemplo, a nota pública divulgada em 04 de maio de 2012 pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, por meio da qual repudia a intenção de interferência do legislativo no Judiciário. De acordo com a nota, “[...] a PEC 03/2011, que tem o objetivo aparente de apenas ‘sustar’ (sic) atos normativos dos outros poderes”, inclusive do Poder Judiciário, politicamente tem a real e verdadeira intenção de cassar decisões judiciais que desagradem segmentos político-hegemônicos contrariados em seus interesses econômicos, filosóficos, religiosos ou tendências morais apoiadas no Poder Legislativo (como noticiado pela imprensa), e representaria, ao fim e ao cabo, dura e inadmissível quebra dos valores democráticos tão caros à sociedade, bem como do próprio sistema de tripartição de poder e autonomia do Judiciário, com ferimento ao próprio regime de liberdades”. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-mai-04/nota-juizes-trabalho-repudiam-pec-limita-poder-judiciario> >. Acesso em: 19 jul. 2012.

42 O parecer aprovado pela CCJ é de autoria do Deputado Nelson Marchezan Junior.

Judiciário, que possam ter extrapolado os limites da legalidade”. Mas, ao final do parecer, embora negando que tal seja o norte da proposta, é feito o seguinte registro:

“Ainda que se aponte a crise da representatividade política dos Parlamentos como uma das causas do ativismo judicial, não pode o próprio Congresso nacional abdicar do zelo por sua competência legislativa.

Embora não seja o escopo da PEC em exame, não podemos nos furtar a observar que o Poder Judiciário – mormente no exercício do controle de constitucionalidade –, tem deixado de lado o tradicional papel de legislador negativo para atuar como vigoroso legislador positivo. Tal fato atenta contra a democracia e as legítimas escolhas feitas pelo legislador.

Não deve o Poder Legislativo consentir com a tese de que a Suprema Corte representa um ‘arquiteto constitucional’ com poderes de, por meio de suas decisões ativistas, ‘redesenhar’ outras instituições e a própria Constituição.

Não obstante tais constatações fáticas, a presente PEC, como já frisado, tem como alvo direto o eventual abuso do poder normativo delegado a outros poderes. Por essa razão, não cabe, nesta análise, tecer considerações adicionais a respeito de soluções para outras facetas do ativismo judicial.”

Ora, é fora de dúvida que uma interpretação da PEC nº 03/11 que venha a minimamente legitimar a instauração de uma revisão política de decisões judiciais esbarraria, frontal e inequivocamente, na cláusula pétrea da separação funcional de poderes. Embora até existam experiências nesse sentido em outras comunidades jurídicas⁴³, o fato é que o modelo constitucional de 1988 não alberga tal possibilidade.

43 A propósito, notícia Stephen Gardbaum: “Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um polo para o outro. De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra”. (O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.159-221).

Porém, o desconforto do Poder Legislativo diante de decisões adotadas em sede de *judicial review* lança luzes sobre o histórico conflito entre a supremacia legislativa e a supremacia judicial e os possíveis arranjos institucionais que contemplam uma maior interlocução entre tais poderes constituídos.

Nesse contexto, o modelo adotado em 1982 pela Carta de Direitos e Liberdades do Canadá é usualmente apontado como construção que claramente vislumbra a possibilidade de o parlamento impor-se perante o judiciário em matéria de interpretação de direitos fundamentais com *status* de lei suprema. Com efeito, é a disposição contida na Seção 33 da Carta Canadense – conhecida como *notwithstanding clause* –, que expressamente rejeita a característica peculiar dos modelos inspirados no constitucionalismo norte-americano de que a decisão do Poder Judiciário é final e não tem como ser revertida ordinariamente pelo legislativo⁴⁴. De acordo com a mencionada cláusula “não obstante”, o parlamento ou o legislativo de uma província pode simplesmente recusar que uma lei aprovada seja objeto de revisão judicial, imunizando-a pelo prazo inicial de cinco anos, passível de renovação pelas legislaturas subsequentes.

Como se percebe, a questão de fundo que se encontra subjacente aos debates travados em torno da PEC nº 03/11 é extremamente atual e polariza legislativo e judiciário⁴⁵. Na experiência constitucional brasileira, até algum tempo atrás, não era comum que os parlamentares desafiassem decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade pelo STF. Normalmente, em vez de se insurgir contra as decisões declaratórias de inconstitucionalidade, o Legislativo buscava editar uma nova legislação que contemplasse a visão da Corte a respeito do tema, caminhando, pois, no sentido da deferência a *judicial review*.

Nos últimos anos, porém, a reação legislativa à jurisprudência constitucional tem sido mais recorrente e há importantes precedentes abordando o tema, os quais serão objeto de exame

44 GARDBAUM, Stephen. O novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. In: BIGONHA, Antonio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Org.). *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.178).

45 A síntese de Mark Tushnet revela-se bastante apropriada: “As Lincoln said, the Constitution belongs to the people. Perhaps it is time for us to reclaim it from the courts”. (*Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. Kindle edition, posição 2.872).

detalhado no próximo tópico deste trabalho. Em antecipação, porém, os questionamentos que permeiam o fenômeno da reação legislativa em matéria de interpretação constitucional podem ser listados conforme a proposta de Mark Tushnet, em sua obra *“Taking the Constitution Away from the Courts”*⁴⁶. Em síntese, suas provocações são:

“Pode o Congresso superar uma decisão da Suprema Corte por meio de legislação ordinária? Devem as interpretações constitucionais da Corte prevalecer sobre interpretações alternativas oferecidas pelo Congresso? [...]. O que pode o Congresso fazer quando a Corte decide um caso em sentido que a maioria considera profundamente equivocado?”⁴⁷

São precisamente esses os questionamentos a serem examinados na sequência, mediante a exposição da construção jurisprudencial do STF a propósito do tema.

5 O fenômeno da correção legislativa da jurisprudência constitucional

Embora o arranjo institucional formulado pela Seção 33 da Carta de Direitos e Liberdades Canadense possa parecer muito distante da realidade constitucional brasileira, é interessante constatar que já houve expediente bastante similar contemplado no constitucionalismo brasileiro, com o objetivo cristalino de limitar o poder da Corte Suprema. Tratava-se do instituto previsto no artigo 96 da Carta de 1937, o qual, logo após estabelecer a cláusula de reserva de plenário, admitia que ato legislativo suspendesse decisão judicial declaratória de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Confira-se:

46 TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999. Kindle edition, posição 89.

47 Versão livre da autora para o seguinte trecho: “*Can Congress overrule a Supreme Court decision by an ordinary statute? Should the Court’s constitutional interpretations prevail over alternative interpretations offered by Congress? [...]. What may Congress do when the Court decides a case in a way that large majorities think profoundly wrong-headed?*” (Ibid., posição 89).

“Art. 96. Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.”

Como registra Gilmar Ferreira Mendes⁴⁸, a origem desse instituto foi justificada pelas desconfianças dirigidas ao pretense caráter contramajoritário da jurisdição constitucional e teve por inspiração a prática constitucional norte-americana de edição de leis de cunho corretivo, ou seja, a prática relativamente presente na experiência americana que busca contornar decisões da Corte Constitucional mediante edição de ato legislativo ou aprovação de emenda à Constituição.

A fórmula consagrada na Carta de 1937 não encontra acolhida minimamente remota no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Mas, como se passa a analisar, o expediente que lhe serviu de inspiração tem tido aplicação prática relativamente crescente e, ainda que por via transversa, vem instaurando relevante diálogo entre legislativo e judiciário na interpretação constitucional.

Pois bem. À luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, fortemente baseado na supremacia judicial da interpretação constitucional, a resposta do legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda, via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição. Assim, o Congresso nacional manifesta sua divergência para com a interpretação conferida pelo STF a uma norma mediante a reforma do próprio parâmetro de controle,

48 MENDES, Gilmar Ferreira. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 134, p. 16, abr./jun. 1997).

com a ressalva de que tal expediente apenas se revela possível nos casos em que não haja qualquer cláusula pétreia envolvida.

A esse respeito, menciona-se a doutrina de Luis Roberto Barroso:

“Salvo em relação às matérias protegidas por cláusulas pétreas, a última palavra acerca de qual deve ser o direito constitucional positivo em dado momento é do Congresso nacional, no exercício do seu poder constituinte derivado. De fato, discordando o Poder Legislativo da inteligência dada pelo Supremo Tribunal Federal a uma norma constitucional, poderá sempre emendá-la, desde que seja capaz de preencher o quorum de três quintos dos membros de cada casa, observando os demais requisitos do processo legislativo próprio (CF, art. 60 e parágrafos)⁴⁹.”

Nessa linha de raciocínio, algumas emendas à CRFB foram aprovadas precisamente com o objetivo de contornar a posição firmada pelo STF em determinada matéria constitucional. A título exemplificativo, podem ser lembradas as Emendas nºs 19/98, 29/2000 e 39/2002, todas elas provocando alteração do texto constitucional em resposta a posicionamentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como “reforma administrativa”, o legislador constituinte derivado claramente pretendeu revisitar a interpretação conferida pelo STF à abrangência do denominado teto remuneratório do funcionalismo público. Isso porque, de acordo com a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal no julgamento da ADI nº 14⁵⁰, não deveriam ser computadas, para fim de aferição do teto previsto no artigo 37, inciso XI, da CRFB, as vantagens de caráter pessoal. Em resposta, a Emenda Constitucional nº 19/98, dentre outras providências, alterou a norma para deixar expresso que as referidas vantagens de índole pessoal incluem-se no limite máximo remuneratório.

49 BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

50 STF, ADI nº 14, Relator Ministro Célio Borja, julgada em 13.09.1989.

Da mesma forma, a Emenda nº 29/2000 traduziu inequívoca reação legislativa à jurisprudência firme do STF no sentido da inconstitucionalidade de alíquotas progressivas de IPTU que levassem em consideração a capacidade econômica do contribuinte. De acordo com o pacífico entendimento da Corte, sendo o IPTU um imposto de natureza real, a progressividade de suas alíquotas não poderia decorrer de critérios atinentes à capacidade econômica do contribuinte, admitindo-se a progressividade apenas para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (à luz do artigo 182, §4º, inciso II, da CRFB).

Em respostas a essa jurisprudência constitucional, o Congresso Nacional aprovou a Emenda nº 29/2000, que expressamente passou a admitir a progressividade do IPTU em razão do valor do imóvel, bem como o estabelecimento de alíquotas diferenciadas de acordo com a localização e o uso do imóvel. Aqui, mais uma vez, o legislador fez prevalecer sua interpretação promovendo a alteração da Constituição.

Por fim, também a Emenda Constitucional nº 39/2002 pretendeu reverter um posicionamento do STF, novamente em matéria tributária. Tratava-se, dessa vez, de descontentamento com os precedentes – *sumulados no Enunciado nº 670*⁵¹ – do Tribunal que rejeitavam a possibilidade de o serviço de iluminação pública ser custeado por meio de taxa. Como forma de contornar o entendimento consolidado, aprovou-se a referida emenda, que expressamente passou a contemplar a possibilidade de instituição de contribuição para o custeio do serviço de iluminação pública – *em franca reação à jurisprudência constitucional que considerava que o serviço deveria ser suportado por meio da receita de impostos*.

Essa última emenda “corretiva” chegou a ser considerada inconstitucional pelo Ministro Marco Aurélio, em voto vencido, no julgamento do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 673.675/SC⁵². Após evidenciar que a “causa da emenda não foi outra senão o verbete nº 670 da Súmula do Supremo”, o Ministro

51 Enunciado 670 do STF: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

52 Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 25.03.2009.

afirmou a sua inconstitucionalidade por afastar cláusula pétrea relativa à garantia dos contribuintes.

Ora, nos três casos citados, o legislador constituinte derivado buscou contornar a interpretação judicialmente conferida a uma norma constitucional e, desde que não se atinjam cláusulas pétreas, o expediente é aceito sem maiores resistências.

Porém, a reação legislativa encontra maiores obstáculos quando resulta da vontade do legislador ordinário. E, sob essa perspectiva, existem dois casos emblemáticos apreciados pelo STF, com desfechos totalmente distintos.

O primeiro deles encontra-se materializado no julgamento da ADI nº 2.797/DF, ocorrido em setembro de 2005, em que se questionava a constitucionalidade da Lei nº 10.628/2002, ao acrescentar os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal.

A lei impugnada na referida ação direta teve por objetivo estabelecer que a competência por prerrogativa de foro, relativa a atos administrativos do agente, prevaleceria ainda que o inquérito ou a ação penal tivessem início após a cessação do exercício da função pública. Pretendia o legislador, de maneira inequívoca, insurgir-se contra o cancelamento do Enunciado nº 394 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 25 de agosto de 1999⁵³, e restaurar a interpretação da matéria até então vigente na Corte Constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão adotada por maioria⁵⁴, considerou a lei inconstitucional, destacando que veiculava “pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição”. E mais: registrou-se expressamente que “admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador”. Confirmam-se os trechos mais significativos da ementa:

53 STF, Inq. 687-QO, Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em 25.08.1999. O Enunciado cancelado em tal oportunidade tinha o seguinte teor: “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício”.

54 STF, ADI 2.797/DF, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 15.09.2005. Ficaram vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

“Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: *pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada*. 1 O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui *evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394* por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente. 2 Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. 3 *Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, insita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior*. 4 Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional *para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames*. (Grifou-se)”

O outro caso emblemático sobre o tema foi apreciado em outubro de 2008, quando do julgamento da ADI 3.772/DF, ajuizada contra o artigo 1º da Lei nº 11.301/06.

Pois bem. Por meio da edição da referida lei, buscou o legislador ordinário reverter o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito dos requisitos necessários para a caracterização do direito à aposentadoria especial no magistério prevista nos artigos 40, §5º, e 201, §8º, ambos da CRFB.

De acordo a interpretação conferida pelo STF aos mencionados dispositivos constitucionais, para o efeito de aposentadoria especial de professores, não se podia computar o tempo de serviço prestado fora de sala de aula – *orientação consolidada no Enunciado nº 726, aprovado em 2003*. O legislador ordinário, porém, manifestou seu inconformismo com tal interpretação ao aprovar a Lei nº 11.301/06, vindo a ampliar o regime especial de aposentadoria para os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico.

É fora de dúvida que, à semelhança da Lei nº 10.628/02, a Lei nº 11.301/06 também foi produto de uma reação do legislador ordinário à jurisprudência firmada pelo STF em matéria constitucional, buscando reverter a leitura da Corte a respeito dos requisitos para a aposentadoria no magistério.

O interessante é que, bem ao contrário do que ocorreu no julgamento da ADI 2.797/DF, o STF, ao apreciar a ADI nº 3.772/DF – *oferecida contra a Lei nº 11.301/06* –, comportou-se de maneira totalmente diversa, vislumbrando na postura do legislador uma provocação para debater e evoluir na interpretação constitucional. E, como resultado, acabou prevalecendo uma interpretação que efetivamente reconsiderou o que se deve entender por “funções de magistério” para fins de aposentadoria especial⁵⁵.

55 STF, ADI 3.772/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Relator para Acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, julgada em 29.10.2008. Eis a síntese do que restou decidido: “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ACESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar. II - As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal. III - Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra.”

Como se percebe, o resultado totalmente distinto dos dois casos-referência analisados evidencia o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa pela via ordinária. Afinal, o exemplo trazido no julgamento da ADI 3.772/DF demonstra que aquela pode ser um adequado instrumento para instaurar o diálogo entre legislativo e judiciário em matéria de interpretação constitucional e, nesse sentido, oferecer relevante contribuição para a democratização da *judicial review*.

Não parece legítimo, portanto, simplesmente coarctar a atuação legislativa e presumir, antecipadamente, que toda e qualquer lei “corretiva” será inevitavelmente inconstitucional por contrariar a “última palavra” ditada pela Corte Constitucional. Muito pelo contrário, se o legislador ordinário manifesta divergência com a interpretação conferida pelo STF em determinado tema constitucional, essa circunstância não pode ser negligenciada, merecendo ser encarada como uma forma de se fazer instaurar uma dialética que atue em prol da efetividade constitucional.

6 Controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: o Enunciado nº 347 do Supremo Tribunal Federal

Uma vez delineados e analisados os aspectos relativos à interpretação constitucional realizada por órgãos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, passa-se, agora, ao exame da questão sob o prisma da atuação dos Tribunais de Contas no Brasil.

Pois bem. A busca por transparência e *accountability* na gestão dos escassos recursos públicos encontra-se na ordem do dia dos debates concernentes à boa governança e, nesse contexto, assume especial relevância a função desempenhada pelas denominadas Instituições Superiores de Controle⁵⁶, que

56 SPECK, Bruno Wilhelm. A fiscalização dos recursos públicos pelos Tribunais de Contas. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Coord.). *Caminhos da transparência: análise dos componentes de um sistema nacional de integridade*. São Paulo: UNICAMP, 2002. p. 227-257.

constituem componente central do sistema de *checks and balances* das finanças públicas⁵⁷.

É verdade que os sistemas políticos modernos contemplam variados modelos de Instituições Superiores de Controle financeiro-patrimonial do Estado (órgãos colegiados, modelos monocráticos, auditorias independentes, Cortes vinculadas ao Poder Legislativo etc), mas há pelo menos um traço comum inequívoco entre elas: são instrumento indispensável daquilo que Guillermo O'Donnell define como *accountability* horizontal⁵⁸, a pressupor a existência de agências estatais autorizadas e dispostas a supervisionar, controlar, corrigir e sancionar condutas ilícitas praticadas por autoridades integrantes de outras agências estatais (ou controle externo).

O modelo de Instituição Superior de Controle da gestão pública financeira no Brasil segue, desde a instauração da República, a tradição napoleônica da Corte de Contas na França⁵⁹, que assiste tecnicamente o Poder Legislativo no controle patrimonial, contábil, financeiro e orçamentário da gestão administrativa.

A Constituição de 1988, embora tenha permanecido fiel ao modelo tradicional, inovou significativamente ao estabelecer as competências do Tribunal de Contas da União (TCU), atribuindo-lhe papel de destaque que veio a romper drasticamente com a concepção de um órgão de controle externo vinculado ou subordinado ao Poder Legislativo⁶⁰. Muito ao contrário, os artigos

57 SANTISO, Carlos. *The political economy of government auditing: financial governance and the rule of law in Latin America and beyond*. New York: Routledge, 2009. p. 5.

58 O conceito que o autor propõe identifica a *accountability* horizontal como a "existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas". Ainda segundo o próprio autor, os mecanismos de *accountability* horizontal incluem as instituições clássicas do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, "mas nas poliarquias contemporâneas, também se estende por várias agências de supervisão, como os *ombudsmen* e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas." (O'DONNELL, Guillermo. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Revista Lua Nova. São Paulo: CEDEC, n. 44, p. 27-54, 1998).

59 A respeito do modelo francês de controle externo, leciona Didier Migaud: "*Historiquement, le modèle français repose sur l'existence d'un organe de contrôle externe indépendant, sous la forme d'une juridiction. Son indépendance associée aux procédures internes propres à cette juridiction financière renforce son impartialité: Ce qui fait la force et l'utilité de la Cour des Comptes, c'est de se situer à équidistance de l'exécutif et du législatif, et d'être composée de magistrats indépendants qui pratiquent la collégialité et la contradiction. C'est d'ailleurs l'intérêt du Parlement que de pouvoir compter sur la production impartiale d'une institution indépendante dans l'exercice de ses propres pouvoirs de contrôle*". (Les commissions des finances et la Cour des Comptes. *Revue Française de Finances Publiques*, Paris: L.G.D.J, n. 113, p. 23-30, fev. 2011).

60 O Supremo Tribunal Federal (STF) reconhece, sem qualquer dificuldade, que os Tribunais de Contas são órgãos de extração constitucional dotados de autonomia e independência em relação aos demais Poderes da República. Sobre o tema, é bastante elucidativa a decisão adotada pelo Plenário do STF nos autos da ADI 4.190/DF (STF, ADI 4.190/DF, Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 10.03.2010).

70 a 75 da CRFB evidenciam a instauração de verdadeiro mecanismo de colaboração e cooperação mútua e integrada no que diz respeito ao controle externo da atividade financeira estatal, estabelecendo, ao menos normativamente, os pilares para a sua integridade e confiabilidade.

Além disso, o Texto Constitucional definiu, de maneira precisa, os vetores que devem pautar a atividade de fiscalização a cargo do TCU e, por simetria, das Cortes Estaduais e Municipais, onde houver: legalidade, legitimidade e economicidade. Como se percebe, a fiscalização exercida pelas Cortes de Contas no Brasil vai muito além do confronto ou da análise de conformidade de atos de execução orçamentária.

De fato, ao estabelecer como parâmetros de controle a legalidade, a legitimidade e a economicidade, a própria Carta Constitucional aponta decisivamente para novos padrões de controle e supervisão. Além disso, também de maneira inovadora, a Constituição de 1988 amplia o objeto de controle dos Tribunais de Contas, cuja atividade fiscalizadora incide não apenas sobre a gestão financeira, contábil, patrimonial e orçamentária, mas abrange, também, a gestão operacional do Estado.

Especificamente no que tange ao objeto de investigação proposto no presente trabalho quanto à interpretação constitucional, faz-se necessário definir qual o sentido e o alcance da “legalidade” enquanto vetor de controle externo a nortear a atuação dos Tribunais de Contas. Em outras palavras, o tema guarda relação com a possibilidade, ou não, de os Tribunais de Contas, no exercício de suas competências constitucionais, estarem legitimados a apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público e, em caso positivo, quais os efeitos e os limites a serem observados em tal atuação.

À luz do que já se disse a respeito do princípio da legalidade e da sua progressiva evolução para a noção de juridicidade – *no sentido de uma exigência de vinculação direta e imediata das instâncias decisórias à Constituição* –, é quase intuitivo concluir-se que o controle de “legalidade” a cargo dos Tribunais de Contas não se exaure no exame infraconstitucional. É claro que as Cortes de Contas carecem de competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em abstrato; con-

tudo, incidentalmente, no caso concreto, podem reconhecê-la, inclusive conforme orientação sumulada pelo Supremo Tribunal Federal⁶¹. Assim sendo, os Tribunais de Contas têm o poder-dever de deixar de aplicar um ato normativo por considerá-lo inconstitucional e podem, ademais, sustar atos praticados com base em leis inconstitucionais, por força da competência que lhes atribui o inciso X do artigo 71 da CRFB.

Nesse sentido, veja-se a lição de Ricardo Lobo Torres:

“A inconstitucionalidade das leis *in abstracto* não a decretam o Tribunal de Contas nem os órgãos de controle externo ou interno, posto que, além de não exercerem função jurisdicional, limitam-se a apreciar casos concretos. Mas a inconstitucionalidade dos atos administrativos pode ser reconhecida *in casu* pelos órgãos encarregados do controle, que se negarão a aprová-los ou a dar quitação aos responsáveis, alinhando-se com a lei e a Constituição. [...]. A declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle de legitimidade⁶².”

Assim, os Tribunais de Contas, no exercício de sua atividade finalística de controle externo, vinculam-se, direta e imediatamente à Constituição e, como resultado, têm o poder-dever de apreciar concretamente a constitucionalidade de leis e atos normativos subjacentes a atos e ajustes submetidos à sua apreciação. A título ilustrativo, as Cortes de Contas, ao apreciarem um ato de aposentadoria⁶³, devem lhe recusar registro caso a concessão tenha se baseado em lei reputada, pela própria Corte, inconstitucional. Da mesma forma, em se tratando de atos administrativos praticados com base em lei que, à luz da interpretação conferida pelo Tribunal de Contas, revele-se inconstitucional, tem a Corte a competência para determinar à autoridade administrativa que se abstenha de sua prática e, em caso de

61 Nos termos do Enunciado nº 347 do STF, o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

62 O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 22, p. 37-47, jul. 1991.

63 Artigo 71, inciso III, da CRFB.

recusa, caberá aplicar sanção ao agente que descumpriu a determinação do Tribunal.

Contudo, esse tema – *consensualmente aceito, até por força do Enunciado nº 347 do STF* – vem sendo atualmente revisitado no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas adotadas em mandados de segurança envolvendo a submissão da Petrobras ao Regulamento de Procedimento Licitatório Simplificado⁶⁴.

O Tribunal de Contas da União (TCU), por entender que a submissão da Petrobras a um procedimento licitatório simplificado atentaria contra disposições constitucionais, determinou que aquela entidade se abstinhasse de aplicá-lo. Foram impetrados, então, diversos mandados de segurança contra tal determinação do TCU, oportunidade em que se submeteu ao Supremo Tribunal Federal a questão relativa à possibilidade de as Cortes de Contas, no exercício de suas atribuições, estarem legitimadas a procederem à apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos.

Como se antecipou no tópico III deste estudo, a matéria vem sendo examinada monocraticamente, mas, até o momento, as decisões já proferidas sobre o assunto invariavelmente fazem referência ao precedente do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, nos autos do Mandado de Segurança nº 25.888/DF⁶⁵, em que é salientada a necessidade de reavaliação da subsistência do Enunciado nº 347 à luz da ordem constitucional instaurada em 1988.

O referido Enunciado sumular foi aprovado em sessão plenária do STF em 1963, a partir do precedente firmado nos autos do RMS 8372⁶⁶, em que se distinguiram os fenômenos da declaração de inconstitucionalidade e da não aplicação de leis inconstitucionais, tendo sido esta última considerada obrigação de qualquer Tribunal ou órgão de qualquer dos poderes do Estado.

Percebe-se que a perspectiva que norteia todo o debate em torno da interpretação constitucional realizada pelos Tribunais

64 Artigo 67 da Lei nº 9.478/97, regulamentado pelo Decreto nº 2.745/98

65 Reporta-se o leitor à nota de rodapé n. 23.

66 STF, RMS 8372, Relator Ministro Pedro Chaves, DJ 26.04.1962.

de Contas não diverge daquela a partir da qual é analisada a recusa de aplicação de lei inconstitucional pelo Estado-Administração, tema já devidamente abordado neste trabalho.

Da mesma forma, o argumento que se dirige contra a subsistência do Enunciado nº 347 também se baseia na ampliação, operada pela Constituição de 1988, do rol de legitimados para provocar o controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, fazendo com que “até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade”⁶⁷.

Há que se ponderar, porém, que negar a possibilidade de as Cortes de Contas, em sua atuação finalística, recusarem aplicação à lei que, fundamentadamente, reputem inconstitucionais significa enfraquecer substancialmente a função de controle externo em hipótese em que qualquer outra forma de controle concentrado se revela extremamente dificultada. Isso porque os Tribunais de Contas, como se sabe, são órgãos destituídos de legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade pela via direta e, portanto, a prevalecer entendimento restritivo de sua competência para o exame de compatibilidade constitucional, a única alternativa que lhes restaria, diante de atos ou leis inconstitucionais, seria executá-los e, ao mesmo tempo, provocar um dos legitimados para submeter o tema ao controle pela via direta.

Demais disso, é importante destacar, novamente, que os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados pelo Texto Constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Não parece razoável admitir que uma Corte de Contas, ao examinar determinado ato e constatar sua inconstitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei sobre o qual se funda, esteja impedida de aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas cabíveis para fazer valer a norma constitucional.

67 STF, MS 25.888/DF, Ministro relator Gilmar Ferreira Mendes, julgado monocraticamente em 22.03.2006.

Em verdade, as decisões das Cortes de Contas nesse sentido devem ser compreendidas como um alerta, uma provocação ao destinatário de seu controle quanto à inconstitucionalidade de eventual postura que venha adotando. E, por óbvio, esse alerta muitas vezes será apenas o primeiro passo para que se instau-re debate salutar entre diversas instâncias decisórias acerca da interpretação constitucional, reclamando uma interlocução argu-mentativa que tem a virtude de contribuir, e muito, para a adoção de melhores e mais criativas deliberações.

7 Síntese conclusiva

A interpretação constitucional não é, e não pode ser, monopolizada pelas Cortes de Justiça. Sem sombra de dúvida, os órgãos do Poder Judiciário – e, em especial, o *Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição* – protagonizam o controle de constitucionalidade e a interpretação constitucional no Brasil, mas é fundamental que não se perca de vista que tais tarefas também se exercem fora dos órgãos do Poder Judiciário, por instâncias decisórias que têm muito a contribuir para o fortalecimento de uma cultura dialógica que só trabalha em favor da democracia.

Nessa linha de raciocínio, o objetivo do presente trabalho foi sistematizar as hipóteses convencionalmente aceitas no constitucionalismo brasileiro de controle de constitucionalidade exercido fora das Cortes de Justiça e analisá-las criticamente, buscando extrair, em especial, suas potencialidades para o aprimoramento de fórmulas dialógicas de interpretação constitucional.

Em desfecho, apresentam-se, a seguir, tópicos que buscam sintetizar as principais ideias debatidas ao longo deste artigo.

- 1 À luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, a primeira modalidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Poder Executivo ocorre ainda no processo de elaboração legis-lativa, por meio da possibilidade de ser aposto veto por incons-titucionalidade a um projeto de lei. Trata-se do denominado veto jurídico, em contraposição ao veto político, decorrente de razões relativas à contrariedade ao relevante interesse público.

- 2 E se tratando de veto fundado em inconstitucionalidade do projeto de lei, a consagração tão só de mecanismo de controle político não é suficiente e adequada para coibir eventual abuso ou capricho na sua aposição. A sindicabilidade do veto por inconstitucionalidade apresenta grande relevância para os casos em que a deliberação da maioria legislativa vem a ser obstruída por veto caprichoso ou juridicamente inconsistente. Em tais situações, é necessário assegurar-se precisamente a essa maioria parlamentar o direito de ver regularizado o processo legislativo, afastando-se judicialmente o veto infundado em reverência ao *due process*.
- 3 O instrumento que se revela apto a viabilizar o controle judicial do veto jurídico é o mandado de segurança a ser impetrado por parlamentar, na linha da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhece, sem qualquer dificuldade, a legitimidade dos congressistas para o manejo da ação mandamental em hipóteses de inobservância do devido processo constitucional pertinente à produção legislativa. Assim, por meio da impetração mandamental, o parlamentar buscará tutelar seu direito líquido e certo de não ter um projeto de lei aprovado pela maioria constitucionalmente exigida simplesmente recusado por veto infundado ou inconsistente, veto esse que pode vir a ser apostado tão somente para dificultar a tramitação legislativa.
- 4 Em relação ao controle de constitucionalidade no âmbito da atividade do Estado-Administração, viu-se que o tema ainda não foi objeto de endereçamento jurisprudencial conclusivo, o que reforça a importância de que sejam fixados critérios que possam harmonizar, de um lado, a vinculação da Administração Pública à Constituição e, de outro, o respeito à produção legislativa, reflexo da soberania popular. A busca por parâmetros que viabilizem a criteriosa atuação administrativa *contra legem* é fundamental para que se minimizem potenciais tensões entre os Poderes Legislativo e Executivo, incentivando o estabelecimento de uma cultura de diálogo entre as instituições, pautada por mútuo respeito.

- 5 Os parâmetros propostos neste trabalho são: (i) diante de leis violadoras de direitos fundamentais, impõe-se à Administração o dever de negar-lhes aplicação, dando preferência à Constituição, de forma que as normas sobre direitos fundamentais aplicam-se contra a lei e em seu lugar; (ii) tratando-se de legislação violadora dos princípios expressos na CRFB – *de vinculação direta e imediata da Administração Pública* – impõe-se tranquilamente a atuação *contra legem*, devendo os órgãos administrativos desaplicar tais leis e pautar sua atuação por uma normatividade que reverencie os princípios reitores da Administração; (iii) por fim, também a lei que vulnere os fundamentos da República Federativa do Brasil ou seus objetivos (artigos 1º e 3º, respectivamente, da CRFB) deve ter sua execução recusada pela Administração Pública.
- 6 Em hipóteses diversas daquelas a que se aludiu anteriormente, entende-se que a Administração Pública somente poderá afastar-se da aplicação da lei por considerá-la inconstitucional (i) se houver contrariedade flagrante e manifesta a dispositivo constitucional ou (ii) se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tiver consolidado, em hipóteses semelhantes, tese no sentido da inconstitucionalidade da normatividade versada na lei, com reiterados precedentes firmando posição exegética contrária à sua validade.
- 7 De qualquer forma, seja qual for o fundamento *supra* que venha a legitimar a atuação administrativa *contra legem*, é importante que sejam adotadas certas medidas de cautela e de respeito ao Poder Legislativo, com o escopo de afastar, tanto quanto possível, críticas relacionadas à usurpação de competência e à insegurança jurídica. Essas medidas são: (i) autorização emanada formalmente da Chefia do Poder Executivo, acompanhada da explicitação das razões jurídicas consistentes que justifiquem a postura *contra legem*; e (ii) provocação imediata do Poder Judiciário a respeito da constitucionalidade da lei cuja execução foi recusada, preferencialmente por meio do ajuizamento da competente ação direta de inconstitucionalidade, como fator de segurança jurídica e demonstração de boa-fé administrativa no relacionamento com a Casa Legislativa.

- 8 No que tange às hipóteses de interpretação constitucional que suscitam interlocução com órgãos do Poder Legislativo, é expressamente prevista a intervenção das Casas Legislativas para o exercício do controle de constitucionalidade de decretos e atos regulamentares emanados do Poder Executivo e que venham a extrapolar os limites da delegação legislativa ou que exorbitem do poder regulamentar (artigos 49, inciso V, c/c 84, inciso IV). Trata-se, em tal hipótese, de controle de constitucionalidade que visa a assegurar a observância do princípio da legalidade, de forma a evitar que o Poder Executivo, sob o pretexto de regulamentar uma lei, venha a inovar a ordem jurídica, estabelecendo direitos ou obrigações sem previsão legal (artigo 5º, inciso II, da CRFB).
- 9 Encontra-se atualmente em tramitação, perante o Congresso Nacional, uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC nº 03/2011) como objetivo de substituir a locução “Poder Executivo”, constante do artigo 49, inciso V, da CRFB, pela expressão “outros Poderes”, criando a possibilidade de o Congresso Nacional sustar atos normativos emanados também do Poder Judiciário. Essa PEC – *que já teve a admissibilidade aceita pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados* – tem provocado enorme polêmica na comunidade jurídica e grande reação de parcela do Poder Judiciário, que vislumbra na proposta a pretensão de se instaurar no Brasil mecanismo de revisão legislativa de decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade.
- 10 A questão de fundo que se encontra subjacente aos debates travados em torno da PEC nº 03/11 aparentemente polariza Legislativo e Judiciário. Na experiência constitucional brasileira, até algum tempo atrás, não era comum que os parlamentares desafiassem decisões adotadas em sede de controle de constitucionalidade pelo STF. Nos últimos anos, porém, a reação legislativa à jurisprudência constitucional tem sido mais recorrente e há exemplos importantes do fenômeno, com especial destaque para as Emendas Constitucionais nºs 19/98, 29/00 e 39/02. Com efeito, à luz do modelo constitucional brasileiro de 1988, a resposta do Legislativo a uma decisão do STF em matéria constitucional demanda,

via de regra, a atuação do poder constituinte derivado, por meio da aprovação de emenda à Constituição.

- 11 A análise de dois casos-referência (ADIs nºs 2.797/DF e 3.772/DF), porém, evidenciou o equívoco de qualquer concepção que, de maneira apriorística e inflexível, rejeite a correção legislativa pela via ordinária. Quando o legislador ordinário manifesta divergência com a interpretação conferida pelo STF em determinado tema constitucional, essa circunstância não pode ser simplesmente negligenciada, merecendo ser encarada como uma forma de se fazer instaurar uma dialética que atue em prol da efetividade constitucional.
- 12 Por fim, em relação à possibilidade de os Tribunais de Contas apreciarem a constitucionalidade de leis e atos normativos no âmbito de suas competências finalísticas de controle externo, demonstrou-se que o tema encontra-se atualmente sendo revisitado pelo Supremo Tribunal Federal, que sinaliza no sentido de rever o Enunciado nº 347 de sua jurisprudência dominante. Contudo, há duas importantes razões para que tal entendimento não seja objeto de revisão: (i) os Tribunais de Contas, como se sabe, são órgãos destituídos de legitimidade para suscitar o controle de constitucionalidade pela via direta e, portanto, a prevalecer entendimento restritivo de sua competência para o exame de compatibilidade constitucional, a única alternativa que lhes restaria, diante de atos ou leis inconstitucionais, seria executá-los e, ao mesmo tempo, provocar um dos legitimados para submeter o tema ao controle pela via direta; e (ii) os Tribunais de Contas, ao exercerem o controle externo da gestão financeira administrativa, pautam sua atuação em três vetores expressamente contemplados pelo Texto Constitucional: legalidade, legitimidade e economicidade. Os vetores de legalidade e legitimidade autorizam os Tribunais de Contas a aferir a compatibilidade constitucional do ato sob sua apreciação e adotar, no âmbito de suas competências, as medidas cabíveis para fazer valer a norma constitucional.

1.11

A REGULAÇÃO ESTATAL NA SOCIEDADE DE RISCOS

SÉRGIO GUERRA*

SUMÁRIO: 1 Ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos. 2 Certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas. 3 Segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro. 4 Incerteza e imprevisibilidade nos temas afetos ao direito administrativo econômico. 5 Riscos e previsibilidade técnica. 6 Edição de normas regulatórias. 7 Conclusão.

O direito administrativo está sendo testado. Ele vem passando por muitos desafios se examinarmos o que representou no passado recente.

O direito administrativo “clássico” era considerado como sendo um mero conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática do Governo às regras criadas pelo Poder Legislativo. Isto é, pensava-se o direito administrativo como sendo a disciplina voltada apenas à organização da máquina administrativa do Estado. Suas características eram a unidade, a centralização e a uniformidade, em posição privilegiada em relação ao cidadão e direcionada à manutenção do funcionamento dos serviços públicos.

A inquestionável superioridade do interesse público sobre o privado foi conjugada pela supremacia da administração, o princípio da legalidade e a função discricionária. Daí adveio o regime administrativo diferenciado, compreendendo as prerrogativas da administração pública: poder de polícia e radical desigualdade, unilateral e singular, tais como espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade (diversas, portanto, do direito

* Doutor em Direito. Professor Titular de Direito Administrativo da Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas. Vice-Diretor de Ensino, Pesquisa e Pós-Graduação da mesma instituição. Editor da Revista de Direito Administrativo.

privado), submetidas as causas desta matéria, inclusive, a um tribunal próprio¹.

Na Modernidade, a concepção de direito administrativo no Brasil, seguindo os influxos do direito administrativo francês, estava totalmente conforme a uma atuação executiva estatal hierarquizada e suportada por decisões de cima para baixo, à luz da teoria clássica da separação de poderes. Esse fato era justificado pelo modelo de estado social, com forte intervenção executiva estatal direta nas atividades econômicas, e, portanto, “un estatismo considerado exagerado, por asfixiante y por invadir hasta los más íntimos sectores de la vida privada”.²

Contudo, e conforme elucidativa lição de Odete Medauar,³ a realidade político-institucional e social da segunda metade do século XX apresentou-se muito mais complexa em relação à época de Montesquieu. Nesse contexto, muitas instituições que hoje existem em grande parte dos ordenamentos ocidentais são dificilmente enquadráveis em alguns dos três clássicos poderes quanto à vinculação estrutural e hierárquica⁴.

Há, por certo, um enriquecimento do direito administrativo no século XXI com o intercâmbio de questões com suas ramificações, com o direito privado e com o direito administrativo alie-

1 Um passo importante para a evolução do direito administrativo ocorreu no início do século passado, com León Duguit, ao doutrinar acerca das transformações do direito público. Nessa obra, destacando a passagem, no direito administrativo, da *puissance public* para o *service public*, Duguit advertia que, com o desaparecimento do sistema imperialista, a noção de serviço público substituiu a de soberania e mudou a concepção de lei, o ato administrativo, da justiça administrativa e de responsabilidade estatal. Nesse sentido, consulte-se a obra DUGUIT, Leon. *Les transformations du droit public*. Paris: Éditions La Mémoire du Droit, 1999. (que reproduz a obra publicada em 1913 por Max Leclerc e H. Bourrelier pela Ed. Colin).

2 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Las vicisitudes del derecho administrativo y sus desafíos en el siglo XXI. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.) *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 97.

3 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 120.

4 Sobre o papel do Poder Executivo nessa evolução, colhe-se a manifestação de Sabino Cassese: “El Derecho como instrumento de legitimidad de los Estados (*Rechtsstaat*, *rule of law*, principio de legalidade) nace en el transcurso del siglo XIX por efecto del liberalismo. En una primeira fase se introducen las garantías de la libertad personal y de la (parcial) independencia de los jueces. Más tarde las garantías serán traspasadas del poder judicial al poder legislativo, con la introducción de los jueces de constitucionalidad de las leyes. En una terceira fase, en el curso de la segunda mitad del siglo XX, las garantías conquistarán igualmente el poder ejecutivo, con las autoridades independientes y las normas sobre el procedimiento administrativo”. CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 104.

nígena, este em um ambiente de internacionalização do próprio direito⁵.

O direito administrativo atual “ha pasado a constituirse, de guardián de los poderes del Estado, en el defensor de las libertades individuales”⁶, e, portanto, as escolhas sob seu fundamento devem observar as normas principiológicas e o novo rol de temas que permeia a sociedade de riscos, notadamente a eloqüente tecnicidade que impõe uma análise sistêmica do campo jurídico para se alcançar a justiça⁷.

As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição – em constante mutação – e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do deslocamento e da reapropriação de especialidades sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. A tecnologia, no significado geral da “técnica”, desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material quanto da especializada expertise social⁸.

A associação do direito administrativo à fase pós-moderna indica sua necessária adaptação, pela ruptura com a fase anterior, às mudanças econômicas e sociais, conduzindo seu perfeito acoplamento ao contexto da realidade. Só assim o direito administrativo pode ser um instrumento para a efetividade dos direitos fundamentais. A supremacia do interesse público e, indiretamente, da Administração Pública, nessa fase, deve deixar de ser um atributo permanente e prevalente “e se convierte en

5 CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 184: “El Derecho administrativo, primeiro ligado a cada Estado, está hoy ligado a una pluralidad de ordenamientos jurídicos y de Derechos.” Acerca da internacionalização do direito administrativo (tema de capital importância em vista da globalização), veja-se o trabalho publicado por Agustín Gordillo, sob o título: La creciente internacionalización del derecho. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*, p. 71 et seq. Nesta obra o autor argentino aborda a realidade econômica e jurídica supranacional no começo do século XXI; distintas fontes supranacionais; características gerais e a articulação da justiça nacional com a justiça supranacional. Registre-se, ainda, a advertência de Giddens, de que “poucas pessoas, em qualquer lugar do mundo, podem continuar sem consciência do fato de que suas atividades locais são influenciadas, e às vezes, até determinadas, por acontecimentos ou organismos distantes”. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 74.

6 MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica. *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993. p.11.

7 A transformação do direito administrativo atrelado às novas tecnologias é objeto do estudo de HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. El derecho administrativo en la sociedad de la información (reflexiones sobre el impacto de las telecomunicaciones y la informática). In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 186.

8 GIDDENS, op. cit., p. 77.

un privilegio que debe ser concedido caso por caso por la ley. Después, supremacía e unilateralidad se substituyen por consenso y bilateralidad”⁹.

Parece ser indisputável que os instrumentos e mecanismos de escolha administrativa do passado se apresentam, em determinadas situações complexas, incapazes de compreender a contemporaneidade da sociedade de riscos. Se, de um lado, a pós-modernidade “rejeita a proposta de que o direito possa resolver todos os problemas sociais”¹⁰ e, no entanto, “se caracteriza pelo incremento da regulação jurídica sobre quase todos os setores da vida social”,¹¹ como se pode pensar em adotar as fórmulas clássicas de direito administrativo diante da impossibilidade dos parlamentos editarem leis que ditem o papel do Administrador Público em todas as demandas e todos os conflitos distributivos da sociedade?

O que na prática vem ocorrendo é que “várias decisões de relevo são tomadas fora do circuito do Legislativo e até mesmo dos partidos políticos”¹² e, por conseguinte, “a trindade de poderes [...] tornou-se muito simples para explicar os múltiplos poderes do Estado contemporâneo e uma sociedade muito complexa”¹³.

A Administração do século XIX, embora conceitualmente dotada de atribuições restritas, foi-se ampliando e assumindo novos papéis à medida que aumentavam as funções do Estado¹⁴. Hoje adquiriu dimensões gigantescas e se tornou fundamental à coletividade. Passou, com o tempo, a influenciar na tomada de decisões de relevo, de modo que dificilmente se sustentaria, na atualidade, a característica de mera executora da lei e alheia às decisões que deve aplicar¹⁵.

9 CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 185.

10 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 15.

11 *Ibid.*, p. 15

12 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 122.

13 *Ibid.*, p. 122.

14 *Ibid.*, p. 122.

15 Daí a importância da procedimentalização do direito administrativo, conforme elucidativa manifestação doutrinária de GONZÁLES PÉREZ, Jesús. Acto administrativo y pretensión procesal. In: RUIZ, Jorge Fernández (Coord.). *Perspectivas del derecho administrativo en el siglo XXI*. Ciudad Universitaria: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. p. 7 et seq.

O verdadeiro problema consiste em especificar a justa relação entre orientação política e imparcialidade no âmbito de uma discricionariedade administrativa inevitável, conotada pela tensão entre política e justiça e pela necessidade de compor, mais do que separar os dois elementos¹⁶. Com efeito, as políticas nacionais típicas do Estado contemporâneo se põem em prática mediante a edição de muitas regras gerais, em grande parte com indeterminações técnicas, que acabam por exigir mais do que uma simples integração dessas mesmas normas, como ocorre com a escolha determinativa de conceito – conceito jurídico indeterminado – e a escolha discricionária – discricionariedade¹⁷. Alguns elementos são necessários para formular uma base do enquadramento da escolha administrativa detida pelo Poder Executivo nas atuais funções que o mesmo tem o dever constitucional de implementar¹⁸.

Diante de toda essa questão, cumpre ressaltar que a lei surgiu como elemento concretizador da vontade geral, sob a concepção *rousseauiana*. Em sendo editada sob o manto da *volonté generale*, seria válida independentemente de seu conteúdo, pois, justamente por ser fruto da vontade de cada cidadão, e na medida em que ninguém é injusto consigo mesmo, jamais poderia revelar-se injusta¹⁹. Ocorre que foram justamente os critérios formais de validade do direito positivo que acabaram por legitimar e contribuir para a adoção de crueldades no século XX.

Além disso e diante de um “furação normativo”²⁰ – inflação legiferante –, com inúmeras remissões a outras regras, que transformam o operador de direito em “jurista detetive”²¹, já se registrou nessa tese que a lei (i) não consegue tudo prever diante das necessidades, complexidade e características da socie-

16 MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 137.

17 Sabino Cassese aponta, ainda, a difícil combinação do “novo” direito administrativo com o “velho” direito constitucional: “Como podem combinar-se o princípio constitucional da responsabilidade ministerial com a independência das autoridades independentes?” CASSESE, Sabino. *La globalización jurídica*. Tradução Luis Ortega, Isaac Martín Delgado e Isabel Gallego Córceles. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 189.

18 A teor do que dispõe o art. 174 da Constituição Federal.

19 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 2000. p. 25.

20 PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 14.

21 *Ibid.*, p. 14 e 49.

dade contemporânea multiclasse; (ii) é, em muitos casos, e em vista dos acordos e disputas entre partidos políticos e parlamentares, elaborada, propositadamente ou não, de forma ambígua; (iii) muitas vezes é mal redigida, como se estivesse o “direito em estado gasoso”²², provocando imprecisões e dificuldades para a aplicação no caso concreto; e (iv) contém inúmeras cláusulas gerais e inúmeros conceitos jurídicos indeterminados, nem sempre indispensáveis²³, que, somados, conduzem a escolhas administrativas discricionárias e arbitrárias.

Tudo isso contribuiu para ampliar a cada dia os espaços para as escolhas administrativas e, em igual ou maior escala, traz imprevisibilidade decorrente das decisões do Executivo e consequente insegurança jurídica.

Para agravar esse fato, é cada vez mais comum que as escolhas administrativas, materializadas por meio de atos executivos alcancem não apenas seu destinatário imediato²⁴. Diante de uma patente ambivalência – inerente à sociedade contemporânea –, em determinadas situações, os benefícios advindos da escolha estatal – implementada para buscar a regularidade e correção de falhas de um subsistema – acabam sendo irrazoáveis e desproporcionais aos problemas e às desvantagens que acarretarão para outros subsistemas ou para direitos e garantias

22 PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 29.

23 Bermejo Vera comenta esse aspecto em cotejo com a segurança jurídica: “Una cierta indeterminación o incompletud de las leyes, pese al principio de reserva legal, no puede ser entendida como contraria a la seguridad jurídica. Como es obvio, las leyes no pueden agotar la regulación de una materia o cuestión. Utilizando el punto de partida o contenido principal del derecho o del deber configurado por las leyes, las normas secundarias precisan aquellos contenidos, ganando en determinación, cuando las descripciones genéricas o la utilización de conceptos jurídicos indeterminados se precisan en las disposiciones de desarrollo. Esto ocurre, por ejemplo, en leyes como las de protección de los consumidores, donde se alude frecuentemente o se utilizan conceptos como ‘peligros’, ‘riesgos’, ‘normal utilización’, u otros similares, con los que no puede decirse que se atente a los principios de seguridad jurídica – ni tampoco al de reserva de ley – que son fundamentales en la interpretación del ordenamiento jurídico y en la garantía de los derechos cívicos”. BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005. p. 124.

24 Anthony Giddens aborda o tema nos seguintes termos: “Hoje em dia, as ações cotidianas de um indivíduo produzem consequências globais. [...] Esta extraordinária – e acelerada – relação entre as decisões do dia-a-dia e os resultados globais, juntamente com seu reverso, a influência das ordens globais sobre a vida individual, compõem o principal tema da nova agenda”. GIDDENS, Anthony. *A vida em uma sociedade pós-tradicional*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 75. Bauman associa o tema à difícil renúncia à segurança: “Segurança e confiança são coisas a que não se pode renunciar facilmente. Na medida em que dependem da postura ‘ordinária’, espera-se que os membros do grupo interior defendam zelosamente o caráter inegociável, imutável, absoluto mesmo de sua visão de mundo feita de conhecimento partilhado e graduado. Enquanto o defenderem com sucesso, ficarão efetivamente vacacionados contra os horrores da existência ambivalente”. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 86.

individuais²⁵. As escolhas administrativas acabam produzindo efeitos de natureza multilateral, multipolar²⁶, levando Bauman²⁷ a afirmar que “cada resolução de problema gera novos problemas”.

Notadamente no que diz respeito ao direito administrativo econômico, com viés regulatório, observa-se que há necessidade de expedição, pelas entidades administrativas, de inúmeras regras decorrentes da deslegalização de matérias pelo Poder Legislativo. E essa escolha regulatória, que também observa farta integração de conceitos técnicos-jurídicos indeterminados, não se enquadra nos diminutos espaços residuais do processo legiferante, nem tampouco se conforma no estreito vezo regulamentar.

Essa singularidade da norma regulatória²⁸ acaba por atribuir, para além de uma escolha discricionária (conveniência e oportunidade), uma escolha *regulática*²⁹ à Administração Pública³⁰ ou, como sustentamos, *reflexiva*³¹. Por essa forma de intervenção

25 Nesse mesmo sentido: RIBEIRO, Ricardo Lodi. *A segurança jurídica do contribuinte na sociedade de risco*. 2007. 382 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Gama Filho. p.59.

26 A multilateralidade, na lição de Vasco Manuel da Silva, surge como a característica mais marcante da Administração do Estado pós-social. As escolhas administrativas, típicas da Administração prospectiva ou prefigurativa, não dizem respeito a um relacionamento meramente bilateral entre os privados e os órgãos decisores; correspondem, antes, a um relacionamento multipolar, uma vez que produzem efeitos susceptíveis de afetar um grande número de sujeitos. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 130.

27 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 227.

28 Diogo de Figueiredo Moreira Neto adverte que o recurso a outras fontes normativas decorre, também, da “pletórica produção legislativa dos Estados, que vem assumindo proporções avassaladoras e inquietantes, abalando a certeza e segurança jurídica das sociedades complexas que emergiram com a Era da Informação”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.124. Grifo nosso.

29 A expressão é de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Regulática* é a aceitação de espaços de autonomia de vontade coletiva, geralmente recobertos, nas sociedades organizadas, pelas entidades intermédias. É a substituição de um direito fundamentalmente imperativo por um direito também consensual, que prescinde da necessidade de definições políticas e de emprego imediato de coerção. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: _____. (Coord.). *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 561.

30 Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca essa questão do ponto de vista da eficiência, legitimidade e justificação das decisões das agências reguladoras: “Nesse novo cenário, como os obrigatórios fundamentos da decisão administrativa já não mais se reduziam à eficácia e à legalidade, ambas características necessariamente presentes na democracia formal e na ação pública burocrática tradicional, mas, além delas, se ampliavam, como se expôs, à eficiência e à legitimidade, como expressões da democracia material e da ação pública voltada a resultados, passou-se a exigir, em acréscimo, a justificação das decisões, principalmente daquelas que viessem a ser tomadas no desempenho das sensíveis funções administrativas em que se faz necessário precisar conceitos indeterminados ou realizar escolhas discricionárias.” Id. *Direito regulatório*..., p. 100.

31 GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

estatal, o regulador deve, observando sua competência legal, atender ao interesse público sem, contudo, deixar de sopesar os efeitos e impactos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos específicos da sociedade – e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto.

Transportando alguns dos problemas atualmente registrados no Parlamento quando da elaboração de regras – inflação normativa, utilização de muitos conceitos abertos e indeterminados, ausência de clareza e eventuais ambiguidades do texto –, somados (i) à silenciosa restrição de acesso à elaboração da norma construída no âmbito do Executivo “em gabinetes fechados e sem publicidade alguma, libertos de qualquer fiscalização ou controle da sociedade ou, mesmo, dos segmentos sociais interessados na matéria”³²; (ii) a ausência de fixação, nas leis setoriais, em bases claras e bem definidas, do que é matéria de natureza política (e, portanto, de competência da administração pública direta) e do que é matéria de natureza técnica (de competência dos reguladores independentes); (iii) e a possibilidade de o regulador editar normas com tal grau de tecnicismo que impeça a compreensão por setores não especializados³³; também no âmbito das entidades reguladoras estatais haverá grande chance de imprevisibilidade de decisões, arbítrio e, conseqüentemente, aumento da insegurança jurídica na regulação.

Nesse diapasão, desponta uma questão de capital importância concernente à configuração do preceito da segurança jurídica³⁴ nas relações contemporâneas entre a Administração Pú-

32 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o princípio da legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 4, p. 71-78, 1993. p. 74.

33 A advertência é feita por PALMA FERNÁNDEZ, José Luis. *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 47.: “La elaboración de las normas, incluso las que se alejan de los sectores especializados y se adentran en el terreno de la generalidad de los ciudadanos, comienza a estar presidida por un afán de alcanzar ámbitos sectoriales de élite jurídica, perdiendo la noción de que existe un colectivo no especializado (por supuesto, el más numeroso) sobre el que se proyectan los efectos y que no tiene obligación de profundizar en terminología o denominaciones propias de experto conecedor del Derecho”.

34 Para o homenagemado nesta obra, Professor Mauro Dias, a segurança jurídica seria “gêmeo univitelino do da proteção à confiança”. DIAS, Francisco Mauro. Estado de direito: direitos humanos (direitos fundamentais), segurança jurídica e reforma do estado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 211, p. 135-150, jan./mar.1998, p. 143. O tema não será enfrentado nesta tese. Sobre as peculiaridades desses dois postulados, ver a obra de MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006 e a tese de doutorado de BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. p.71 e ss.

blica reguladora com “competências especializadas”³⁵, o agente regulado que desenvolve atividade econômica e a sociedade, tudo isso diante da velocidade com que se operam as mutações cotidianas face um incontrolável tecnicismo e cientificismo³⁶.

Sobre esse avanço tecnológico dos tempos atuais vis-à-vis a segurança jurídica, Almiro do Couto e Silva³⁷ adverte que esse postulado é um elemento conservador inserido na ordem jurídica, destinado à manutenção do *status quo* e a evitar que pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado. Contudo, coloca-se em posição de tensão com as tendências que pressionam o Estado a se adaptar a novas exigências da sociedade (sejam elas de caráter econômico, social, cultural, ou de qualquer outra ordem), ao influxo, por vezes, de avanços tecnológicos ou científicos, como os realizados com impressionante velocidade no decorrer do século XX.

A idéia de segurança jurídica – aponta Luis Roberto Barroso³⁸ – enfrenta, nessa senda, uma crise de identidade neste início de século e milênio, uma quadra histórica identificada como rótulo ambíguo de *pós-modernidade*. Vive-se a era da velocidade da transformação com as novas gerações de computadores, os novos instrumentos de conexão em rede universal, as novas fronteiras nos medicamentos e na genética³⁹.

35 Bauman adverte que o relacionamento do indivíduo com a natureza e a sociedade é efetivamente mediado pelas competências especializadas e a tecnologia que as serve. Os técnicos são aqueles que possuem essa competência e administram suas técnicas que comandam as atividades vitais. A técnica, produzida e controlada pelo especialista, substituiu o verdadeiro ambiente da vida individual. “*Nesse ambiente surgem em grande parte a ambivalência e a insegurança e, com elas, grande parte dos perigos percebidos*”. BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 225. Grifo nosso.

36 “Estamos todos presos às experiências do cotidiano, cujos resultados, em um sentido genérico, são tão abertos quanto aqueles que afetam a humanidade como um todo. As experiências do cotidiano refletem o papel da tradição – em constante mutação – e, como também ocorre no plano global, devem ser consideradas no contexto do deslocamento e da reapropriação de especialidades, sob o impacto da invasão dos sistemas abstratos. *A tecnologia, no significado geral da ‘técnica’, desempenha aqui o papel principal, tanto na forma de tecnologia material quanto da especializada expertise social*”. GIDDENS, Anthony. *A vida em uma sociedade pós-tradicional*. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 77. Grifo nosso.

37 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 1-59, jul./set. 2004. p. 12.

38 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 51.

39 *Ibid.*, p. 51.

Em resumo: com o atual direito administrativo econômico, baseado em “regras de regulação cujos efeitos, na prática, são inegavelmente onerosos”⁴⁰, a doutrina administrativista se depara com as diversas indagações, decorrentes da “crise de identidade”⁴¹ que afeta o postulado da segurança jurídica⁴²:

- a) O primeiro aspecto se apresenta como um dilema: ou se regula, apenas, por meio da reserva da lei, para se buscar uma suposta previsibilidade legalitária e aparente segurança jurídica legislada (permitindo o uso abusivo da regra, ainda que contra direitos fundamentais), ou parte-se para a visão axiológica objetiva, pós-positivista, da segurança jurídica e se permite uma intervenção regulatória sem o “manto sagrado” da lei (e, com isso, gera-se insegurança)⁴³. Dito de outra forma: como compatibilizar a premissa basilar e essencial⁴⁴ da segurança jurídica na regulação de atividades econômicas, decorrente do Estado Democrático de Direito, haja vis-

40 STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23.

41 No campo da regulação de atividades econômicas pelo Estado a “crise” advém, em parte, do fato de que a estrutura normativa regulatória é singular, haja vista que as políticas nacionais típicas do Estado pós-moderno se põem em prática mediante a edição de diversas normas gerais, com conceitos jurídicos indeterminados, que, logicamente, não conseguem tudo prever para nortear a atuação dos agentes públicos reguladores nem, tampouco, dos *players* (principais agentes) regulados. Com efeito, e ultrapassando-se a visão voltada puramente ao ato discricionário puro, em que o legislador, de forma positiva, acaba por remeter a Administração à valoração subjetiva quanto às condições não identificadas na norma, em algumas regras editadas pelos reguladores não se pode pensar em, simplesmente, executar o que está indicado na lei, produzida no âmbito do Parlamento.

42 Identificando esse dilema como a “luta entre o novo e o velho”, Almiro do Couto e Silva denota que o futuro não pode ser um perpétuo prisioneiro do passado, nem pode a segurança jurídica se transformar em valor absoluto, capaz de petrificar a ordem jurídica, imobilizando o Estado e impedindo-o de realizar as mudanças que o interesse público estaria a reclamar. Por outro lado – assevera o jurista gaúcho –, ao se esperar uma linha de coerência administrativa não é igualmente admissível que o Estado seja autorizado, em todas as circunstâncias, a adotar novas providências em contradição com as que foram por ele próprio impostas, surpreendendo os que acreditaram nos atos do Poder Público. SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 1-59, jul./set. 2004. p. 13.

43 Esse ponto é indicado por Ricardo Lobo Torres, com arrimo em Isensee, como sendo o “dilema constitucional”. Ou se mantém a atuação da Administração Pública sob a reserva da lei ou se aceita a necessidade supralegal justificada e *intervém sem o título “legítimo” da legalidade*. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179. v. 2. Grifo nosso.

44 José Bermejo Vera afirma: “La seguridad jurídica es un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho, vinculado incluso a la estabilidad económica y social. Formulado de una manera muy simple, consiste en la expectativa del ciudadano, razonablemente fundada, sobre cuál ha de ser la actuación del Poder en la elaboración y en la aplicación del Derecho por todos los operadores jurídicos, muy especialmente aquellos que están dotados de potestad pública, administrativa o jurisdiccional”. BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005. p. 42-43.

ta a incapacidade, por diversas razões antes indicadas nesta tese, do princípio da legalidade concretizar a justiça oriunda da desejável previsibilidade normativa nos comportamentos do cidadão, em cotejo com as novas exigências da sociedade (econômicas, sociais etc.) e influxos de avanços tecnológicos?

- b) Partindo da premissa de que os mecanismos de edição das leis editadas pelo Parlamento (v.g. utilização de muitas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, ausência de clareza e eventuais ambiguidades do texto) não atingem as necessidades e carências da sociedade pós-moderna (decorrentes de diversos aspectos e vetores, v.g. globalização, tecnicidade, riscos etc.), haja vista que geram insegurança na aplicação do Direito, indaga-se: a escolha regulatória, por meio da deslegalização de matérias, ainda que diante da necessária mobilidade⁴⁵, pode ser um meio de solucionar ou minimizar essa crise, ampliando a segurança jurídica? Seria plausível a elaboração de uma metodologia que privilegiasse a segurança jurídica possível, a ser observada pelas entidades reguladoras na elaboração de normas que dão sustentabilidade a suas escolhas? Qual seria a base dessa metodologia?

Além dos aspectos acima destacados, o tema que envolve a segurança jurídica na regulação estatal de atividades econômicas carece de um maior enfrentamento doutrinário acerca das condições para sua possível rejeição diante de atos jurídicos perfeitos prospectivamente injustos. Trata-se, no caso em questão, de contratos firmados entre o Poder Concedente e o setor privado para a prestação de serviços públicos, por delegação do Estado, ou mesmo a intervenção estatal em atividades privadas sensíveis (a exemplo da saúde suplementar e vigilância

45 Ao referir-se à mobilidade ou mutabilidade do direito público na economia, Cabral de Moncada denota que as normas deste ramo de direito não podem aspirar longa duração, pois as frequentes alterações da conjuntura econômica e política tendem a encurtar o ciclo biológico dos diplomas. Nesse sentido, o Autor ressalta o fato de que se recorra abundantemente aos regulamentos, aos despachos e às resoluções, que têm um processamento mais simples dado que podem ser mais facilmente revistos e revogados. CABRAL DE MONCADA, Luis S. *Direito econômico*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 62.

sanitária) em um ambiente de permanente mutação de questões técnicas, riscos globalizados, situações imponderáveis e das variações socioeconômicas no país.

Com efeito, na delegação de serviços públicos – *v.g.*, com prazo total de 50 ou 60 anos –, os editais e os contratos de concessão que conformam, juntamente com as normas, o marco regulatório, não prevêm, logicamente, todas as variantes técnicas do serviço concedido e do ambiente para sua prestação e seus impactos, serviços a serem explorados para aferição de receitas alternativas⁴⁶ etc.

Por esse fato, em determinadas situações em que o Direito – seja do próprio prestador do serviço, do Estado ou mesmo dos usuários – venha a ser afetado por questões imprevisíveis, decorrentes das carências sociais, novas tecnologias ou provenientes de impactos, naturais ou não, ocorridos no ambiente mercadológico globalizado e de risco, pode ser necessário, no caso concreto, que o regulador proceda revisões de atos jurídicos perfeitos para além dos limites postos na lei geral de licitação e contratos administrativos.

Não se pretende enfrentar, neste artigo, as nuances clássicas do ato jurídico perfeito, do direito adquirido ou da coisa julgada, corolários da segurança jurídica (viés de natureza objetiva)⁴⁷, todos largamente examinados em sede tanto doutrinária⁴⁸ quanto pretoriana, ainda assim com inúmeros questionamentos. Entretanto, pretende-se perquirir como enfrentar as condições extraordinárias necessárias para ser possível a mutabilidade consensual dos contratos administrativos no âmbito da regulação estatal das atividades econômicas, de modo que o sistema jurídico afaste o arbítrio e os atos expropriatórios dissimulados, e encontre os mecanismos de mediação e compatibilização,

46 Nos termos do art. 11 da Lei nº 8987/95.

47 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 1-59, jul./set. 2004. p. 10.

48 Dentre os inúmeros trabalhos sobre a questão, mencione-se a obra coletiva que aborda esses temas: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. (Coord.). *Constituição e segurança jurídica, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

para, além do “ser” e do “dever-ser”, encontrar o “como ser”⁴⁹ entre segurança jurídica e a justiça social⁵⁰.

Bermejo Vera⁵¹ comenta ser curioso que, para que a segurança jurídica alcançasse seu autêntico significado e valor, foi necessário que *o Direito se convertesse em uma fonte de insegurança*. Esse pensamento é compartilhado por Ricardo Lobo Torres⁵² ao advertir que a segurança jurídica, enquanto valor absolutamente abstrato na atual sociedade de riscos, deixa de ser a segurança “legislada” dos direitos individuais para se expandir no sentido da segurança social e da segurança dos direitos difusos. Nesse contexto, flexibilizam-se a segurança e a legalidade, perdendo aquela conotação fechada que tinha no início do Estado de Direito. E ressalva: “claro que a flexibilização traz alguma insegurança, causando desconforto aos autores de índole positivista”⁵³.

Nesse sentido, ao comentar o modelo aberto da Constituição Federal de 1988, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁴ aborda a necessária releitura da segurança jurídica: “O modelo aberto, diversamente, admitindo-se como uma conformação mista de princípios e preceitos, tal como o é o brasileiro, *embora perca em termos de segurança*, reduzindo o dogmatismo, compensa-se por ser mais flexível, mais ágil, por permitir uma participação jurisprudencial mais ativa, por possibilitar a existência de uma axiologia constitucional mais definida e, por isso, ser politicamente mais duradouro.”

49 Na expressão de GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 94.

50 Essa correlação entre segurança jurídica e justiça é assim aduzida por Peres Luño: “En cuanto valor jurídico la seguridad mantiene un constante relación de engarce no siempre adecuadamente entendida, con la justicia. Dicha relación ha sido planteada, la más de las veces, en términos de una antítesis inevitable cuyas polaridades vienen determinadas por: una justicia concebida como exigencia de adaptación del Derecho a las necesidades de la vida social; y una seguridad jurídica encarnada por los rasgos formales, permanentes y de obligado cumplimiento que conforman el Derecho”. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 11.

51 BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005. p. 89.

52 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 93. v. 2.

53 *Ibid.*, p. 195. v. 2.

54 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 82.

Nessa ordem de ideias, impõe-se um exame crítico acerca dessas questões e o esboço de uma metodologia que possa ser suficiente para privilegiar a segurança jurídica a ser observada pelas entidades reguladoras na elaboração de normas que sustentam suas escolhas. O tema deve ser analisado sob a ótica material da abertura constitucional, da mutação da segurança jurídica, tudo com as especificidades da “sociedade de riscos” do Estado de exceção econômica permanente.

1 Ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos

A Carta Magna de 1988 disciplinou o espaço que cabe ao Estado e à sociedade, em termos de exploração de atividades econômicas. A Constituição Federal não só apresenta os princípios acerca dessa questão como é impositiva – não restando qualquer dúvida, portanto, quanto ao papel público e privado – ao determinar que competem ao Poder Público as funções regulatórias conformadas pelas atividades de fiscalização, incentivo e planejamento.

A subsidiariedade também é marco da Carta Política de 1988 no que se refere à repartição de competências entre os entes federados na regulação de determinadas atividades econômicas. A competência de natureza supletiva – ou subsidiária – enquadra as atribuições originalmente de outro ente federado, mas, diante de sua omissão ou atuação sem obedecer a norma, é preenchida por outro ente⁵⁵. No campo das atividades econômicas, a exceção ao princípio da subsidiariedade está na atuação direta pelo Estado quando a exploração de atividade econômica se destinar aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

O papel do Estado está, portanto, subsumido ao princípio da subsidiariedade, em que se destaca a primazia do setor privado sobre as iniciativas estatais no exercício de atividade eco-

55 A expressão cunhada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (*cadeia de subsidiariedades*) bem reflete essa questão. Aparece em seu artigo *Cidadania e advocacia no estado democrático de direito*, publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 50, p. 118, 1997.

nômica. Ao seguir o comando constitucional, o Estado deve, em regra geral, abster-se de exercer atividade econômica, de modo que não seja um concorrente do particular. Nesse contexto, as atividades típicas do Estado regulador devem permanecer sob a responsabilidade estatal, pois essas são diligências indelegáveis à iniciativa privada.

Conforme a doutrina de Silvia Faber Torres⁵⁶, a tese de que se deve subtrair dos indivíduos e dos grupos sociais o que eles próprios podem realizar com eficácia satisfatória, importa em que se verifique, antes de chegar ao Estado, o que de fato está compreendido em sua capacidade. Deve-se reconhecer ao indivíduo o “direito e a prioridade de atuar com seus próprios meios para a satisfação de seus interesses, só deferindo às entidades da sociedade aquilo que ele não possa fazer”⁵⁷. Vale dizer, se uma determinada atividade puder ser cumprida com equivalente nível de eficácia, seja pelo cidadão, seja pelos grupos sociais, e, ainda, pelo Estado, deverá ser reservada àquele que estiver em plano mais próximo do indivíduo.

Sob essa configuração de subsidiariedade “redesenha-se a segurança dos direitos fundamentais na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade, em que esta assume o papel preponderante”⁵⁸, em que o Estado deve agir subsidiariamente “na função regulatória e na impossibilidade de o indivíduo ou a sociedade resolverem seus próprios problemas”⁵⁹.

Nesse campo de questões, e sob o ponto de vista da gradativa subsidiariedade – do indivíduo para a comunidade e, só depois, para o Estado –, a sociedade contemporânea e globalizada recebe de alguns autores a denominação de “sociedade de riscos”, edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989⁶⁰. A sociedade de riscos

56 TORRES, Silvia Faber. *Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

57 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e advocacia no estado democrático de direito. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 50, p. 118, 1997.

58 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 176. v. 2.

59 *Ibid.*, p. 176. v. 2.

60 Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 11.

não é uma opção a ser escolhida ou rejeitada pela sociedade⁶¹; tem os traços pós-modernos conformados pela “ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade”⁶².

O conceito de sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual⁶³ designa um estágio ou superação da Modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isso levanta a questão da auto-limitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redefinir os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais⁶⁴.

Na sociedade atual, surge um “conflito fundamental”⁶⁵, que promete tornar-se característico da sociedade de risco. Os progressos decorrentes da industrialização – desenvolvidos até o século XIX – levavam o homem a pensar que suas ações conduziram à segurança total, isto é, com suas técnicas o homem buscava lograr o fim dos riscos e catástrofes naturais. Contudo, o avanço tecnológico – que gerou um “risco fabricado”⁶⁶, “fruto da decisão humana”⁶⁷ – ocorrido durante o século passado levou o homem a sofrer os efeitos de sua própria ação.

Por isso não se encontra na pós-modernidade a “utilidade para a ‘certeza’ e ‘segurança’”⁶⁸. Nada pode ser conhecido com

61 Nesse sentido, ver BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 16.

62 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 177. v. 2. Prossegue o autor: “Da ambivalência e do caráter paradoxal da sociedade de risco decorre a modificação do próprio conceito de segurança, em crescente contraste com o de insegurança.” *Ibid.*, p. 178. Grifo nosso.

63 A inclusão da sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual mereceu críticas de autores, em que se destaca DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 196-197.

64 BECK, op. cit., p. 17.

65 *Ibid.*, p. 23.

66 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós*. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 24.

67 LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Tradução Giancarlo Corsi. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 31-32.

68 BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade e ambivalência*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. p. 113.

Como dito, para Bauman, cada resolução de problema gera novo problema. *Ibid.*, p. 227.

segurança e qualquer coisa que seja conhecida pode ser conhecida de um modo diferente. “Apostar, agora, é a regra onde a certeza, outrora, era procurada, ao mesmo tempo que arriscar-se toma o lugar da teimosa busca de objetivos”⁶⁹.

A compreensão do Estado de risco como aspecto nuclear na organização da sociedade contemporânea remete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação. Some-se a isso os efeitos da globalização, em que se tornam “vulneráveis à disciplina estabelecida por opções e decisões econômicas feitas em outros lugares por pessoas, grupos empresariais e instituições”⁷⁰ sobre as quais inexistem mecanismos de controle.

Nesse sentido, a nova categoria de escolha administrativa – escolha regulatória – cumpre uma função essencial na prevenção e composição das antinomias surgidas pela ambivalência e aporias inerentes à tecnicidade e complexidade das relações sociais.

2 Certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas

Como enfrentar a insegurança jurídica em questões afetas ao direito administrativo econômico em vista da globalização⁷¹ e das peculiaridades da sociedade de riscos? De início e para a perfeita compreensão da questão e busca de métodos para privilegiar a segurança jurídica afeta ao direito administrativo econômico, cumpre examinar seus contornos clássicos.

As garantias e os direitos fundamentais, para se tornarem efetivos, devem estar sob o manto da segurança das relações jurídicas entre o Estado e cada membro da sociedade. A segurança jurídica representa, dessa forma, a ideia de um conjunto

69 BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 36 (título original: *Postmodernity and its discontents*).

70 FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 37.

71 *Ibid.*, p. 39: “De que modo conceitos e categorias construídas em torno do princípio da soberania, como *monismo jurídico, norma fundamental, poder constituinte originário, hierarquia das leis, direito subjetivo e segurança do direito*, podem captar todo o dinamismo e interdependência presente no funcionamento de uma economia globalizada?”. Grifo nosso.

de condições que possa tornar possível à sociedade o prévio conhecimento das consequências de seus atos à luz das normas pré-estabelecidas pelo sistema jurídico.

Essa ordem de pensamento não encontra dissenso doutrinário. Isto é, a busca por segurança jurídica foi – e continua sendo – um dos principais pilares de sustentação do Estado de Direito, como indica John Locke na defesa intransigente do Poder Legislativo como poder supremo da comunidade. Para Locke, o objetivo primordial do homem seria formar a sociedade de modo que pudesse desfrutar da propriedade em paz e segurança.

Mesmo na busca da conciliação de interesses antagônicos – conquistados pelos revolucionários e aqueles defendidos pelo regime monárquico –, Benjamin Constant também ressaltou a relevância da segurança e sua vinculação à justiça e às garantias individuais, tudo limitado ao prescrito nas leis.

Nas conclusões apresentadas por William Simon⁷², “o ideal libertário exige que as pessoas tenham conhecimento dos seus direitos e obrigações antes de agir, para que possam planejar os seus negócios”. Por isso, e ao comentar os princípios da boa-fé e da confiança legítima, ambos derivados da segurança jurídica⁷³, Jesús Gonzáles Pérez⁷⁴ denota que segurança jurídica supõe garantia e certeza do direito nas relações com o poder público, certeza esta que se materializa na manutenção de determinadas situações, ainda que não sejam de todo conforme o Direito, mas que exista confiança em sua legitimidade.

De igual pensamento e sob um viés formalista, José Afonso da Silva⁷⁵ assevera que os valores constitucionais esvanecem-se todos se não forem protegidos pela indeclinável couraça da segu-

72 SIMON, William H. *A prática da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 67.

73 Patrícia Baptista aponta que não obstante a boa-fé tutele o valor ético da confiança, os princípios da boa-fé e da proteção da confiança legítima não são equivalentes idênticos nem sinônimos. Para ela o princípio da proteção da confiança legítima, por incorporar os valores de previsibilidade e estabilidade oriundos da ideia de segurança jurídica, confere ao administrado um raio de proteção mais amplo que o princípio da boa-fé. Ademais disso, sustenta que o exame da boa-fé do administrado é uma condição da incidência da proteção da confiança legítima. BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 141.

74 GONZÁLES PÉREZ, Jesús. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 53.

75 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 412.

rança jurídica. Segurança jurídica, sob esse viés formal, é o conjunto de condições que torna possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências de seus fatos à luz da liberdade reconhecida⁷⁶. A certeza e a estabilidade das relações e situações jurídicas repousa fundamentalmente na *previsibilidade das conseqüências jurídicas das ações humanas*, o que vale dizer, na segurança de que o cumprimento estrito das regras não será, no amanhã, deixado à margem da legalidade, consoante sempre ressaltado nos melhores estamentos da filosofia do Direito⁷⁷.

Malgrado esse conceito quase unânime em sede doutrinária, que atenderia plenamente à necessidade prática de se preservar direitos e garantias fundamentais em qualquer situação, é indisputável nesse início de milênio que a rápida evolução tecnológica e científica que permeia os subsistemas regulados – isso sem falar contar com epidemias, grandes desastres naturais, terrorismo etc. – acaba por trazer um clima de incerteza (“que prolifera por toda parte”)⁷⁸, insegurança e “comprometimento da coesão social”⁷⁹.

Bauman anota que uma das características mais marcantes da Modernidade em seu estado “sólido” era uma visão *a priori* de um “estado final”, que seria o eventual ponto culminante dos esforços correntes de construção da ordem. Seria um estágio em que a economia ficaria estável, haveria um sistema em equilíbrio, uma sociedade justa ou um código de direito e ética racionais. Contudo, a pós-modernidade ou “modernidade diluída [...] liberta as forças da mudança, como a bolsa de valores ou os mercados financeiros: deixa que as pessoas ‘encontrem seu próprio nível”⁸⁰.

76 No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello denota que o “princípio da segurança jurídica é, provavelmente, o maior de todos os princípios fundamentais do Direito, já que se encontra em sua base, em seu ponto de partida”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Reforma da previdência*. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004. p. 67.

77 Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos em face das Leis n° 9.868 e 9.882/99. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *O controle de constitucionalidade e a Lei n° 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 98.

78 Na advertência de BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 1997. p. 24.

79 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p.49.

80 BAUMAN, Zigmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003. p. 69.

Segundo Laubadère, a flexibilidade inerente ao direito administrativo econômico traduz-se pelo lugar dado às possibilidades de mudança e de adaptação de regras, atos, situações jurídicas. “Mutabilidade, plasticidade, direito móvel ou flexível ou moveção, essas expressões são vulgarmente empregadas para caracterizar um dos aspectos [...] da maleabilidade do direito administrativo econômico”⁸¹.

Ademais disso, propugna-se a efetividade de uma abertura constitucional governada por uma ordem de valores, em que não mais se admite a divinização da lei. Em um sistema jurídico marcado pela importância da axiologia objetiva, pela nota da abertura às pautas valorativas, a arte que se impõe ao profissional do Direito é a de encontrar, justificadamente, a solução ou a concatenação normativa mais adequada, mais correta, mais consentânea com os mandamentos daquilo que a sensibilidade jurídica reconhece como pertencente à concepção de “*direito justo*” vigente em determinado contexto histórico-social⁸².

3 Segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro

Peres Luño⁸³ adverte que os principais temas cotidianos, tais como valores e princípios constitucionais, liberdade ou submissão do juiz ao aplicar o Direito, concepção procedimental da justiça, tutela dos direitos humanos, obediência ao Direito, dissenso na técnica legislativa – pluralidade de fontes –, e, por fim, as implicações jurídicas decorrentes das novas tecnologias – *tecnicidade – não podem ser perfeitamente compreendidos – ou sequer explicados – sem referência expressa à segurança jurídica.*

Nesse vezo, o autor examina a questão sob o seguinte enfoque na parte introdutória de obra específica sobre o tema: “Este estudio se propone, por tanto, dar cuenta de los nuevos rumbos

81 LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Tradução Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 114.

82 Cf. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição aberta e os outros direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, p. 51.

83 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 13.

por los que *discurre la proyección jurídica de la seguridad como valor fundamental (Grundwert)* de las sociedades democráticas actuales. Ello *exige revisar el concepto de la seguridad jurídica*; su relevancia en el Estado de Derecho, de modo especial en el Estado social de Derecho; *así como su significado como valor fundamental de esa forma política*, lo que obliga a reconsiderar su conexión con los demás valores, en particular, con la justicia”.⁸⁴

O destaque dado por Peres Luño ao enquadramento da complexidade e tecnicidade cotidiana como aspecto essencial – a ser observado quando do reposicionamento da segurança jurídica na atual sociedade de riscos – relaciona-se diretamente à nova categoria de escolha administrativa (regulatória).

Quando se está diante de uma decisão administrativa complexa (*hard case*) em sede de regulação estatal de atividades econômicas, que, por sua natureza, afeta diretamente parcela da sociedade, não parece ser correto invocar a segurança jurídica legislada e, portanto, estrita. Há de se ponderar e alcançar situações consensuais observadas na clausura autorreferencial do subsistema à luz de custos e benefícios para a manutenção de outros valores de idêntica dignidade jusnatural e constitucional.

Para saber se a escolha regulatória é considerada justa para a hipótese, é necessário, na perspectiva do Direito contemporâneo, não apenas que a justificativa seja retrospectiva, levando em conta dados do passado, mas que sejam considerados também, por meio de um exercício prospectivo, elementos justificativos voltados para o futuro⁸⁵.

É nesse contexto que se destaca a questão axiológica da segurança jurídica na regulação. Na escolha regulatória, a segurança jurídica estará presente na demonstração de que as soluções adotadas para o equilíbrio autorreferencial do subsistema, uma vez implementadas, partiram de uma norma previamente debatida, ponderada e valorada tecnicamente, que houve sope-

84 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 13.

85 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.101.

samento entre custos e benefícios para sua aplicação e que tais soluções não comprometerão outros valores que mereçam ser salvaguardados ou, pelo menos, que o farão em nível proporcionalmente tolerável em relação a esses valores fundamentais.

Diante dessa premissa, entende-se o enquadramento da segurança jurídica na regulação estatal de atividades econômicas sob a vertente axiológica, impondo-se uma releitura da segurança jurídica exaltada no modelo positivista oitocentista.

Com efeito, a segurança jurídica no ambiente do novo direito administrativo econômico não deve estar simplesmente atrelada às leis; deve estar apoiada no equilíbrio cíclico e autorreferencial sistêmico, vinculada aos direitos fundamentais, pois preocupada com o caso concreto. “Apenas no caso concreto será possível determinar a extensão de aplicação das exigências de segurança jurídica e dos outros valores eventualmente em conflito”⁸⁶.

Isso faz sentido, pois o positivismo, ao negar a via valorativa, deriva para o “monismo axiológico”⁸⁷, defendendo a preponderância de um só valor. É, ainda, função do Direito, que assegura a realização das liberdades⁸⁸ e da justiça⁸⁹.

Como valor, a segurança jurídica estará apta a ser considerada condição para a existência do equilíbrio de interesses sem “posição de superioridade fáctica ou jurídica”⁹⁰ acoplada a outros valores de igual distinção jurídica. “A certeza quanto ao direito aplicável não é o único valor tutelado pelo ordenamento. A segurança jurídica pode se contrapor, por exemplo, ao interesse público, [...] às exigências de justiça material”⁹¹. Não deve, dessa forma, ser invocada pelos administradores públicos reguladores e pelos tribunais simplesmente como princípio, a ser ponderado e sopesado com outros princípios.

86 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006. p. 50.

87 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 179. v. 2. p. 52.

88 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1994. p. 37-38.

89 *Ibid.*, p. 96.

90 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 207.

91 BAPTISTA, op. cit., p. 50.

Bermejo Vera⁹² traduz a segurança jurídica como valor, sob argumento de que a mesma aspira ordenar a vida social por meio da justiça. Contudo, adverte que justiça é algo externo, derivado do Direito, enquanto o Direito contém, em sua própria essência, a segurança jurídica. Segurança jurídica “é um valor constitucional, que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de Direito”⁹³.

O Estado de Direito é, por si só, uma organização política permeável às mudanças para atender a necessidades sociais, de modo que a segurança jurídica deixa de ser um princípio, uma categoria estática, para garantir a dinâmica e adaptações do Direito à *práxis*. O enfoque dado ao tema – e que dificulta sua compreensão – parte de uma heterogeneidade entre justiça – valor – e segurança jurídica – dado fático que deriva da positividade do direito, ou de determinadas condições de fato sociológicas ou políticas.

4 Incerteza e imprevisibilidade nos temas afetos ao direito administrativo econômico

Se, de um lado, é justo sustentar que a função normativa inserida no atual direito administrativo econômico decorre do tecnicismo galopante em que vive a sociedade de riscos, de outro, o modelo estatal regulatório vigente no Brasil deve se assentar em solução jurídica que impeça que a grande quantidade de atos normativos editados pelas entidades autárquicas especiais (inflação normativa) venha a conduzir o subsistema regulado ao agravamento da imprevisibilidade e conseqüente insegurança jurídica inerente à sociedade pós-industrial.

92 BERMEJO VERA, José. *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*. Madrid: Civitas, 2005. p. 43.

93 SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do artigo 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 2, n. 6, p. 1-59, jul./set. 2004. p. 17.

Ademais, conforme anota Patrícia Baptista⁹⁴, para além do processo de produção das normas, a superação da hermenêutica sistêmica e a influência de sistemas exteriores ao Direito (economia, moral, política etc.) trazem imprevisibilidade para a aplicação do Direito. Isto é, urge no modelo regulatório mecanismos para mitigar⁹⁵ a incerteza decorrente da abertura de espaços para o exercício das escolhas administrativas por meio de certa previsibilidade técnica, somado a um sistema formal para a edição de normas regulatórias⁹⁶.

5 Riscos e previsibilidade técnica

Se, de um lado, a evolução das escolhas administrativas caminha para uma nova fase, que não nega a necessidade de se ampliar a atuação estatal executiva, e, de outro, sustenta-se haver incompatibilidade entre a fórmula que compõe a discricionariedade administrativa – oportunidade e conveniência – “dependente de critério político”⁹⁷ com as reais necessidades cotidianas da sociedade pluriclasse, pode-se ter, como importante antídoto contra os riscos do arbítrio/tecnocracia, a procedimentalização. Vale dizer, o procedimento, como “novo conceito central do direito administrativo”,⁹⁸ permite maior participação dos administrados, valorizando a “relação jurídico-administrativa”⁹⁹ com o poder público, notadamente diante de casos difíceis submetidos à escolha regulatória.

A procedimentalização efetivada com a participação real de grupos interessados e publicidade eficaz – divulgação na internet, participação em audiências públicas, dentre outras – é im-

94 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006. p.18.

95 *Ibid.*, p. 21-22: “Não se perca de vista, porém, que o ideal de um direito seguro não pode ser mais do que isso: um ideal. É necessário e desejável aumentar a segurança do direito – i.e., a estabilidade, a acessibilidade e a previsibilidade das normas e das decisões -, mas não se conseguirá jamais eliminar todas as imprecisões e indefinições. Afinal, trata-se de normas que são feitas e aplicadas por seres humanos”.

96 Nos Estados Unidos da América, há regras claras acerca desses mecanismos.

97 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 150.

98 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 301 ss.

99 Nos moldes identificados por BAPTISTA, *op. cit.*, p. 128-129.

portante mecanismo para se alcançar a transparência necessária à legitimação da escolha reguladora descentralizada¹⁰⁰.

No âmbito dessa procedimentalização da concretização das políticas públicas estatais, a previsibilidade técnica, como parâmetro mitigador dos riscos do arbítrio, é importante remédio contra as decisões casuísticas. A complexificação crescente da atividade administrativa contemporânea implica a consideração da escolha administrativa como instrumento funcionalmente ligado à criação de clareza e previsibilidade relativamente ao desenvolvido futuro das relações jurídicas administrativas¹⁰¹.

O relacionamento entre a Administração e o cidadão deixou de ser esporádico e instantâneo¹⁰², surgindo espaços para relações duradouras e continuadas. Isto é, “a decisão deve ser prospectivamente responsável, levantando e estimulando, para esse efeito, as *consequências previsíveis*”¹⁰³, de modo que a mesma seja ponderada “tanto quanto a seu valor intrínseco quanto a seu valor posicional no contexto da questão a ser solucionada”¹⁰⁴. Na advertência de Patrícia Baptista¹⁰⁵, se é certo que não é legítimo ao cidadão esperar que as normas jurídicas não sejam alteradas, também é certo que ele deve esperar que eventuais mudanças não sejam bruscas nem tampouco contrariem explicitamente as expectativas despertadas por comportamentos da Administração Pública.

Essa previsibilidade das técnicas e dos mecanismos procedimentais que devem limitar a atuação das entidades reguladoras pode conformar solução jurídica que ajude a impedir que a grande quantidade de atos normativos decorrentes da deslegalização, editados por essas entidades autárquicas, venha

100 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 96.

101 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 461.

102 *Ibid.*, p. 99.

103 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.102.

104 *Ibid.*, p. 102.

105 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Segurança jurídica e proteção da confiança legítima no direito administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro*. 2006. 374 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, 2006. p.328.

a conduzir o subsistema regulado a uma insegurança jurídica insuportável.

Alguns cenários em que a previsibilidade técnica vincula a escolha administrativa são apresentados por Paulo Otero. O conteúdo vinculante é determinado por meio do recurso a ciências exatas ou não, dotadas de origem empírica e que expressam o fruto de uma avaliação do tipo científica visando a determinados fins.

Segundo o autor¹⁰⁶, pode ocorrer: (i) nos casos em que o regulador acolha regras técnicas e científicas, autovinculando a futura atividade de seus órgãos; (ii) nas hipóteses em que as escolhas administrativas só possam ser feitas na seqüência de estudos técnicos e científicos que conduzam a resultados tendencialmente unívocos e que, portanto, não comportam valorações; (iii) na integração de conceitos jurídicos indeterminados que comportem a formulação de juízos de natureza ou conteúdo científico, e que, portanto, só podem ser concretizados por meio de critérios extraídos de tais ciências e (iv) no conjunto de operações materiais que, desenvolvidas no contexto das escolhas administrativas, traduzam o exercício de uma atividade profissional que obedece, em si e por si, a normas técnicas e científicas específicas.

Nesse contexto, entre questões técnicas já testadas e provadas, não deve o administrador público “inventar” fórmulas ou subterfúgios para proferir escolhas administrativas em “desconformidade aos precedentes anteriormente estatuídos”¹⁰⁷, isto é, em contradição com o que, na prática, tem sido observado por entidades técnicas, reguladores e regulados.

6 Edição de normas regulatórias

Além de mecanismos para mitigar a abertura de espaços para escolhas administrativas por meio de certa previsibilidade

106 OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p 764 ss.

107 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: atos próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, n. 4, p. 231-244, out./dez. 2006.

técnica, importa perseguir um sistema formal para a edição de normas regulatórias. O instrumento adotado no modelo estadunidense (berço do padrão regulatório pátrio) com esse fim é denominado de *rulemaking*, que consiste na indicação de procedimentos específicos para a edição de normas pelos reguladores que permitam a efetiva participação da sociedade¹⁰⁸.

Outro mecanismo adotado nesse campo de questões no referido país é denominado de *adjudication*, isto é, a catalogação dos precedentes regulatórios. Por esse sistema, busca-se impedir que situações concretas, marcadas por questões técnicas idênticas ou semelhantes, sejam decididas de forma diversa ou adotadas de acordo com a conveniência ocasional ou passageira das autoridades regulatórias¹⁰⁹. As vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas regulatórias podem ser resumidas no aumento da eficácia da ação administrativa, na diminuição da pressão dos interesses privados organizados sobre a escolha administrativa e na potencialização dos valores de certeza, igualdade e segurança.

Mesmo sabendo que, diante de especificidades locais, às entidades reguladoras brasileiras pode não se aplicar a integridade dos mecanismos para tornar mais previsíveis os métodos de formulação das regras estadunidenses, algumas lições sobre o modelo regulatório *yankee* devem ser consideradas para efeitos de reforma legislativa do modelo regulatório pátrio. Vale dizer, considerando que as regras criadoras das entidades reguladoras brasileiras não dispõem acerca desses mecanismos, a eleição quanto aos meios de materialização dos comandos normativos técnicos encontra-se no campo da discricionariedade administrativa de cada entidade regulatória, desfavorável à segurança jurídica.

108 Patrícia Baptista adverte que: "Como hoje largas áreas da atividade da Administração estão à margem da lei, resta ao administrador um amplo espaço para desempenhar funções normativas. Ocorre que é justamente nesse campo da atividade administrativa da Administração, apelidada na common law de *rule-making*, que a inserção da participação tem maior relevo, para conferir legitimidade à regulação efetuada". BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.160-161.

109 Cabral de Moncada, ao discorrer sobre a liberdade dos reguladores em optar pela *adjudication* ou *rule-making* na execução da lei, conclui pela tendência de aplicação da *rulemaking*. Isso porque esta "permite ultrapassar as desvantagens da indeterminação e insegurança consequentes a uma criação só casuística do direito, típica da *adjudication*". CABRAL DE MONCADA, Luís S. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 131.

Além do *rulemaking* e do *adjudication*, com vistas à redução da insegurança jurídica pelo número incontável de normas regulatórias e pela ausência de mecanismos de edição de regras, pode-se cogitar:

(i) a fixação, nas normas legalitárias, de espaços mais claros e objetivos do que seria considerado política pública, de competência dos órgãos da administração direta, bem como a indicação do que representa competência técnica, voltada à atuação do regulador;

(ii) reconhecer como válida a trilha antes seguida por países como a Alemanha, Reino Unido, e a Suécia, no sentido de pôr termo prefixado às normas. Isto é, transcorrido aquele tempo de vigência da norma, a mesma fica derogada automaticamente¹¹⁰;

(iii) poder-se-ia cogitar, ainda, uma publicação anual das normas de regulação de cada subsistema, a exemplo do que já se encontra positivado no artigo 212 do Código Tributário Nacional¹¹¹; e, finalmente,

(iv) a definição de mecanismos claros de participação da sociedade nos processos, na ponderação e na valoração tecnicamente motivada.

Alcançando-se a conjugação cumulativa dessas propostas, pensa-se que as escolhas regulatórias deixariam de ser atos unilaterais, voltados a critérios de conveniência, oportunidade e excludentes da participação dos interessados, e, desse modo, privilegiando a segurança jurídica, teriam mais dificuldades de surpreender o agente regulado.

7 Conclusão

Na fase por que passa a sociedade não se encontra a utilidade para a certeza e segurança. A compreensão do Estado de risco como aspecto nuclear na organização da sociedade

110 Cf. SANTAMARIA PASTOR, Juan A. La administración como poder regulador. In: MORENO, Fernando Sáinz (Dir.) *Estudios para la reforma de la administración pública*. Madrid: Inap, 2004. p. 398 ss.

111 Lei nº 5172, de 25 de outubro de 1966: Art. 212. Os Poderes Executivos federal, estaduais e municipais expedirão, por decreto, dentro de 90 (noventa) dias da entrada em vigor desta Lei, a *consolidação, em texto único, da legislação vigente, relativa a cada um dos tributos, repetindo-se esta providência até o dia 31 de janeiro de cada ano.*

contemporânea comete a uma dinâmica peculiar que submete o direito administrativo a um novo papel, a uma transformação.

A regulação estatal de atividades econômicas, nesse contexto, cumpre uma função essencial na prevenção e composição das antinomias surgidas pela ambivalência e aporias surgidas com a tecnicidade e a complexidade das relações sociais.

A conclusão a que se chega é a de que a configuração da segurança jurídica nas relações contemporâneas entre a Administração Pública reguladora descentralizada e o agente regulado que desenvolve atividade econômica é um tema pouco explorado em nossa doutrina.

Observou-se que a ideia de segurança jurídica enfrenta uma “crise de identidade” neste início de século. No campo da regulação de atividades econômicas pelo Estado, a “crise” advém do fato de que a estrutura normativa regulatória deve ser estruturada de forma diversa do conceito legalitário formal, haja vista que as políticas nacionais típicas do Estado pós-moderno se apresentam, na prática, mediante a edição de diversas normas gerais com conceitos jurídicos indeterminados, que, logicamente, não conseguem tudo prever para nortear a atuação dos agentes públicos reguladores nem tampouco dos agentes regulados.

Concluiu-se que, em algumas regras editadas pelos reguladores, não se pode pensar em simplesmente executar o que está indicado na lei, produzida no âmbito do Parlamento. Nas questões difíceis (*hard cases*) submetidas à escolha regulatória, as normas têm linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que tenha de haver uma liberdade ao administrador público na hora de executar reflexivamente os comandos gerais da norma, dependendo (i) dos dados empíricos decorrentes das técnicas disponíveis e testadas; (ii) da circunstância fática em que a norma está sendo aplicada; e (iii) dos impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato.

Diante dessas considerações, o ponto agudo identificado conduziu à busca de meios para compatibilizar a premissa basilar do valor “segurança jurídica” na regulação de atividades econômicas, decorrente do Estado Democrático de Direito, com outros valores, outros princípios e outras regras.

Nessa senda, apresenta-se com humildade uma metodologia que possa ser suficiente para privilegiar a segurança jurídica a ser observada pelas entidades estatais na elaboração de normas que sustentam suas escolhas. Nessa trilha, constatou-se ser indisputável que há uma colisão direta entre, de um lado, a necessidade de se estabelecer e respeitar a segurança jurídica, e a liberdade como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, com a necessidade de se repensar a segurança jurídica formalista para que esse engessamento não se volte contra fundamentos axiológicos materializados nos direitos e nas garantias fundamentais.

As vantagens na padronização dos mecanismos de edição de normas regulatórias podem ser resumidas no aumento da eficácia da ação administrativa, na diminuição da pressão dos interesses privados organizados sobre a decisão administrativa e na potencialização dos valores de certeza, igualdade e segurança.

Ainda com vistas à redução da insegurança jurídica pelo número incontável de normas, cogitou-se pôr termo prefixado às mesmas e, até mesmo, a consolidação das normas periodicamente. Propôs-se a observância, na edição de normas legalitárias, de espaços mais claros e objetivos do que seria considerado política pública, de competência dos órgãos da administração direta, bem como a indicação do que representa competência técnica voltada à atuação do regulador. Pensou-se em reconhecer a importância de definição normativa de mecanismos claros de participação da sociedade nos processos, na ponderação e na valoração tecnicamente motivada.

Importa destacar a importância do debate acerca da segurança jurídica sob bases axiológicas com o redesenho desse valor na fase atual do relacionamento entre Estado e Sociedade.

1.12

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA: A JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DA PERSPECTIVA RAWLSIANA E AS NECESSIDADES BÁSICAS SOBRE O MÍNIMO IMUNE A TRIBUTOS

JULIO PINHEIRO FARO*
MARCELO SANT'ANNA VIEIRA GOMES**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Justiça distributiva Rawlsiana. 3 Uma crítica à justiça distributiva Rawlsiana. 4 Aspectos do mínimo imune. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 Introdução

H. P. Young define justiça distributiva como a “alocação justa dos custos e benefícios entre os indivíduos¹”. Essa concepção, apesar de simples e concisa, encerra diversas questões. A proposta aqui é, no entanto, mais humilde. Dentre os muitos questionamentos, um parece despontar. Trata-se do fato de que a justiça distributiva é corriqueiramente tratada mais como uma alocação de custos que de benefícios, o que desemboca na questão: porque proporcionalmente os custos parecem ser muito maiores que os benefícios? Ou, de modo diferente: porque os impostos cobrados pelo Estado parecem ser proporcionalmente maiores que os benefícios recebidos pela sociedade?

É fato que os indivíduos têm o dever de financiar o Estado e a sociedade, assim como também é fato que a receita arrecadada a partir desse financiamento é mal gerida pelo Estado, daí a

* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor de Direito Financeiro, Direito Tributário e Processo Tributário na Estácio de Sá - Vitória/ES. Professor-Coordenador do Grupo de Estudos Políticas Públicas e Desigualdades Sociais na FDV. Pesquisador. Advogado e Consultor Jurídico.

** Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professor-Assistente da Disciplina de Prática Simulada Cível na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Servidor Público Federal. Assessor Jurídico.

1 YOUNG, H. P. Distributive justice in taxation. *Journal of Economic Theory*, v. 44, n. 2, p. 321,1988.

disparidade entre custos e benefícios. Todavia, há um lado desse financiamento que, se não tomado o devido cuidado, pode vir a ser perverso. Cuida-se do financiamento por quem não tem condições de fazê-lo.

Sabe-se que as pessoas possuem necessidades vitais básicas que devem ser satisfeitas antes que seja praticado qualquer ato de solidariedade – como é o pagamento de impostos (muito embora se trate de uma solidariedade compulsória). A preocupação do presente estudo inscreve-se, pois, no campo de um dos fatores que devem ser observados para a promoção da justiça distributiva, a teoria das necessidades básicas. De forma bastante genérica, referida teoria ocupa-se do estabelecimento de critérios para definir quais necessidades humanas são realmente básicas e se é possível falar em um rol delas. Assim, teorizar sobre as necessidades básicas dos indivíduos é estabelecer um mínimo existencial, imprescindível à sobrevivência dos indivíduos e imune a impostos. Nesse sentido, a questão que permeia o presente estudo tem a ver com a contribuição da teoria das necessidades básicas para a melhor apuração da justiça distributiva, de maneira que se formula do seguinte modo: qual o mínimo existencial imune a impostos e como estabelecê-lo a partir de um parâmetro constitucional?

Na ordem jurídica brasileira, tal parâmetro já existe e pode ser encontrado no art. 7º, IV, da CF/88, que estabelece dentre as necessidades vitais básicas do trabalhador a moradia, a alimentação, a educação, a saúde, o lazer, o vestuário, a higiene, o transporte e a previdência social. Todavia, não será nenhuma novidade que, se o mínimo existencial for estabelecido em relação a todos esses bens, recursos ou capacidades, fique reconhecida a ineficiência estatal em prover a parcela carente da sociedade razoavelmente desses bens. E aí se chegará a uma conclusão, quiçá óbvia, de que a justiça distributiva é apenas mais um discurso, já que nem os custos sociais nem os benefícios sociais são distribuídos de maneira realmente justa.

Vários são os autores que se ocuparam da questão da justiça distributiva. No entanto, para que este pequeno trabalho não tome proporções indevidamente extensas, optou-se por um corte metodológico quanto à teoria da justiça distributiva analisada.

Assim, cuida-se da teoria da justiça distributiva rawlsiana, utilizando-se de algumas das críticas formuladas em relação a essa concepção, para, assim, chegar às conclusões que permitam responder à questão que permeia este trabalho. De posse dessas conclusões, elabora-se, então, uma tese que permita destacar qual é e como se pode estabelecer o mínimo existencial imune a impostos no sistema constitucional brasileiro.

Para tanto, este artigo se funda sobre uma análise estritamente teórica, através de uma abordagem crítica baseada na metodologia dialética de eliminação popperiana, isto é, com esboço na tríade dialética – tese, antítese e síntese –, em que a tese gerará, a partir de suas limitações, uma oposição, a antítese, e, no embate entre uma e outra, será formada uma solução, a síntese, que reconhecerá os méritos de cada uma e excluirá suas respectivas limitações².

No intuito de atingir esse objetivo, o trabalho está estruturado da seguinte maneira. O próximo tópico versa sobre a teoria da justiça distributiva de John B. Rawls, apresentando-se os seus principais pontos. Na sequência, é apresentada uma crítica acerca da teoria de Rawls, a fim de esclarecer o posicionamento adotado neste trabalho. Feito isso, procede-se à discussão sobre os aspectos que podem fazer parte do mínimo existencial imune a impostos sob a perspectiva constitucional brasileira. Ao final são apresentadas as conclusões.

2 A justiça distributiva Rawlsiana

Em primeiro lugar, cumpre, então, discorrer sobre a teoria de Rawls acerca da justiça distributiva. Rawls concebe a justiça distributiva como um caso de justiça procedimental pura³ ou justiça procedimental perfeita. Esse tipo de justiça, afirma o autor, se verifica quando há critérios estabelecidos de forma independente e anterior a qualquer divisão justa e quando se pode criar

2 POPPER, Karl R. What is dialectic? *Mind*, v. 49, n. 196, p. 404, 1940.

3 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 73.

um procedimento que certamente trará o resultado desejado⁴. Assim, justiça distributiva é um procedimento correto ou justo que, se corretamente aplicado, gerará um resultado qualquer que também será correto ou justo⁵. Esse procedimento sustenta-se sobre a organização da estrutura básica da sociedade, sobre a qual, aliás, se tratará daqui em diante.

A concepção de justiça na teoria rawlsiana parte do pressuposto de que as partes, na posição original, ao concordarem com os princípios do justo, concordam, concomitantemente, “com a organização necessária para tornar esses princípios efetivos em sua conduta⁶”. Ou, por outra, as partes ao estabelecerem o consenso, indicam os princípios que consideram razoáveis para atingir ao máximo os interesses e objetivos que possam ter depois que desaparece o véu de ignorância, e “concordam em assumir a responsabilidade pela concepção da justiça escolhida⁷”. Assim, tanto os princípios para instituições quanto os princípios para indivíduos, escolhidos na posição original, “são a resposta de Rawls à questão da justiça⁸”.

Entretanto, não se pode confundir uma teoria da posição original com uma teoria da justiça⁹, pois “um senso de justiça é um desejo efetivo de aplicar os princípios da justiça e de agir, portanto, adotando o ponto de vista da justiça¹⁰”. Então, percebe-se que a posição original aliada ao véu de ignorância e aos outros artifícios utilizados por Rawls constituem-se como ferramentas abstratas que permitem explicar a escolha de princípios justos. Portanto, mesmo que cada indivíduo possua um plano de vida diferente do outro, os princípios que regulam tais planos de vida são os mesmos, e é dever de cada pessoa realizar esses prin-

4 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 91.

5 *Ibid.*, 2002, p. 92.

6 *Ibid.*, 2002, p. 573.

7 *Ibid.*, 2002, p. 578.

8 KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 68.

9 KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 246.

10 RAWLS, *op. cit.*, 2002, p.630-631.

cípios, mediante a cooperação social dentro de uma sociedade bem ordenada.

Bem assim, cumpre detalhar um pouco mais a teoria da justiça como equidade de Rawls, até mesmo para que se possa lhe endereçar as críticas pretendidas por este pequeno estudo.

A posição original rawlsiana é um modelo de representação. Trata-se de uma situação hipotética e a-histórica que funciona como “um dispositivo de representação utilizado por Rawls para isolar os princípios de justiça¹¹”, de modo a ser o estado mais propício para que sejam feitas escolhas equitativas no seio de uma sociedade humana¹². “A posição original generaliza a ideia familiar de contrato social”, de modo que “o faz constituindo em objeto do acordo os princípios primeiros de justiça para a estrutura básica¹³”; ou seja: “a posição original é uma interpretação específica da situação inicial de escolha, situação em que os indivíduos se encontram para concluir o contrato: escolher os princípios da justiça adotados para governar sua sociedade¹⁴”. Assim, “Rawls não pressupõe que algum grupo fez alguma vez um contrato social do tipo por ele descrito”, e sim “afirma que, se um grupo de homens racionais se encontrasse na difícil situação da posição original, iria entrar em acordo nos termos dos dois princípios¹⁵”.

Uma das características essenciais da posição original rawlsiana é o fato de que as partes estão sob um completo véu de ignorância: artifício capaz de anular determinadas contingências que possam colocar os seres humanos “em posições de disputa, tentando-os a explorar as circunstâncias naturais e sociais em seu próprio benefício¹⁶”. Estar sob um véu de ignorância numa

11 LORKOVIC, Edvard. *Facing inequality: Rawls, Sen and Cohen on the space of egalitarian justice*. 1999. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Filosofia, Universidade de Concórdia, Montreal, Quebec, Canadá, 1999. p. 32.

12 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 19.

13 Id. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 73.

14 LEMAIRE, André. *L'enjeu de la rationalité dans la théorie de la justice de John Rawls*. 1997. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Filosofia, Faculdade de Teologia, de Ética e de Filosofia, Universidade de Sherbrooke, Canadá, 1997. p. 14.

15 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 236.

16 RAWLS, op. cit., 2002, p. 147.

situação hipotética é crucial para entender as escolhas feitas pelos indivíduos na posição original. Ao restringir o conhecimento das pessoas a contingências sociais gerais e genéricas, eliminar-se o pluralismo, porque se elas não têm acesso a informações específicas, apenas sabem que em relação umas às outras são, em alguma medida, diferentes. Mas que medida seria essa? É justamente essa a resposta que elas não possuem. Isso faz com que os sujeitos saibam que têm concepções diferentes sobre as coisas, mas não sabem quais, e, então, eles fazem uma escolha sopesando concepções que poderiam ter¹⁷. Portanto, por força do véu de ignorância, a escolha dos princípios de justiça para a sociedade nacional “não é do melhor interesse atual de cada um, pois, ao levantar-se o véu da ignorância, alguns irão descobrir que estariam numa situação melhor se tivesse escolhido algum outro princípio¹⁸”.

Dessa feita, verifica-se que não há, propriamente, um pluralismo razoável na teoria da justiça de Rawls, e sim indivíduos livres e iguais capazes de fazer escolhas razoáveis e racionais, mediante o uso de suas duas faculdades morais. Assim é que as pessoas, na posição original, agem conforme o que considerariam uma vida digna (faculdade moral de ter uma concepção de bem) sempre respeitando determinados princípios de justiça para construir uma sociedade bem ordenada, baseada na cooperação social (faculdade moral de ter senso de justiça)¹⁹.

Essa forma de agir só é possível porque as pessoas, nesse estágio, são iguais e livres. E é aqui que se verifica a ausência de pluralismo, porque, se no exercício de suas faculdades morais o indivíduo possui um conjunto de preferências próprias e já que “todos os indivíduos ‘na posição original’ são idênticos, essas preferências são as mesmas para todos²⁰”. Portanto, pelo fato de as pessoas serem iguais, ninguém terá um tratamento

17 SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 50.

18 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 239.

19 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 26.

20 KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 249.

preferencial²¹, o que é fundamental para haver unanimidade na formação do acordo²², chegando todos, sempre, aos mesmos princípios.

Ora, pelo fato de serem iguais, os indivíduos só podem ser razoáveis ou não ser, pelo que é preferível que o sejam, senão estariam em constante estado de guerra de todos contra todos. Assim, pessoas razoáveis são as que reconhecem e honram os princípios escolhidos na posição original, mesmo que isso possa prejudicar seus interesses particulares²³. Da mesma forma, é preferível que sejam indivíduos racionais e que, apesar das limitações impostas pelo véu de ignorância, saberem “que, em geral, devem tentar proteger as suas liberdades, ampliar as suas oportunidades, e aumentar os seus meios de promover os seus objetivos, quaisquer que sejam eles²⁴”.

É agindo de tal maneira que os indivíduos fazem, em qualquer época, a mesma escolha por princípios de justiça que guiarão a sociedade nacional bem ordenada, na qual “todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios” e que “as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem, esses princípios²⁵”. Assim, o indivíduo apresenta-se capaz de desempenhar na sociedade bem ordenada a função de membro plenamente cooperativo²⁶, um fim em si mesmo, e não um meio para formar uma sociedade cooperativa²⁷. Entende-se a sociedade, pois, como “uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”, e tais regras especificam “um sistema de cooperação concebido para promover o bem dos que fazem parte dela²⁸”.

21 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 563.

22 SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 50.

23 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 9.

24 RAWLS, op. cit., 2002, p. 154.

25 RAWLS, op. cit., 2002, p. 5.

26 RAWLS, op. cit., 2003, p. 33-34.

27 SANDEL, op. cit., p. 100.

28 RAWLS, op. cit., 2002, p. 4.

A escolha desses princípios é feita durante aquilo a que Rawls chama de consenso sobreposto, que nada mais é que o contrato social, funcionando, pois, como um marco que separa uma situação hipotética de outra mais realista²⁹. No entanto, o consenso enquanto tal é, também, hipotético, porque não existem “forças políticas, sociais ou psicológicas tais que suscitariam um consenso desse tipo (quando ele não existe) ou o tornariam estável (se chegasse a existir)³⁰”.

Para Rawls, a estrutura básica da sociedade é uma instituição³¹, regida por dois princípios escolhidos pelos indivíduos na posição original e através de um consenso sobreposto. Esses princípios são dois: (1) o princípio das liberdades básicas iguais, em que “cada pessoa tem um mesmo direito a um esquema completo e adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com um esquema similar de liberdades para todos”; (2) o princípio da igualdade democrática, pelo qual “as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições”: (a) “devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades”; (b) “devem beneficiar ao máximo os membros da sociedade menos favorecidos³²”.

O primeiro princípio de justiça ao prescrever a existência de um esquema completo e adequado de liberdades básicas permite o entendimento de que melhor que ter garantida uma grande quantidade de liberdades é tê-las especificadas “num esquema coerente que garanta o âmbito central de aplicação de cada uma³³”. Contudo, Rawls, embora tenha tentado, não foi feliz ao tentar formular uma lista de tais liberdades, já que, em sua concepção, elas seriam todos aqueles “direitos e liberdades abarcados pelas normas jurídicas”, exemplificando alguns deles: “liberdades de pensamento e de consciência, liberdades

29 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44-45.

30 Id. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Partenot. São Paulo: Martins Fontes, 2002a, p. 277.

31 Id. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 59.

32 Id. *The basic liberties and their priority: the tanner lectures on human values*, 1981. p. 5.

33 RAWLS, op. cit., 2003, p. 157.

políticas e de associação, além dos direitos e liberdades especificados pela liberdade e pela integridade física da pessoa³⁴”.

O princípio das liberdades básicas iguais abrange as liberdades constitucionais³⁵. E qualquer liberdade se fundamenta nos três seguintes fatores: “os agentes que são livres, as restrições ou limitações de que eles estão livres, e aquilo que eles estão livres para fazer ou não fazer³⁶”. Dessa formulação pode-se extrair que as pessoas possuem tanto direitos quanto deveres, ambos podendo ser limitados pela Constituição ou pelas leis. Assim, a liberdade pode ser concebida como “um complexo de direitos e deveres definidos por instituições”, de maneira que “as várias liberdades especificam coisas que podemos escolher fazer, pelo que, quando a natureza da liberdade o exige, os outros têm o dever de não interferir³⁷”. Por uma melhor formulação desse conceito geral, pode-se dizer que as liberdades, enquanto direitos de todos os indivíduos, permitem que estes façam o que quiserem fazer, desde que sejam capazes de responder por suas escolhas e que estas não interfiram na situação jurídica de terceiros, nem infrinjam a Constituição ou as leis.

Entretanto, se os direitos e os deveres não forem suficientemente, ou, simplesmente não forem definidos pelas instituições, os limites das liberdades básicas de cada pessoa ficarão incertos. Daí a importância do princípio da legalidade, para evitar um colapso do esquema de liberdades, que poderia ocorrer em virtude de as pessoas, apesar de saberem que possuem um mesmo senso de justiça, não possuírem plena confiança umas nas outras, o que pode gerar a suspeita de que alguns indivíduos não estejam cumprindo com sua parte no consenso, e, assim, àqueles que suspeitam gerar a tentação de não cumprir com a sua parte, prejudicando o sistema cooperativo. Por isso, “mesmo numa sociedade bem ordenada, os poderes coercitivos do governo são até certo ponto necessários para a estabilidade

34 RAWLS, John. *The basic liberties and their priority: the tanner lectures on human values*, 1981. p. 5.

35 KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. Rawls and contract law. *The George Washington Law Review*, n. 3, p. 609, 2005.

36 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 218-219.

37 *Ibid.*, p. 262.

da cooperação social”, mediante “uma interpretação pública das leis legítima, apoiada em sanções coletivas³⁸”. Portanto, a liberdade conduz à responsabilidade, porque, “alguém que obedece às normas conhecidas não precisa temer uma violação de sua liberdade”, o que é o mesmo que dizer: pessoas diligentes com seus deveres terão seus direitos assegurados³⁹.

“A melhor ordenação das várias liberdades depende da totalidade das limitações a que elas estão sujeitas⁴⁰”, o que é plenamente possível através de sua combinação em um sistema único ou de sua adaptação a determinadas condições sociais⁴¹. Então, para que seja respeitado e cumprido o primeiro princípio de justiça, é preciso que: (a) um indivíduo não tenha mais liberdade que o outro; (b) uma liberdade não seja nem mais nem menos extensiva do que deveria ser. Isso ocorre porque, para Rawls, uma liberdade básica “só pode ser limitada em consideração à própria liberdade, isto é, apenas para assegurar que a mesma liberdade ou outra liberdade básica estará adequadamente protegida, e para ajustar o sistema único de liberdades da melhor forma possível⁴²”.

O princípio das liberdades básicas iguais tem, conforme defende Rawls, prioridade sobre o princípio da igualdade democrática. Essa prioridade significa que o segundo princípio deve ser aplicado sempre “no contexto de instituições de fundo que satisfaçam as exigências do primeiro princípio⁴³”. A igualdade democrática compõe-se por dois princípios – o princípio da igualdade de oportunidades e o princípio de diferença –, que dispõem, de forma geral, que as desigualdades socioeconômicas devem se interligar a cargos e posições acessíveis a todos os indivíduos em condições de igualdade de oportunidades, beneficiando ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade.

38 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.262-263.

39 Ibid., p. 263-264.

40 Ibid., p. 219-220.

41 RAWLS, John. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Partenot. São Paulo: Martins Fontes, 2002a, p. 150.

42 RAWLS, op. cit., 2002, p. 220-221.

43 RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 65.

A igualdade de oportunidades tem o papel de “assegurar que o sistema de cooperação seja um sistema de justiça procedimental pura⁴⁴”, isto é, de justiça distributiva. Assim, esse princípio permite que se coloque em ação a justiça distributiva: aqueles que cooperam com a sociedade, obedecendo as normas publicamente conhecidas e cumprindo com seus deveres e obrigações, terão seus direitos assegurados⁴⁵. Nessa esteira, pode-se considerar esse princípio como “um conjunto de condições materiais mínimas que Rawls reconhece como pressuposto não apenas do princípio da diferença”, mas também do princípio das liberdades básicas iguais, já que a inexistência de tais condições mínimas “inviabiliza a utilização pelo homem das liberdades que a ordem jurídica lhe assegura⁴⁶”. Dizer que as desigualdades socioeconômicas devem estar vinculadas a cargos e a posições acessíveis a todos os indivíduos em condições de igualdade de oportunidades significa que a distribuição desses cargos e posições não se pode vincular exclusivamente à ideia de meritocracia, isto é, que os cargos deveriam ser preenchidos apenas com as pessoas mais qualificadas⁴⁷. Pelo contrário, deve haver um sistema em que “todos os cidadãos, ou todos os cidadãos com um mínimo de formação ou habilidades, têm o direito de ser avaliados quando há distribuição de cargos⁴⁸”.

O princípio de diferença, por sua vez, mostra que algumas desigualdades, decorrem das escolhas feitas pelos indivíduos e dos incentivos que eles recebem⁴⁹ e também de fatores genéticos e de outra sorte que os tornam mais produtivos⁵⁰. Tal princípio exige que as baixas expectativas daqueles que ocupam posições sociais menos afortunadas sejam maximizadas em ter-

44 RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 93.

45 *Ibid.*, p.93.

46 BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 114.

47 WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 184.

48 *Ibid.*, p. 185.

49 SCANLON JR., Thomas M. The significance of choice. *The Tanner Lectures on Human Values*, p. 156, 1986.

50 COHEN, Gerald A. Incentives, inequality, and community. *The Tanner Lectures on Human Values*, p. 265, 1991.

mos de vantagens socioeconômicas⁵¹. O melhor entendimento desse princípio advém de sua conjugação com os outros dois. Ora, apesar de as liberdades serem as mesmas, seu valor é diferente para cada pessoa, em decorrência de contingências socioeconômicas humanas. Daí que a igualdade de oportunidades procura fazer com que os indivíduos tenham assegurados os meios essenciais para usufruir seus direitos. Mas, ainda assim haverá desigualdades, de modo que o menor favorecimento de alguns membros da sociedade é compensado pelo respeito ao princípio de diferença. Portanto, a função dos três princípios é uma única: concretizar a “ideia de que ninguém deve ter menos do que receberia em uma divisão equitativa dos bens primários”, de modo que “quando a produtividade da cooperação social permitir uma melhora geral”, as desigualdades existentes deverão “concorrer para o benefício daqueles cuja posição tenha tido uma menor melhora, tomando a redistribuição igualitária como ponto de partida⁵²”. Nesse sentido, uma divisão igual dos bens primários traz duas melhorias: melhora não só a situação dos menos favorecidos (aqueles que possuem planos racionais de vida, como os mais favorecidos, mas que por algum motivo não os podem concretizar), mas também a situação dos cidadãos em geral⁵³, já que “é preferível um arranjo institucional que garanta um quinhão maior em termos absolutos, ainda que não igual, de bens primários para todos, a outro no qual uma igualdade de resultados é assegurada à custa de reduzir as expectativas de todos⁵⁴”.

Esses bens primários são, portanto, aquelas coisas que, independente “de quais sejam em detalhes os planos racionais de um indivíduo, supõe-se que (...) ele preferiria ter mais a ter menos⁵⁵”. Esse conjunto de bens constitui-se de direitos, liber-

51 VAN PARIJS, Philippe. *Difference principles*, 2001, p. 19. Disponível em: <[http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_071_\(PVP\).pdf](http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_071_(PVP).pdf)>. Acesso em: 26 set. 2012.

52 RAWLS, John. *Liberalismo político*. Tradução Sérgio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995. p. 265.

53 Id. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.87.

54 VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 251.

55 RAWLS, op. cit., 2002, p. 97.

dades, oportunidades, renda e riqueza, e autoestima⁵⁶, ou seja, tudo aquilo que, segundo a teoria rawlsiana, possa dar maior segurança ao indivíduo para que este alcance suas metas e interesses, sendo “imprescindíveis para a manutenção de uma vida humana digna⁵⁷”.

3 Uma crítica à justiça distributiva Rawlsiana

Vê-se que a teoria de Rawls para a justiça distributiva trabalha fundamentalmente com a maior distribuição de bens primários, de modo que os menos afortunados – seja por suas escolhas, seja por contingências que independem de sua vontade – recebam uma parcela maior desses bens, promovendo-se, assim, uma igualdade de oportunidades através do princípio de diferença e da possibilidade de fruição das liberdades básicas iguais. Essa teoria, chamada de justiça como equidade, é, de fato, muito interessante e bem construída. No entanto, algumas críticas lhe devem ser endereçadas, especialmente em razão de suas falhas, para, senão torná-la melhor, contribuir para sua superação.

Três são as críticas que aqui são feitas à teoria da justiça distributiva de Rawls. Uma se refere à escolha dos elementos que compõem a lista de bens primários. Outra tem a ver com a exclusão das escolhas feitas pelos menos afortunados como parâmetro para maior distribuição dos bens primários. Por fim, a terceira cuida de saber a cooperação social das pessoas menos afortunadas pode ser reduzida àquilo que se refere à sua participação no financiamento social (isto é, no dever de pagar tributos).

Pois bem, a primeira crítica se refere à escolha dos bens primários. Não se enxerga qualquer problema em se elaborar um rol de bens primários (ou direitos básicos). O que se problematiza é a motivação que se pretenda dar à formação dessa lista de direitos dentro de uma sociedade tão plural, como é a brasileira. Ora, tomando de empréstimo as palavras do economista político Amartya Sen, o problema não é listar os direitos básicos,

56 RAWLS, op. cit., 2002, p. 98 e 487; RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 82-83.

57 MÖLLER, Josué Emilio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Safe, 2006. p. 55.

e sim insistir em uma lista – formulada apenas teoricamente, sem qualquer discussão pública – fixa de direitos básicos para toda uma sociedade⁵⁸. Em um plano abstrato, ou teórico, sem se levar em conta as disparidades regionais e sociais do país, fixar-se uma lista de direitos básicos é plenamente viável, e é exatamente o que Rawls propõe: que se fixe uma lista de bens primários enquanto os indivíduos estão sob o véu de ignorância. O que Rawls não considerou é que referida lista poderia servir apenas em condições sociais muito restritas – considerando-se, por exemplo, o desenvolvimento da sociedade, questões de clima, de população, de cultura etc. Assim, querer estabelecer um rol fixo e imutável (ou completo) pode ser perigoso, já que há vários aspectos relevantes a serem considerados para formá-lo, dentre eles o contexto em que o rol é válido e em quais não é⁵⁹.

A segunda crítica tem a ver com o modo de distribuição desses direitos básicos para os indivíduos depois de removido o véu de ignorância. Isso tem profunda relação com o conceito de justiça distributiva adotado por Rawls e que é muito parecido com aquele fornecido por H. P. Young, conforme citado no início do presente trabalho: justiça distributiva é a “alocação justa dos custos e benefícios entre os indivíduos⁶⁰”. Ora, se é assim, não se pode considerar que, para a aplicação da justiça distributiva, sejam consideradas duas espécies de contingência, como faz Rawls. Para esse autor, a melhor distribuição de bens primários é a que promover a entrega de uma maior parcela desses bens aos menos afortunados, com o intuito de diminuir as desigualdades socioeconômicas. E essa distribuição, segundo o filósofo norte-americano, há que levar em conta tanto as contingências (aquilo sobre o que os indivíduos não têm controle) quanto as escolhas (aquilo sobre o que os indivíduos têm controle).

Ora, não se pode considerar nos pratos da justiça distributiva, pelo menos não naquele prato em que favoreça uma diminuição de custos e um aumento de benefícios para os menos afor-

58 SEN, Amartya. Human rights and capabilities. *Journal of Human Development*, v. 6, n. 2, p. 158, 2005.

59 SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais: Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, p. 127, 2009.

60 YOUNG, H. P. Distributive justice in taxation. *Journal of Economic Theory*, v. 44, n. 2, p. 321, 1988.

tunados, as escolhas que eles próprios fazem. Dworkin utiliza dois outros termos para se referir às escolhas e contingências, respectivamente: sorte por opção e sorte bruta. E explica o autor: a primeira “diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas”, ou seja, escolhas que poderiam ou não ser feitas; enquanto que a segunda “diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas”, isto é, contingências⁶¹. Portanto, se o indivíduo faz uma escolha que não representa adequadamente a sua situação socioeconômica, como, por exemplo, a compra de um bem supérfluo, não se pode dizer que pagará menos imposto porque se situa naquela parcela da população qualificada como menos afortunada.

O fato é que sobre isso não há como ter controle, já que mesmo em um Estado de bem-estar (Estado welfarista) e muito menos num Estado liberal (ou neoliberal) não se tem legitimidade para interferir nas escolhas privadas dos indivíduos. Mas não só. Muitas vezes os indivíduos fazem escolhas que os prejudicam – como a compra de bens supérfluos em lugar de bens necessários – e que também prejudicam a melhor atividade prestacional do Estado e, por consequência, a maior eficácia da justiça distributiva.

Por fim, a terceira crítica diz respeito à cooperação social dos indivíduos chamados de menos afortunados. Sabe-se que na aplicação da justiça distributiva rawlsiana o foco é fazer uma divisão dos bens primários tal que melhore não apenas a situação dos menos favorecidos, como também a situação da sociedade em geral, distribuindo-se mais bens primários para os menos afortunados, sem reduzir as expectativas de todos os membros da sociedade (mais ou menos afortunados). Isso resultaria em uma justiça distributiva assim aplicada: mantêm-se os mesmos custos para todos, gerando-se os mesmos benefícios, que serão, porém, concedidos em uma maior parcela aos menos favorecidos, e numa menor parcela aos mais favorecidos.

Na questão dos benefícios, não há qualquer problema, até porque isso é o resultado razoável daquilo que se pretende com

61 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 91.

a justiça distributiva; ou seja, que o Estado, através de suas atividades prestacionais, dê maiores benefícios aos menos afortunados (em virtude de sua sorte bruta) do que aos mais afortunados. A crítica se refere à questão dos custos, já que nem todos podem arcar com determinados custos, especialmente em virtude de sua sorte bruta.

4 Aspectos do mínimo imune

É a crítica à questão dos custos para a manutenção da justiça distributiva que envolve aquilo a que se chama aqui de aspectos do mínimo imune. Isto é, a que limitações a aplicação da justiça distributiva está sujeita em relação à participação no financiamento da sociedade pelos indivíduos menos afortunados? Ou, por outra, o pagamento de impostos por aqueles em relação aos quais as contingências não produziram os melhores resultados fica reduzido até que ponto?

Três regras, uma no §1º do art. 145 e duas no art. 150, II e IV, ambos da CF/88, são fundamentais para entender sobre o mínimo imune a tributos, respectivamente: o critério da capacidade econômica, a regra de proibição aos efeitos de confisco e a regra de proibição aos privilégios odiosos.

A capacidade econômica (art. 145, §1º, da CF/88) é um critério que tem forte relação com as regras de proibição aos efeitos de confisco e aos privilégios odiosos. É também um critério que tem muito a ver com a justiça distributiva tributária, ou seja, aquela em que a capacidade econômica manifestada pelas pessoas revela a sua aptidão para contribuir com o Estado, financiando-o e também financiando a sociedade⁶². O §1º do art. 145 da CF/88 é bem claro quanto a isso ao estabelecer a necessidade de que os entes da Federação, no momento da cobrança de tributos, observem, sempre que possível, as condições socioeconômicas de seus contribuintes. E isso porque não se pode

62 Nesse sentido, ver: ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 149, p. 127, 2001. ; MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, p. 334, 1997.

razoavelmente justificar que o Estado, responsável pelo zelo à dignidade das pessoas, institua e cobre tributos que não fazem outra coisa senão minar o gozo e a fruição dessa dignidade.

O critério da capacidade econômica, normalmente denominado pela doutrina tributária de princípio da capacidade contributiva, apoia-se, de acordo com Paulo Caliendo, na teoria do talento pessoal, a qual considera “que as pessoas possuem habilidades distintas para gerar e acumular riquezas” e que, por isso, “devem sofrer um regime de tributação diferenciado em função dessa capacidade⁶³”.

Portanto, o critério em destaque deve ser visto como uma proteção ao mínimo imune, já que serve à proteção dos direitos do contribuinte ao limitar o poder estatal de tributar⁶⁴. Em brevíssima conceituação, o mínimo imune pode ser visto como o bloco de oportunidades mínimas devidas ao indivíduo, a fim de que possa se desenvolver adequadamente e possa ter uma vida minimamente digna⁶⁵, de maneira que esse bloco não sofra quaisquer interferências do Estado, sejam elas de que tipo for.

Um parâmetro para esse bloco se encontra no art. 7º, IV, da CF/88, que lista aquilo que o constituinte originário entendeu serem as necessidades vitais básicas dos cidadãos. O rol, ao que tudo indica, é taxativo, já que se fosse exemplificativo, as necessidades não seriam básicas. No entanto, estabelecer um rol fechado e rígido, já que só pode ser alterado através de emenda constitucional, é problemático, especialmente numa sociedade tão diversificada como é a brasileira. Outro problema é a ausência de previsão, tanto faz se constitucional ou legal, de um valor mínimo necessário, em pelo menos em cada região do país, para o desfrute dos itens catalogados no art. 7º, IV, da CF/88. Por aí, o critério da capacidade se basearia num dado objetivo, o que seria formidável para a melhor aplicação da justiça distributiva.

63 CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 272.

64 COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 29.

65 SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais: Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, p. 119-120, 2009.

Nesse sentido, há que se observar que o dispositivo constitucional estabelece que os impostos sejam graduados conforme a capacidade econômica manifestada pelo contribuinte. Essa graduação tem a ver com a questão da progressividade, o que, de acordo com Roque Antonio Carrazza, significa que referido critério tem íntima conexão com a isonomia, também chamada de vedação aos privilégios odiosos, de modo que quem manifestar maior riqueza deve contribuir mais para o financiamento da coisa pública, isto é, deve pagar mais ou maiores impostos⁶⁶.

A regra da proibição aos privilégios odiosos utiliza-se do critério da capacidade econômica exatamente naquilo em que já se tornou lugar-comum repetir, e que no caso tributário apenas sofre pequena adaptação proposital: os iguais devem ser tributados de maneira igual, ao passo que os desiguais devem ser tributados de maneira desigual. A CF/88 deixa bem claro em suas disposições sobre a igualdade (ou isonomia), especialmente no que se refere aos contribuintes, de que estes “devem ser tratados igualmente, a não ser que existam razões para tratá-los diferentemente”, ou seja, apenas o tratamento desigual há que ser justificado⁶⁷.

Tanto é assim que, genericamente estabelecendo a igualdade, o *caput* do art. 5º da CF/88 traz os dois sentidos usuais de igualdade, tanto o formal (“todos são iguais perante a lei”) quanto o material (“sem distinção de qualquer natureza”). Adicionando-se a essa ideia aquilo que se lê no art. 150, II, da CF/88, tem-se que o constituinte claramente optou pelo tratamento igual aos contribuintes, desde que eles se encontrem em situação equivalente, sendo “proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. Some-se a isso o critério da capacidade econômica, insculpido no §1º do art. 145 da CF/88, em que se estabelece como regra a igualdade particular.

66 CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

67 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 159.

Portanto, todos os contribuintes são iguais perante a lei, desde que estejam em situação equivalente, sendo, assim, proibida a distinção de qualquer natureza, devendo, no entanto, a administração tributária considerar a capacidade econômica de cada um quando da cobrança de impostos. Nesse sentido, a igualdade particular insere-se como aquele critério “que exige uma relação estabelecida entre dois sujeitos, mediante a consideração de todas as propriedades que os diferenciam dos demais⁶⁸”. Isso não quer dizer que as leis devam deixar de ser gerais e indeterminadas – seria insanidade pretendê-lo, já que nem o legislador pode prever todos os casos possíveis e, mesmo que o pudesse, a lei se tornaria inoperante –, e sim que continuem o sendo, mas permitindo que o contribuinte seja tratado de modo diferente na medida de sua desigualdade em relação aos demais; ou seja: que as características particulares dos indivíduos (sua capacidade econômica) sejam levadas em consideração e também que o seu caso seja dimensionado claramente⁶⁹.

Há que se estabelecer, portanto, meios que viabilizem a apuração da capacidade econômica de cada contribuinte, permitindo não apenas a aplicação da igualdade particular, mas também da justiça distributiva. De nada adianta o constituinte estabelecer que o contribuinte tenha direito a um mínimo existencial e o próprio constituinte permitir que o legislador institua tributos e que a administração tributária cobre tributos que atinjam esse mínimo. Seria nada mais que o clássico “dar com uma mão para tirar com a outra”. Uma violação acintosa dos direitos fundamentais do contribuinte.

Vem a calhar, aqui, uma observação decorrente desse tipo de atuação estatal. É que ao se tributar o mínimo imune, viola-se a regra da proibição aos efeitos de confisco. Por essa regra, presente no art. 150, IV, da CF/88, fica estabelecido o óbvio: o poder estatal de tributar não é ilimitado. Limita-se exatamente a partir do respeito aos direitos fundamentais, e, no caso aqui tratado, a partir da necessidade de se realizar a justiça distributiva.

68 ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 78.

69 *Ibid.*, p. 85.

Como já ressaltado, a capacidade econômica relaciona-se com a possibilidade individual de contribuir para o financiamento do Estado e da sociedade. Se o indivíduo não dispõe disso, há uma clara limitação do poder estatal de tributar. A falta de possibilidade do contribuinte é o mínimo existencial, de modo que aquilo que sobrar pode ser visto como uma disponibilidade econômica, e, aí sim, passível, em tese, da incidência de tributo. Diz-se em tese, porque não se pode permitir que o Estado tribute qualquer sobra no orçamento individual. Ora, como bem se sabe o indivíduo não sobrevive apenas com o mínimo existencial, de modo que é necessário que ele suporte custos que o Estado deveria, mas não suporta. De aí que a manifestação de capacidade econômica vai além daquilo a que se chama mínimo existencial. Pode-se dizer que o patamar mínimo que configura a disponibilidade econômica do indivíduo é mais elevado do que o mínimo existencial. E isso se deve ao fato de que o indivíduo necessita de uma reserva de sobrevivência, uma poupança, cuja formação não é possível se apenas se levar em conta o mínimo existencial.

Nesse sentido, nada mais correto que a política tributária, em prol da realização da justiça distributiva, observe adequadamente as garantias dadas pelo constituinte aos contribuintes, a fim de que o Estado não encane a perna à rã, empatando o desenvolvimento da sociedade e de seus indivíduos e a justiça social, contribuindo para o oposto do seu papel. A existência de tributos que impeçam o correto desenvolvimento social e individual, garantindo não apenas o mínimo imune, mas também uma reserva mínima de sobrevivência fere de morte a justiça distributiva.

5 Conclusão

Diante das considerações expostas acima, percebe-se que a forma para que seja garantido o mínimo existencial ao indivíduo, no que se refere às questões tributárias, pode ser facilmente relacionada com a teoria rawlsiana. Isso porque, a utilização da figura do chamado véu da ignorância, fazendo com que o

cidadão retorne à posição original, faz com que ele possa observar a sociedade sob uma nova ótica.

Em outras palavras, esse retorno à posição original faz com que não se tenha conceitos pré-definidos, tampouco concepções prévias de sociedade, devendo o indivíduo ser observado nas condições em que se portar. Trazendo à tona essa forma de observar a sociedade é que se conseguirá aplicar os princípios gerais de justiça, e adequar a sociedade em que se vive a uma razoável concepção de justiça distributiva.

Assim como Rawls expõe, a regra de se conceder igualdade de oportunidades, observando-se o princípio da diferença e observando-se uma ideologia de justiça distributiva, é que se pode assegurar um conjunto de condições materiais mínimas ao indivíduo, o que pode ser facilmente estendido à questão tributária.

No entanto, é importante observar que, muito embora o Estado tenha como uma de suas finalidades a instituição e a cobrança de tributos é preciso que a administração tributária leve em conta as regras e critérios que permitem a melhor aplicação da justiça distributiva, a fim de que seja feita justiça ao caso concreto – isto é, que seja observada a igualdade particular. Disso se extrai que, ao Estado, cabe elaborar mecanismos que permitam distinguir, no seio da sociedade, aqueles indivíduos que realmente possuem disponibilidade econômica daqueles que não a possuem, e, além disso, graduar os tributos cobrados segundo a disponibilidade manifestada.

6 Referências

ANDRADE, Rodrigo Fonseca Alves de. O princípio base da capacidade contributiva e a sua aplicação diante de uma pluralidade de tributos. *Revista de Informação Legislativa*, n. 149, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy.

In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COHEN, Gerald A. Incentives, inequality, and community. *The Tanner Lectures on Human Values*, 1991.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

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

KOLM, Serge-Christophe. *Teorias modernas da justiça*. Tradução Jefferson Luiz Camargo e Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KORDANA, Kevin A.; TABACHNICK, David H. Rawls and contract law. *The George Washington Law Review*, n. 3, 2005.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMAIRE, André. L'enjeu de la rationalité dans la théorie de la justice de John Rawls. 1997. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Teologia, de Ética e de Filosofia, Departamento de Filosofia, Universidade de Sherbrooke, Canadá, 1997.

LORKOVIC, Edvard. Facing inequality: Rawls, Sen and Cohen on the space of egalitarian justice. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Filosofia, Universidade de Concórdia, Montreal, Quebec, Canadá, 1999.

MEIRELLES, José Ricardo. O princípio da capacidade contributiva. *Revista de Informação Legislativa*, n. 136, 1997.

MÖLLER, Josué Emílio. *A justiça como equidade em John Rawls*. Porto Alegre: Safe, 2006.

POPPER, Karl R. What is dialectic? *Mind*, v. 49, n. 196, 1940.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Justiça e democracia*. Tradução Irene A. Partenot. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

_____. *Liberalismo político*. Tradução Sérgio René Madero Báez. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1995.

_____. The basic liberties and their priority. *The Tanner Lectures on Human Values*, 1981.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SCANLON JR., Thomas M. The significance of choice. *The Tanner Lectures on Human Values*, 1986.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Mínimo existencial e o dever de pagar tributos, ou financiando os direitos fundamentais: Constituição, economia e desenvolvimento. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n. 1, 2009.

VAN PARIJS, Philippe. *Difference principles*, 2001. p. 19. Disponível em: <[http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_071_\(PVP\).pdf](http://www.uclouvain.be/cps/ucl/doc/etes/documents/DOCH_071_(PVP).pdf)>. Acesso em: 26 set. 2012.

VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça*: uma defesa do pluralismo e da igualdade. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

YOUNG, H. P. Distributive justice in taxation. *Journal of Economic Theory*, v. 44, n. 2, 1988.

1.13

INEFICIÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

REIS FRIEDE*

Continuamos a discutir, com notável persistência – e agora sob a égide da eminente aprovação de Projeto de Lei que amplia a composição dos cinco TRFs em mais 137 Juízes (mais do que dobrando, portanto, o quantitativo nacional de julgadores), além de um PEC que cria mais quatro TRFs com o consequente aumento (inclusive redundante) de juízes –, a premente questão relativa à notória *ineficiência* da Justiça Federal sem, no entanto, mais uma vez, *data maxima venia*, adentrar nas verdadeiras razões da inconteste morosidade da prestação jurisdicional, apontando, como causa fundamental, em evidente e persistente equívoco, o excessivo número de processos em tramitação *vis-à-vis* com a presumível carência de magistrados.

Não há, todavia, em efetiva contrariedade à irrefletida tese reinante, um quantitativo verdadeiramente exagerado de processos em tramitação. Muito pelo contrário, o número de *temas* julgados é relativamente pequeno em comparação com a agigantada dimensão da estrutura da Justiça Federal, sendo certo que o que há, em última análise, é um absurdo e inconcebível número de *processos absolutamente idênticos* que, por mais espantoso que pareça, tem de ser julgados, por imperativo legal, caso a caso. A guisa de exemplo, deve ser consignado que a Justiça Federal julgou, nos últimos 10 anos, mais de 3 milhões de ações versando sobre FGTS exatamente iguais, o que obri-gou um dispêndio de recursos humanos e materiais de enorme monta para, após pacificada a questão no âmbito do Egrégio Supremo Tribunal Federal e do Colendo Superior Tribunal de Justiça, estabelecer, finalmente, uma uniformidade decisória que, apesar de tudo, ainda é, por mais inacreditável que pareça, contestada, em parte, não só pelos jurisdicionados, mas também

* Mestre e Doutor em Direito, é Desembargador Federal e ex-Membro do Ministério Público.

por alguns juízes que insistem em julgar as mesmas questões já pacificadas de forma diversa.

Portanto, ampliar constantemente a quantidade de Juízes de 1º Grau (como vem sendo feito, sistematicamente, sem qualquer resultado prático há mais de vinte anos), ou mesmo de Desembargadores Federais, não irá certamente resolver o problema, pois acaba por atacar os seus *efeitos* e não propriamente as *causas motivacionais* da morosidade da prestação jurisdicional que somente pode ser combatida através de novos instrumentos processuais que impeçam, de forma sinérgica, o constante rejuízo de questões idênticas.

Por efeito conseqüente, precisamos, com a máxima urgência, estabelecer uma necessária e profunda reflexão, buscando, em última análise, uma solução derradeira que resolva definitivamente a *ineficiência da Justiça Federal*, atacando as *causas* da morosidade da prestação jurisdicional e não apenas seus visíveis e condenáveis *efeitos*.

1.14

IMPOSSIBILIDADE DE COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO CONDUZIR COERCITIVAMENTE TESTEMUNHAS E ADVOGADOS PARA PRESTAR DEPOIMENTOS. INDISPENSABILIDADE DE DECISÃO JUDICIAL*

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Breve histórico das Comissões Parlamentares de Inquérito. 3 Limites dos poderes das CPIs. Interpretação do artigo 58 § 3º da CRFB/88. Interpretação do Artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52. 4 Convocação de advogado para depor em CPI. 5 Conclusão.

1 Introdução

Em passado não muito distante foi possível assistir, pela televisão, a atuação de algumas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) que tramitaram no Congresso Nacional. Eram, permitam a comparação, verdadeiros espetáculos que expuseram ao país vergonhosos fatos que refletiam desvio de condutas e de dinheiro público, bem como políticos que utilizaram o espaço televisivo e os temas objetos das investigações para autopromoção.

A grande quantidade de CPIs instauradas no Congresso Nacional e nos Poderes Legislativos estaduais e municipais fez com que discussões jurídicas aflorassem e fossem objeto de estudos e de decisões pela doutrina e pelos Tribunais do país, respectivamente.

* Este trabalho acadêmico derivou de um Parecer jurídico proferido pelo Autor na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, que recebeu visto positivo da Chefia da Instituição.

** Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Professor dos Cursos de Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas – FGV, da Escola Superior de Advocacia Pública – ESAP/PGE/RJ e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

Dentro desse contexto e de modo objetivo, este artigo buscará enfrentar a discussão jurídica que circunda a competência das CPIs para conduzirem testemunhas para prestar depoimentos no Poder Legislativo, mais especificamente se podem tais Comissões implementar essa providência autonomamente, via requisição da autoridade policial competente, ou se necessitam de prévia intervenção do Poder Judiciário.

Adiante-se que, *contrariamente ao que se pretende sustentar neste trabalho*, existem argumentos para que se atribua competência ampla às CPIs, inclusive o de condução coercitiva de testemunhas. Tais argumentos se baseiam na tese jurídica que proclama a não recepção da regra contida no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52¹ pela Constituição Federal de 1988, mais especificamente pela regra do artigo 58, § 3º, que confere às Comissões Parlamentares de Inquérito os poderes de investigação próprios das autoridades judiciárias. Como consequência, seria possível às CPIs solicitarem auxílio policial para condução forçada de testemunha que, injustificadamente, deixar de comparecer à convocação realizada pelo Poder Legislativo.

Conforme anteriormente mencionado, essa não é a conclusão a que este artigo chegará.

2 Breve histórico das Comissões Parlamentares de Inquérito

A Comissão Parlamentar de Inquérito, segundo Paulo Hamilton Siqueira Jr.², é um *instituto de Direito Processual Constitucional* que tem como meta a preservação da Constituição e do Estado de Direito, configurando-se como instrumento de aprimoramento da democracia pelo controle das ações do governo. Exerce a CPI a função de fiscalização extraordinária, visando à

1 Art. 3º. Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º Em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal. (Renumerado pela Lei nº 10.679, de 23.5.2003)

2 *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 1 e 14.

informação, ao esclarecimento, à sindicância e à averiguação de fatos irregulares relacionados às *atividades públicas*.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, como órgão de investigação do Poder Legislativo, surgiu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1934, que distinguia as *comissões parlamentares em permanentes e temporárias*³. Aquelas seriam destinadas a organizar as contas do Presidente em mora de prestá-las, e as *temporárias* seriam as Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, as quais, segundo a Carta Constitucional, deveriam aplicar as normas de processo penal indicadas no Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Também as Constituições de 1946⁴ e de 1967/69⁵ trouxeram referências às Comissões de Inquérito, mas sem fazer remissão à necessidade de observância das normas próprias do processo penal.

A Lei Federal nº 1.579/52 (melhor dizer Lei Nacional) foi editada para regular as Comissões Parlamentares de Inquérito, e, na esteira dos dispositivos constitucionais, estabeleceu que a tais Comissões fossem conferidas competências para os fatos determinados que motivarem as suas instalações, explicitando, nos arts. 2º, 3º e 6º, que:

“Art. 2º. No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reportarem necessárias e requerer a convocação de Ministros de Estado, tomar o depoimento de quaisquer

3 Art 29 - Inaugurada a Câmara dos Deputados, passará ao exame e julgamento das contas do Presidente da República, relativas ao exercício anterior.

Parágrafo único - Se o Presidente da República não as prestar, a Câmara dos Deputados elegerá uma Comissão para organizá-las; e, conforme o resultado, determinará as providências para a punição dos que forem achados em culpa.

Art 36 - A Câmara dos Deputados criará Comissões de Inquérito sobre fatos determinados, sempre que o requerer a terça parte, pelo menos, dos seus membros.

Parágrafo único - Aplicam-se a tais inquéritos as normas do processo penal indicadas no Regimento Interno.

4 Art 53 - A Câmara dos Deputados e o Senado Federal criarão Comissões de inquérito sobre fato determinado, sempre que o requerer um terço dos seus membros.

Parágrafo único - Na organização dessas Comissões se observará o critério estabelecido no parágrafo único do art. 40.

5 Art. 30. A cada uma das Câmaras compete elaborar seu regimento interno, dispor sobre sua organização, polícia e provimento de cargos de seus serviços.

Parágrafo único. Observar-se-ão as seguintes normas regimentais:

[...]

d) não será criada comissão parlamentar de inquérito enquanto estiverem funcionando concomitantemente pelo menos cinco, salvo deliberação por parte da maioria da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

autoridades federais, estaduais ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença.”

“Art. 3º. Indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal.

§ 1º *Em caso de não-comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que resida ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal*⁶. (Renumerado pela Lei nº 10.679, de 23.5.2003)” – grifei.

“Art. 6º. O processo e a instrução dos inquéritos obedecerão ao que prescreve esta Lei, no que lhes for aplicável, às normas do processo penal.”

Considerando possuir a Comissão Parlamentar de Inquérito a natureza jurídica de um *instituto de Direito Processual Constitucional* (e não de um simples procedimento administrativo), a Lei Federal nº 1.579/52 deve regular as CPs de todos os entes políticos do país, na medida em que é da União Federal a competência para legislar sobre Direito Processual, nos termos do artigo 22, I, da CRFB/88. Entender de modo diverso significa impor a todos os Estados e Municípios da federação a obrigação de editar leis (que podem ser diferentes uma das outras!) para regular as Comissões Parlamentares de Inquérito, o que, certamente, não obedece ao espírito de simetria constitucional federativa que o instituto reclama⁷.

6 “Art. 218. Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.”

7 Em sentido diverso, entendendo que a Lei Federal nº 1.579/52 se aplica apenas à União Federal, está a doutrina de ALVES, José Wanderley Bezerra. *Comissões Parlamentares de Inquérito: poderes e limites de atuação*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2004. p. 256-257. Pela tese do autor citado, somente após a edição de leis estaduais e municipais, os Poderes Legislativos dos Estados e Municípios estariam obrigados a solicitar ao Poder Judiciário a condução coercitiva de testemunha. Conforme será exposto, o dever de solicitação de condução forçada de testemunha ao Poder Judiciário é extraído da própria Constituição da República e não, simplesmente, da Lei Federal nº 1.579/52. Ademais, a tese do autor mencionado pode, igualmente, conduzir ao raciocínio de que também seria necessária lei estadual autorizando a CPI a conduzir, por si, sem prévia decisão judicial, uma testemunha coercitivamente. Em outras palavras: somente seria possível a instalação de CPI estadual ou municipal após a edição das leis que regulassem suas atuações. Essa, respeitada a opinião em sentido contrário, não é a melhor interpretação para conferir efetividade ao instituto da CPI.

A vigente Constituição da República de 1988 dedicou uma *Seção* inteira (*Seção VII*) às Comissões no Congresso Nacional e em suas Casas, dispondo, no art. 58, §3º, sobre a criação, as funções e os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito:

“Artigo 58 [...]

[...]

§ 3º - As comissões parlamentares de inquérito, *que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, *para a apuração de fato determinado* e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

Assim, conclui-se parcialmente, em breve histórico, que as Comissões Parlamentares de Inquérito foram idealizadas como instrumento de fiscalização e controle das atuações administrativas dos Poderes Públicos, sobretudo do Poder Executivo pelo Poder Legislativo, para apuração de fatos determinados e vinculados ao interesse público, em prazo determinado, cabendo-lhes, para tanto, utilizar dos meios e procedimentos próprios de investigação das autoridades judiciárias.

Resta saber se a expressão “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”, prevista no artigo 58, § 3º da CRFB/88, infirma a regra do § 1º do artigo 3º da Lei Federal nº 1.579/52, no sentido de permitir que as testemunhas que se recusam a comparecer à CPI possam ser conduzidas por força policial, a partir de simples requisição da Comissão, dispensando-se a intervenção judicial.

3 Limites dos poderes das CPIs. Interpretação do Artigo 58, § 3º da CRFB/88. Interpretação do Artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52

Desde a Constituição brasileira de 1934 se discute, na doutrina e na jurisprudência, o limite dos poderes de investigação das CPIs.

Inicialmente, como observou Fábio Konder Comparato, a Constituição de 1934 conferiu “*implicitamente a tais comissões, por intermédio de disposições regimentais, os poderes inquisitórios previstos na legislação processual penal, poderes, esses, que, como sabido, são próprios da polícia judiciária e dos magistrados com competência criminal.*”⁸

As Constituições de 1946 e de 1967/69, como mencionado acima, não detalharam as atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito e nem fizeram referência à observância da legislação processual penal. A Constituição da República de 1988, apesar de também não ter detalhado as competências das CPIs, pontuou que a elas sobressaem os mesmos “poderes” de investigações das autoridades judiciárias.

A Lei Federal nº 1.579/52, todavia, previu amplos poderes às CPIs, determinando a aplicação subsidiária da legislação penal e processual penal. Com efeito, o artigo 3º, § 1º Lei Federal nº 1.579/52 exige que o Poder Legislativo, diante de injustificado comparecimento de testemunhas às CPIs, *busque junto ao Poder Judiciário decisão que autorize a condução forçada.*

Autores há que sustentam que o artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 não foi recepcionado pela CRFB/88, na medida em que a condução forçada de testemunhas por deliberação única das CPIs se inclui nos poderes próprios de investigação das autoridades judiciárias, tal qual permitido pelo artigo 58, § 3º da CRFB/88⁹.

Nada obstante ao acima exposto, crê-se, modestamente, que essa não é a melhor orientação jurídica para a questão em debate.

8 COMPARATO, Fábio Konder. Comissão Parlamentar de Inquérito: limites. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.5, p. 68, 1994.

9 Confira-se, a propósito, SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 123.

A condução *coercitiva de uma pessoa para a prática de um ato jurídico importa, por certo, na restrição de um direito fundamental*, qual seja, o direito de locomoção, mais especificamente o direito de ir e vir, assegurado aos cidadãos brasileiros no artigo 5º, incisos XV e LIV da CRFB/88.

Partindo da premissa de que a condução coercitiva de testemunha é ato restritivo de direito que recai sobre a pessoa humana, não há como afastar-se a reserva de jurisdição para sua concretização a partir da interpretação extensiva da aberta regra “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*” contida no § 3º do artigo 58, da CRFB/88.

Desse modo, existindo na legislação brasileira regra (artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52) que imponha procedimento para condução de testemunhas que se recusam, injustificadamente, a depor em Comissões Parlamentares de Inquérito, *exigindo prévia decisão do Poder Judiciário*, crê-se que não há falar-se em sua inaplicação (por não recepção constitucional), na medida em que está a dar efetividade ao fundamental direito dos cidadãos previsto no artigo 5º, incisos XV e LIV da CRFB/88, antes citado.

Se assim é, o procedimento previsto no artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 é compatível com o artigo 58, § 3º da CRFB/88, que deve ser interpretado teleologicamente com os direitos e garantias individuais dos cidadãos, previstos no artigo 5º da CRFB/88, máxime os previstos nos incisos XV e LIV.

Importante informar que, até onde a pesquisa para este trabalho pode alcançar, não foi possível localizar decisões judiciais, sobretudo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, declarando, expressamente, a não recepção do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52, pelo que se sustenta a sua constitucionalidade e plena vigência.

Consigne-se, de outro lado, que o *Supremo Tribunal Federal* possui decisão antiga sufragando a regra contida no artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52, isto é, reconhecendo às CPs poderes para determinar diligências e convocar pessoas para depor. E mais: na ausência injustificada da testemunha, impõe-se ao Poder Legislativo a obrigação de solicitar a condução forçada ao Poder do Judiciário. Confira-se a ementa do acórdão proferido no *RHC 32678-DF*, julgado em 31/12/69, cuja relatoria competiu ao Ministro *Mario Guimarães*:

“EMENTA: “COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. COMISSÕES PARLAMENTARES. PODERES. SOBERANIA. ATRIBUIÇÃO DA COMISSÃO E ALÇADA DO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONHECER DO PEDIDO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS EM QUE A COMISSÃO É APONTADA COMO AUTORIDADE COATORA. COMPETE AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, E NÃO A JUÍZES SINGULARES, CONHECER, ORIGINARIAMENTE, DO PEDIDO DE HABEAS CORPUS EM QUE SE APONTE, COMO AUTORIDADE COATORA, QUALQUER DAS CÂMARAS LEGISLATIVAS OU SUAS COMISSÕES PARLAMENTARES. SÃO TAIS COMISSÕES O PRÓPRIO PODER LEGISLATIVO, QUE, POR MOTIVOS DE ECONOMIA E EFICIÊNCIA DE TRABALHO, FUNCIONA COM REDUZIDO NÚMERO DE MEMBROS. NO ENCARGO QUE LHE ESTÁ AFETO, A COMISSÃO DE INQUÉRITO É TÃO PRESTIGIOSA COMO O CONGRESSO. TÃO SOBERANA COMO ESTE, DENTRO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. EXTREMADAS FICARAM, PELA LEI 1.579, DE MARÇO DE 1952, ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO E COMPETÊNCIA DOS JUÍZES. DETERMINAR DILIGÊNCIAS, REQUERER CONVOCAÇÃO DE MINISTROS DE ESTADO, TOMAR O *DEPOIMENTO DE QUAISQUER AUTORIDADES FEDERAIS, ESTADUAIS OU MUNICIPAIS, OUVIR OS INDICIADOS, INQUIRIR TESTEMUNHAS SOB COMPROMISSO, REQUISITAR DE REPARTIÇÕES PÚBLICAS E AUTÁRQUICAS INFORMAÇÕES E DOCUMENTOS, TUDO ISSO, PELO ART.2º DA LEI 1.579, É COMETIDO À COMISSÃO. OBRIGAR AS TESTEMUNHAS FALTOSAS A COMPARECER, COMUNICAR-LHES A PENA DEVIDA, PROCESSÁ-LAS E PUNI-LAS, SE HOVEREM OMITIDO A VERDADE, É DA ALÇADA DO JUDICIÁRIO. LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE INQUIRIR DAS TESTEMUNHAS. PERGUNTAS IMPERTINENTES. SANÇÃO CONTRA OS QUE RECUSAM DIZER A VERDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HABEAS CORPUS.*”¹⁰

10 Notícia extraída do sítio <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudência/646249/recurso-em-habeas-corpus-rhc-32678>. Acesso em: 19 out. 2011.

Igual posição adotou o *Supremo Tribunal Federal* em 07/04/1994, quando do julgamento do *HC 71039/RJ*, tendo por relator o Ministro *Paulo Brossard*:

“EMENTA: Ao Supremo Federal compete exercer, originariamente, o controle jurisdicional sobre atos de comissão parlamentar de inquérito que envolvam ilegalidade ou ofensa a direito individual, dado que a ele compete processar e julgar habeas-corpus e mandado de segurança contra atos das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, art. 102, I, i, da Constituição, e a comissão parlamentar de inquérito procede como se fora a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal ou o Congresso Nacional. Construção constitucional consagrada, MS 1959, de 1953 e HC 92.678, de 1953. Às câmaras legislativas pertencem poderes investigatórios, bem como os meio instrumentais destinados a torná-los efetivos. Por uma questão de funcionalidade elas os exercem por intermédio de comissões parlamentares de inquérito, que fazem as suas vezes. Mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e sem ele o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições. O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar; ‘conditio sine qua non’ de seu exercício regular. Podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso. Se os poderes da comissão parlamentar de inquérito são dimensionados pelos poderes da entidade matriz, os poderes desta delimitam a competência da comissão. Ela não terá poderes maiores do que os de sua matriz. De outro lado, o poder da comissão parlamentar de inquérito é coextensivo ao da Câmara dos Deputados, do Senado Federal o do Congresso Nacional. São amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do

Congresso seus limites. Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis, e que outros fatos, inicialmente imprevisíveis, não possam ser aditados aos objetivos da comissão de inquérito, já em ação. O poder de investigar não é um fim em si mesmo, mas um poder instrumental ou ancilar relacionado com as atribuições do Poder Legislativo. Quem quer o fim dá os meios. A comissão parlamentar de inquérito, destinada a investigar fatos relacionados com as atribuições congressuais, tem poderes imanentes ao natural exercício de suas atribuições, como de colher depoimentos, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, notificando-as a comparecer perante ela e a depor; a este poder corresponde o dever de, comparecendo a pessoa perante a comissão, prestar-lhe depoimento, não podendo calar a verdade. Comete crime a testemunha que o fizer. A Constituição, art. 58, § 3º, a Lei 1579, art. 4º, e a jurisprudência são nesse sentido. *Também pode requisitar documentos e buscar todos os meios de provas legalmente admitidos. Ao poder de investigar corresponde, necessariamente, a posse dos meios coercitivos adequados para o bom desempenho de suas finalidades; eles são diretos, até onde se revelam eficazes, e indiretos, quando falharem aqueles, caso em que se servirá da colaboração do aparelho judiciário.* Os poderes congressuais, de legislar e fiscalizar, hão de estar investidos dos meios apropriados e eficazes ao seu normal desempenho. O poder de fiscalizar, expresso no inciso X do art. 49 da Constituição, não pode ficar condicionado a arrimo que lhe venha a dar outro Poder, ainda que, em certas circunstâncias, ele possa vir a ser necessário. A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados como a administração, Constituição, art. 49, X, com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivo e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como

qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo. Constituição, art. 58, § 3º, in fine. *A comissão parlamentar de inquérito tem meios para o desempenho de suas atribuições e finalidades. Procede regularmente com os seus meios, intimando testemunhas, requisitando papéis, servindo-se dos meios ordinários e habituais, o contacto direto do relator, o telefone, o ofício, a intimação por funcionário seu, posto à sua disposição, e só por exceção se serve da colaboração de outro poder.* Dificilmente a comissão poderia cumprir sua missão se, a todo momento e a cada passo, tivesse de solicitar a colaboração do Poder Judiciário para intimar uma testemunha a comparecer e a depor. *Em casos de resistência ou recalcitrância ou desobediência, comprovados e certificados pela comissão, por meio de seu funcionário, solicita a colaboração do aparelho entre os Poderes, não lhe pode negar. Lei 1579, art. 3º parágrafo único.* Se a comissão parlamentar de inquérito não tivesse meios compulsórios para o desempenho de suas atribuições, ela não teria como levar a termo os seus trabalhos, pois ficaria à mercê da boa vontade ou, quiçá, da complacência de pessoas das quais dependesse em seu trabalho. Esses poderes são inerentes à comissão parlamentar de inquérito e são implícitos em sua constitucional existência. Não fora assim e ela não poderia funcionar senão amparada nas muletas que lhe fornecesse outro Poder, o que contraria a lógica das instituições. A comissão pode, em princípio, determinar buscas e apreensões, sem o que essas medidas poderiam tornar-se inúteis e quando viessem a ser executadas cairiam no vazio. Prudência, moderação e adequação recomendáveis nessa matéria, que pode constituir o “punctum dolens” da comissão parlamentar de inquérito no exercício de seus poderes, que, entretanto, devem ser exercidos, sob pena da investigação tornar-se ilusória e destituída de qualquer sentido útil. Em caso de desacato, à entidade ofendida cabe tomar as providências devidas ato contínuo, sem prejuízo do oportuno envio das peças respectivas ou do atuo correspondente ao Ministério Público para a instauração do processo criminal. *Ninguém pode escusar-se de comparecer a comissão parlamentar de inquérito para depor. Ninguém pode recusar-se a depor. Contudo, a testemunha pode escusar-se a prestar depoimento se este colidir com o dever de guardar sigilo. O sigilo profissional tem alcance geral e*

se aplica a qualquer juízo, cível, criminal, administrativo ou parlamentar. Não basta invocar sigilo profissional para que a pessoa fique isenta de prestar depoimento. É preciso haver um mínimo de credibilidade na alegação e só a posteriori pode ser apreciado caso a caso. A testemunha, não pode prever todas as perguntas que lhe serão feitas. O Judiciário deve ser prudente nessa matéria, para evitar que a pessoa venha a obter HC para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho. Prisão decretada pelo presidente da CPI que extravasa claramente os limites legais. “Habeas Corpus” concedido para cassar o decreto ilegal, sem prejuízo do dever de seu comparecimento à Comissão, para ser inquirido como testemunha ou ouvido como indiciado.”

Em decisão mais recente, o Ministro *Marco Aurélio Mello*, no exercício da Presidência do *Supremo Tribunal Federal*, ao decidir monocraticamente o *HC 99893 MC – extensão-segunda/AM Amazonas*, pontuou que não é legítimo às CPIs conduzirem coercitivamente investigados/indiciados, sendo, porém, necessário observar o rito do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52 para a condução coercitiva de testemunhas. Confira-se:

“Diante do não comparecimento, o paciente foi reconvocato (fl. 7), tendo a Comissão aprovado previamente requerimento para que seja conduzido coercitivamente.

O art. 3º da Lei 1.579/52 determina que indiciados e testemunhas sejam intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal, comando do qual não destoa a art. 148 do Regimento Interno do Senado.

No §1º do art. 3º da Lei 1.579/52, resta estabelecido o procedimento para que as testemunhas sejam conduzidas coercitivamente, não se estendendo tal possibilidade para os indiciados.

É o que também faz o Código de Processo Penal que estabelece hipótese de condução coercitiva apenas para as testemunhas (art. 218, CPP), a demonstrar que a condução coercitiva não é providência legítima quando se trata de investigado”. – grifei.

Em outra oportunidade, o *Supremo Tribunal Federal*, quando do julgamento do *MS nº 23.454-DF*, que teve como Relator o Ministro *Marco Aurélio Mello*, entendeu que os poderes de investigação conferidos à CPI não importam na outorga de poderes para os parlamentares realizarem constrição de bens ou de pessoas privados. Nessa hipótese, é necessário socorrer-se ao Poder Judiciário. Confira-se parte da decisão:

“[...]”

A Carta da República confere às Comissões Parlamentares de Inquérito ‘... poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas ...’ (§ 3º do artigo 58). *Ao primeiro exame, a referência aos poderes de investigação - e melhor seria de direção das investigações - não alcança, em si, atos que possam repercutir de forma direta, consubstanciando constrições, em pessoas e bens integrantes de patrimônio privado.* O que se contém no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal, relativamente ao vocábulo poderes, não pode ser dissociado do fim último das Comissões Parlamentares de Inquérito, ou seja, a investigação. A partir do momento em que elementos tidos por indispensáveis, pela Comissão Parlamentar de Inquérito, dependam da prática de atos que impliquem efetivo constrangimento, atingindo a liberdade e a privacidade de pessoas de direito privado, há de atentar-se para a necessária atuação do Estado-Juiz, de quem competir a função jurisdicional. Impõe-se a consideração do sistema da Carta da República, alicerçado que se encontra na cláusula reveladora da separação e harmonia dos Poderes, artigo 2º. Em jogo a liberdade do cidadão, há de ter-se presente a regra do inciso LXI do artigo 5º do Diploma Fundamental, segundo a qual “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar, ou crime propriamente militar definidos em lei”. *Fazendo-se presente invasão da vida privada, há de observar-se, visando ao afastamento da inviolabilidade, assegurada constitucionalmente, o crivo equidistante do Judiciário. Todo e qualquer ato de constrição, seja qual for o órgão incumbido da investigação, extravasa os poderes alusivos a esta última, exigindo, por isso mesmo, a análise e definição por órgão investido*

do ofício julgante. A este cabe decidir, diante das peculiaridades do caso, a oportunidade, ou não, de implementá-lo, fixando-lhe os parâmetros.”

[...] (MS 23454 / DF - DISTRITO FEDERAL - MANDADO DE SEGURANÇA - Relator(a): Min. MARCO AURELIO - Julgamento: 29/05/1999)¹¹

O Ministro *Cesar Peluso*, do *Supremo Tribunal Federal*, quando apreciou a *Petição nº 3756/MG*, que pretendia a condução coercitiva de um Deputado Estadual para depor em uma CPI municipal, *reafirmou o entendimento da Corte Constitucional brasileira de que é necessário solicitar ao juiz criminal a condução coercitiva de testemunha*, bem assim a aplicação do disposto no artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52, inclusive no âmbito municipal:

“DECISÃO: 1. Trata-se de petição formulada pela Comissão Processante nº 001/2006, da Câmara Municipal de Alfenas/MG, *pela qual se requer a condução coercitiva de testemunha faltosa, o Deputado Federal Odair José da Cunha, bem como remessa de cópias deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para apuração de eventual delito de desobediência por parte do Parlamentar*. Notificado por aquela Comissão Processante, o Prefeito Municipal de Alfenas/MG apresentou defesa e arrolou o Deputado Federal Odair José da Cunha como testemunha (fls. 26-27). Diante disso, e em razão do disposto no art. 211 do Código de Processo Penal, a Comissão Processante enviou, em 28 de agosto p.p., ofício ao Parlamentar, solicitando-lhe que indicasse dia, horário e local para depoimento, com a ressalva de que tal diligência ocorresse no prazo máximo de 20 (vinte) dias, a fim de viabilizar a instrução do feito no prazo legal assinalado (fls. 29). [...]”

Reunida no dia 25 de setembro p.p., em Boa Esperança/MG, para ouvi-lo, o Parlamentar não compareceu, tendo, en-

11 Informação colhida no sítio do STF (www.stf.jus.br) no dia 24/10/11 dá conta de que a segurança foi concedida e a decisão transitou em julgado. “O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, DEFERIU O MANDADO DE SEGURANÇA. VOTOU O PRESIDENTE. FALOU PELOS IMPETRANTES O DR. ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, O SENHOR MINISTRO NÉRI DA SILVEIRA.”

tão, a Comissão decidiu 'requisitar judicialmente, junto ao Supremo Tribunal Federal, a condução coercitiva da citada testemunha, para prestar depoimento no dia 27.09.06 (quarta-feira), às 20:00 horas, novamente na sede da Câmara Municipal de Boa Esperança-MG, com a consequente cópia ao Procurador da República, para que fosse apurada possível responsabilidade da testemunha, caso houvesse' (fls. 33). [...]. Ante o exposto, a Comissão Processante requer seja ordenado à Polícia Federal que proceda à condução coercitiva do Deputado Federal Odair José da Cunha para prestar depoimento amanhã, 27 de setembro de 2006, às 20:00 horas, na Câmara Municipal de Boa Esperança/MG, bem como seja determinada remessa de cópia deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para verificar a possibilidade de instauração de procedimento criminal contra o Parlamentar, por crime de desobediência. 2. Incognoscível o pedido de condução coercitiva. *A Lei nº 1.579/52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, estabelece, no art. 3o, que "indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação penal". É o que basta por aplicar ao caso o disposto no art. 221, caput, do Código de Processo Penal. Estabelece, ainda, o § 1o do art. 3o da Lei nº 1.579/52, que, "em caso de não comparecimento da testemunha sem motivo justificado, a sua intimação será solicitada ao juiz criminal da localidade em que reside ou se encontre, na forma do art. 218 do Código de Processo Penal", de sorte que incompetente esta Corte para atender ao reclamo formulado pela Comissão Processante. Caso houvesse de requerer a condução coercitiva do Deputado Federal, deveria fazê-lo perante o juízo criminal da localidade em que reside ou se encontra o Parlamentar, sendo o Supremo Tribunal Federal incompetente para conhecer e processar esta petição.* 3. Indefiro, outrossim, o pedido de envio de cópias deste expediente à Procuradoria-Geral da República, para que proceda à investigação de eventual prática do delito de desobediência. [...].

As intimações de indiciados e testemunhas, por Comissões Parlamentares de Inquérito, devem obedecer às normas processuais penais aplicáveis, conforme estabelece o já referido art. 3o da Lei nº 1.579/52. [...]. Assim, tendo-se em conta que o Parlamentar foi intimado na sexta-feira a prestar depoimen-

to na segunda-feira seguinte, às 08:00 horas, não há como deduzir prática de desobediência a comando legal, que pode ter-se tornado inexecutável em razão da ausência de prazo razoável para comparecimento. 4. Ante o exposto, nos termos do art. 21, § 1o, do RISTF, nego seguimento ao pedido de condução coercitiva, em razão da incompetência desta Corte para conhecê-lo, e indefiro o pedido de extração de cópias e remessa de peças à Procuradoria-Geral da República, por não visualizar indícios de prática de conduta típica no caso. Arquite-se. Publique-se. Int. Brasília, 26 de setembro de 2006. Ministro CEZAR PELUSO Relator”

O *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro* possui a mesma orientação:

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. CÂMARA MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. RECLAMAÇÃO. PROCEDÊNCIA. Reclamação. *Comissão parlamentar de inquérito municipal. Decisão do Juízo de primeiro grau que indefere pedido de intimação, sob pena de condução coercitiva, de testemunha, por entender impossível a instauração de CPI em âmbito municipal. Decisão que merece reforma.* Pedido que se julga procedente. 1. Sendo o poder-dever de fiscalizar uma das funções típicas do Poder Legislativo, e tendo a Constituição da República, em seu artigo 58, par. 3., autorizado a criação de comissões parlamentares de inquérito pela Câmara Federal, pelo Senado, ou por ambas as Casas do Congresso, com o fim de apurar fatos que competem ao Poder Legislativo Federal, impõe-se o reconhecimento de tal prerrogativa, também, ante o princípio da simetria, às Câmaras Municipais, para que, dentro dos limites legais, possam investigar questões de competência e de interesse de seus respectivos municípios, conforme entendimento já pacificado no Supremo Tribunal Federal. 2. *Não tendo a testemunha - sócia majoritária de empresa que se acha sob fundada suspeita de omissão de receitas como forma de suprimir o recolhimento de impostos municipais -, apesar de regularmente intimada, comparecido perante a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Câmara Municipal do Rio de Janeiro, para apresentar documentos e prestar declarações - deixando de justificar a sua ausência -, é de se deferir a medida judicial pleiteada pela reclamante, no sentido de que seja de-*

terminada a intimação da citada testemunha, para comparecer à CPI, em data a ser designada, sob pena de condução coercitiva. 3. Reclamação procedente.” (0017134-91.2007.8.19.0001 (2007.077.00014) - CORREIÇÃO PARCIAL - DES. JOSE AUGUSTO DE ARAUJO NETO - Julgamento: 06/11/2007 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL).

O *Tribunal de Justiça do Estado do Paraná* também endossa a mesma posição:

“DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em conhecer e deferir a correição parcial, de acordo com o voto, do Relator. EMEN- TA: CORREIÇÃO PARCIAL. COMISSÃO ESPECIAL DE INQUÉRITO. CÂMARA MUNICIPAL. APURAÇÃO DE IR- REGULARIDADES NA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES. MALVERSAÇÃO DE DINHEIRO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO DE TESTEMUNHA. NÃO COMPARECIMENTO. *PEDIDO DE PROVIDÊNCIA AO PODER JUDICIÁRIO. CONDUÇÃO COERCITIVA. NEGATIVA. INSURGÊNCIA. FUNDAMENTO LEGAL. ART. 58, CF/88. ART. 62, CE. ART. 3º, §1º, DA LEI 1.579/52 E ART. 52, § 7º, INCISO I, DO REGIMENTO INTER- NO. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÕES JURISDICIO- NAIS. COOPERAÇÃO ENTRE OS PODERES. CORREI- ÇÃO PARCIAL DEFERIDA. A *Comissão Municipal Especial de Inquérito não possui atribuições jurisdicionais, razão pela qual necessita da cooperação do Poder Judiciário, que lhe forneça os meios coercitivos adequados para o bom desem- penho de suas finalidades*”. (Processo: 363816-4 - Relator(a): João Kopytowski - Data do Julgamento: 29/03/2007 15:48:00 - Fonte/Data da Publicação: DJ: 7353 27/04/2007)¹²*

12 No mesmo sentido decidiram: (i) o Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – processo nº 83/93- *Habeas Corpus*, Rel. Juiz Convocado Constantino Brahuna, Tribunal Pleno, pub no DOE nº 0852, de 20/06/94; e (ii) Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (*Habeas Corpus* nº 2003.001656-2; e (iii) Tribunal de Justiça do Distrito Federal (*Habeas Corpus* 686095- DF – Conselho Especial, pub DJU de 16/06/96). Em sentido contrário, isto é, entendendo que é desnecessário obter decisão judicial, decidiram: a) Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (*Habeas Corpus* nº 70022563639 – 4ª Câmara Criminal, Rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo, em 24/01/08); e b) Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Cível nº 308048.5/2.00 – 5ª Câmara de Direito Privado. Julg. 04/09/2003)

A doutrina, apesar de certa divergência, também tem caminhado para concluir pela recepção do artigo 3º, § 1º da Lei Federal nº 1.579/52 pela Constituição da República de 1988, e sua plena vigência.

A propósito, ao analisar a expressão “*terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”, Luís Roberto Barroso afirma que não pode significar exceção irrestrita à separação, independência e harmonia dos poderes, na medida em que o seu real sentido deve ser “*o de criar para a comissão parlamentar de inquérito o direito ou, antes, o poder de atribuir às suas determinações o caráter de imperatividade*”, *mas não de autoexecutoriedade*, devendo ser observados, ainda, os princípios que o próprio constituinte elegeu. E sobre o tema específico desse trabalho, arremata o Constitucionalista citado:

“No Brasil, da mesma sorte, não deve a cláusula ser interpretada como a abdicação de competências do Poder Judiciário em favor do Legislativo. Seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais, e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar. Não se deve interpretar a vontade do constituinte contra os princípios que ele próprio elegeu. Além do Estado Democrático de Direito (art. 1º) é princípio fundamental da República Federativa do Brasil a separação, a independência e harmonia dos Poderes. Qualquer exceção a ele deve ser vista com reserva e interpretada restritivamente.

[...]

O que se pretendeu com a inovação foi dar caráter obrigatório às determinações da comissão, ensejando providência como a condução coercitiva em caso de não comparecimento e impondo às testemunhas o dever de dizer a verdade. Mesmo nestas duas hipóteses, contudo, o que se instituiu foi o poder da comissão e o dever do parlamentar. *Não houve outorga de autoexecutoriedade à comissão, que, em qualquer caso, haverá de servir-se do Judiciário.* A norma atributiva de poderes de investigação de autoridade judicial tem

caráter material, e não processual. Institui o poder de exigir, mas não o de executar.”^{13 14}

O entendimento da doutrina e da jurisprudência, acima colacionado, revela que, apesar de não ser pacífica a interpretação do que vem a significar “*poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*”, a atribuição de poderes de investigação às CPIs representa *norma de exceção ao princípio da separação de Poderes*, e, por isso, *deve ser interpretada de forma restritiva*, alcançando *os poderes próprios das autoridades judiciais explicitados na lei, e não os poderes implícitos dele decorrentes apenas a partir de esforço interpretativo extensivo*¹⁵.

Desse modo, tem-se que o direito fundamental de ir e vir do cidadão, previsto no artigo 5º, incisos XV e LIV e a interpretação do artigo 58, § 3º, ambos da CRFB/88, são suficientes para concluir-se pela recepção constitucional do artigo 3º, § 1º, da Lei Federal nº 1.579/52 que, à luz do *princípio da legalidade*¹⁶, deve ser aplicado para regular o procedimento para condução de testemunhas que se recusam, injustificadamente, a comparecer às Comissões Parlamentares de Inquérito.

13 BARROSO, Luis Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 114-115.

14 No mesmo sentido está o pensamento de ERIVAL DA SILVA OLIVEIRA: “Se a testemunha se recusa a depor, pode alegar que houve justo motivo e a comissão pode prescindir de seu depoimento. Se achar que é imprescindível, *pode intimá-la judicialmente*” (OLIVEIRA. Erival da Silva Oliveira. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 81). EDSON BROZOZA segue a mesma linha de raciocínio desenvolvido neste trabalho: “Senda assim, a teor do artigo 218 do Código de Processo Penal, não poderá escusar-se de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito para depor, sem motivo justificado, a testemunha regularmente intimada para o ato. *Em caso de resistência ou recalcitrância comprovada e certificada pela comissão por meio de seu funcionário, além de incorrer no crime de desobediência insculpido no artigo 320 do Código Penal, poderá, uma vez requerido ao juízo criminal, ser conduzido coercitivamente, inclusive com auxílio de força policial*. No entanto, cumpre ressaltar, que a autoridade judicial “não está compelida a acatar o pedido de condução coercitiva de testemunha recalcitrante formulado pela Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderá indeferi-lo desde que o faça consoante o princípio constitucional da fundamentação das decisões dos órgãos públicos (93, IX)” (BROZOZA, Edson. *Comissão Parlamentar de Inquérito descomplicada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 60. Citação do texto realizada pelo Autor da obra de Uadi Lâmmego Bulos. *Comissão Parlamentar de Inquérito: técnica e prática*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 91.)

15 COMPARATO, Fábio Konder. Comissão Parlamentar de Inquérito: limites. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo: Malheiros, n.5, p. 72, 1994.

16 Sobre a necessidade de as CPIs cumprirem, com fidelidade, o princípio da legalidade, confira-se a decisão proferida pelo STF quando do julgamento monocrático do MS 25.908:

“Os poderes de investigação atribuídos às CPIs devem ser exercidos nos termos da legalidade. A observância da legalidade é fundamental não apenas à garantia das liberdades individuais, mas à própria integridade das funções — função como dever-poder — das CPIs. Essas não detêm simples poder de investigar; antes, estão vinculadas pelo dever de fazê-lo, e de fazê-lo dentro dos parâmetros de legalidade. Vale dizer, a ordem jurídica atribui às CPIs o dever de investigar, sem contudo exceder as margens da legalidade. Em nenhum momento se justifica a afronta a ela, seja pelos investigados, seja por quem investiga.” (trecho da decisão monocrática proferida pelo Min. EROS GRAU em 27/03/2006, no MS 25.908).

Em suma: diante da recusa injustificada de testemunha de comparecer para depor em CPI, o Poder Legislativo tem de buscar a condução coercitiva perante o Poder Judiciário e não diretamente à autoridade policial.

4 Convocação de advogado para depor em CPI

Conforme foi possível depreender do acima exposto, a Constituição da República de 1988 equiparou os poderes materiais de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito aos das autoridades judiciais, o que, por certo, impõe aos parlamentares os mesmos limites legais impostos aos magistrados para atuar. Nesse sentido já decidiu o PLENO do *Supremo Tribunal Federal*, quando do julgamento do *HC 80.240/RR*. Confira-se trecho da ementa:

“[...] III. Comissão Parlamentar de Inquérito: *conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - de modo que a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados de direitos e garantias constitucionais. [...]*” (HC 80240 / RR – RORAIMA, HABEAS CORPUS, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 20/06/2001, Órgão Julgador: Tribunal Pleno). – grifei.

A expressão utilizada pela Constituição da República de 1988 no artigo 58, § 3º menciona, ainda, outros poderes “*previstos nos regimentos das respectivas casas legislativas*”. Não significa isso, porém, que o Regimento Interno de uma Casa Legislativa possa prever e ampliar os poderes das CPIs que tenham reflexos perante a coletividade, na medida em que a natureza do Regimento Interno é de regulamentação *interna corporis*, podendo apenas disciplinar e regulamentar os poderes já consagrados e delimitados no âmbito da Constituição Federal e da Lei Federal nº 1.579/52¹⁷.

17 SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. *Comissão Parlamentar de Inquérito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 93-99.

Nesse contexto, faz-se necessário dizer que o *Regimento Interno do Senado Federal*, na esteira do que já previa a Lei Federal nº 1.579/52, determina a aplicação da *legislação processual penal* ao procedimento da CPI, inclusive na inquirição de testemunhas, conforme se lê nos arts. 148, §2º, e 153, *verbis*:

“Art. 148. § 2º Os indiciados e testemunhas serão intimados de acordo com as prescrições estabelecidas na *legislação processual penal*, aplicando-se, no que couber, a mesma legislação, na inquirição de testemunhas e autoridades.”

“Art. 153. Nos atos processuais, aplicar-se-ão, subsidiariamente, as disposições do *Código de Processo Penal*.”

O *Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* prevê, no art. 31, §5º, que “O trabalho das comissões parlamentares de inquérito obedecerá às normas previstas neste *Regimento*, na legislação específica (*Lei Federal n.º 1579/52*) e, subsidiariamente, no *Código de Processo Penal*”.

Por sua vez, o *Código de Processo Penal* *proíbe* o depoimento de quem, *em razão de sua função, ministério ou profissão*, está obrigado a guardar segredo, como sói acontecer com o Advogado. Com efeito, assim dispõe o art. 207 do CPP:

“Art. 207 - “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

Por outro lado, é necessário esclarecer que, se alguém proibido de depor vier a fazê-lo, cometerá o crime previsto no artigo 154 do *Código Penal*, assim disposto:

“*Violação do segredo profissional*

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.”

Nota-se, portanto, que é *ilícita* a conduta de Advogado – público ou privado – que comparece à CPI para depor sobre fatos que conhece em razão do seu ofício ou profissão.

Desse modo, se a Constituição Federal impõe aos poderes de investigação da CPI os mesmos limites a que se submetem as autoridades judiciais, e o próprio regimento interno do Senado Federal e, no caso específico do Rio de Janeiro, a Assembleia Legislativa (Alerj) prevê que aos atos processuais praticados durante a CPI deve ser aplicada a legislação processual penal, é de se concluir que a convocação de Advogado para depor como testemunha em CPI que investiga fato relacionado ao exercício de sua profissão – ou relativo a seus clientes – viola, em primeiro lugar, a Constituição Federal (artigo 58, § 3º da CRFB/88), e, posteriormente, os artigos 207 do CPP e 154 do CP.

Faz-se necessário ainda argumentar que o *Estatuto da Advocacia e da OAB* – Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – dispõe, no inciso XIX do art. 7º, ser *direito do Advogado “recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”*. (grifei).

Ressalte-se que, apesar de o artigo 2º da Lei Federal nº 1.579/52 não prever a exceção da inquirição de Advogado como testemunha em CPI, essa circunstância não excluiu a aplicação da Lei Federal nº 8.906/94, que é norma posterior e especial em relação às prerrogativas do Advogado, editada em atenção ao comando do artigo 133 da CRFB/88.

Em verdade, não se está a tratar de conflito de normas no tempo, pois a Lei Federal nº 1.579/52 e a Lei Federal nº 8.906/94 regulam matérias completamente diferentes. Trata-se, aqui, de normas especiais que disciplinam assuntos diversos, mas que devem ser interpretadas teleologicamente. Assim, se não são incompatíveis – *como não o são* –, subsistem, uma *a par* da outra. Porém, em um conflito aparente de normas (como, repita-se, não acontece na presente hipótese), deve-se buscar interpretação que as compatibilize e, nesse caso, *sendo a Lei Federal nº 8.906/94 especial em relação aos direitos e deveres do Advoga-*

do, deve prevalecer o direito estabelecido no art. 7º, inciso XIX do Estatuto da Advocacia, o qual vem sendo observado rigorosamente pelas autoridades judiciais e, por via de consequência, também merece obediência pelos parlamentares que compõem as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Assim, se é dever profissional do Advogado – público ou privado – manter sigilo sobre as informações prestadas por seu patrocinado, e se está dispensado e *proibido* de prestar depoimento como testemunha, na forma do Código de Processo Penal e do Estatuto da Advocacia, tem direito de ser respeitado em processo criminal, em inquéritos civis e, sobretudo, em procedimentos de investigação presidida por Comissão Parlamentar de Inquérito.

Confira-se, por oportuna, decisão do *Supremo Tribunal Federal*, acerca da discussão objeto deste estudo, proferida pelo Ministro *Marco Aurélio Mello*:

“COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - INTIMAÇÃO DE ADVOGADO PARA PRESTAR DEPOIMENTO - RELEVÂNCIA DO PEDIDO – LIMINAR DEFERIDA.

1 O advogado Dr. Leonardo Antônio de Sanches ajuíza este habeas corpus em benefício de Enrico GIANELLI, tendo em conta ato do senador Efraim Moraes, Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos - CPI dos Bingos -, intimando o paciente para prestar depoimento. Articula o impetrante com a justificação do requerimento que desaguou no ato, no qual se fez referência à prestação de serviços, a certa empresa, pelo paciente - que encaminhara ao senador e-mail, informando jamais haver presenciado ato discrepante da ordem jurídica com a finalidade de prorrogar contrato com a empresa Gtech. Ressalta o causídico que, consoante dispõe o inciso XIX do artigo 7º da Lei nº 8.906/94, o advogado pode se recusar a depor como testemunha sobre fato relacionado com o cliente. Diz mais que, de acordo com o artigo 154 do Código Penal, constitui crime a violação de segredo profissional, a revelação de informações alcançadas em face do desempenho de profissão, remetendo ao que decidido por esta Corte no Mandado de Segurança nº 23.452-1/RJ, relatado pelo ministro Celso de Mello. Requer liminar que implique o cancelamento da convocação e, sucessivamente, que desobrigue o paciente de firmar termo de compromisso na condição de testemunha,

de modo a permitir-se permanecer em silêncio toda vez que entender que uma eventual resposta possa implicar a violação de sigilo profissional, concedendo-se no julgamento de fundo, em definitivo, a ordem. À inicial anexou os documentos de folha 12 a 19. Recebi este processo no gabinete às 16 horas e 35 minutos do dia de hoje, sendo certo que a convocação em tela diz com o comparecimento para a assentada da Comissão Parlamentar de Inquérito que se realizará no dia de amanhã, 9 de agosto de 2005, às 10 horas.

2 Colho da justificativa que resultou na mencionada convocação a referência ao fato de o paciente haver atuado como advogado da empresa Gtech (folha 14) - dado suficiente a atrair a incidência do preceito inserto no artigo 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94. Consubstancia direito do advogado recusar-se a depor, como testemunha, em processo no qual haja funcionado ou deva funcionar ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que caracterize sigilo profissional. A partir da premissa constante, repita-se, da justificativa do requerimento de convocação - o paciente atuou como advogado, na prestação de serviços a certo cliente -, não se tem como placitar o ato da Comissão Parlamentar de Inquérito.

3 Defiro a liminar pleiteada, desobrigando o paciente, ante a convocação, tal como formalizada, de comparecer à Comissão Parlamentar de Inquérito aludida para ser ouvido. [...]"

(HC 86429 / DF - DISTRITO FEDERAL - HABEAS CORPUS - Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO -Julgamento: 08/08/2005).¹⁸

¹⁸ Esse acórdão, por certo, afastou a antiga e isolada, s.m.j., decisão proferida nos autos do HC 71231 / RJ - RIO DE JANEIRO - Julgamento: 05/05/1994 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno do STF.

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO: FATO DETERMINADO E PRAZO CERTO. C.F., ARTIGO 58, § 3º. LEI 1.579/52. ADVOGADO. TESTEMUNHA. OBRIGAÇÃO DE ATENDER À CONVOCAÇÃO DA CPI PARA DEPOR COMO TESTEMUNHA. C.F., ARTIGO 133; CPP, ART. 207; CPP, ART. 406; CÓD. PENAL, ART. 154; LEI 4.215, DE 1963, ARTIGOS 87 E 89. I. - A Comissão Parlamentar de Inquérito deve apurar fato determinado. C.F., art. 58, § 3º. Todavia, não está impedida de investigar fatos que se ligam, intimamente, com o fato principal. II. - Prazo certo: o Supremo Tribunal Federal, julgando o HC nº 71.193-SP, decidiu que a locução "prazo certo", inscrita no § 3º do artigo 58 da Constituição, não impede prorrogações sucessivas dentro da legislatura, nos termos da Lei 1.579/52. III. - A intimação do paciente, que é advogado, para prestar depoimento à CPI, não representa violência ao disposto no art. 133 da Constituição nem às normas dos artigos 87 e 89 da Lei 4.215, de 1963, 406, CPC, 154, Cód. Penal, e 207, CPP. O paciente, se for o caso, invocará, perante a CPI, sempre com possibilidade de ser requerido o controle judicial, os direitos decorrentes do seu "status" profissional, sujeitos os que se excederem ao crime de abuso de autoridade. IV. - H.C. indeferido."

Percebe-se, portanto, que a convocação de Advogado para prestar depoimento em CPI na qualidade de testemunha, sobre fatos em relação aos quais tinha e tem dever de sigilo, viola o Código de Processo Penal, o Estatuto da Advocacia e da OAB, e o Regimento Interno da Alerj, estando em desacordo, ainda, com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A profissão de Advogado, assim como algumas outras (exemplo: Padre, Médico etc), exige que seja estabelecida relação de confiança do patrocinado para com o patrono, baseada no sigilo das informações por aquele prestado. Se uma CPI puder excepcionar o sigilo profissional do Advogado, fato impensado até mesmo para atuação do Poder Judiciário, restará aniquilada a principal característica dessa profissão e, assim, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

5 Conclusão

As ideias acima desenvolvidas podem ser sintetizadas com as seguintes conclusões:

(i) A Constituição Federal, apesar de ter atribuído ao Poder Legislativo a função atípica de controle e fiscalização do Poder Legislativo, a partir da instituição de Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, § 3º da CRFB/88) e do artigo 49, X, da CRFB/88, *v.g.*, não o fez desconsiderando suas demais regras e princípios;

(ii) O procedimento fiscalizatório da CPI deve observar os limites materiais e processuais impostos pela CRFB/88 e pela legislação infraconstitucional, sobretudo os princípios da separação, independência e harmonia dos poderes, da legalidade, da liberdade, do livre exercício da profissão, da ampla defesa, e da razoabilidade;

(iii) A Lei Federal nº 1.579/52 foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, e deve ser aplicada para regular as CPIs instaladas nos Poderes Legislativos de todos os entes da federação;

(iv) A condução forçada de testemunha que, injustificadamente, se recusa a comparecer à CPI deve ser objeto de requisição ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 3º, § 1º da

Lei Federal nº 1.579/52 e do artigo 218 do Código de Processo Penal. Por consequência, não se afigura juridicamente correta, por violação do devido processo legal, a condução forçada de testemunha para depor em CPI a partir de requisição de força policial pelo Poder Legislativo;

(v) Os Regimentos Internos do Senado Federal e, no caso específico do Rio de Janeiro, também o da Alerj, submetem o procedimento da CPI à Lei Federal nº 1.579/52, e à legislação penal e processual penal vigentes. Por isso, não é possível juridicamente convocar – e *muito menos conduzir coercitivamente* –, sob pena de instigação ao cometimento de crime, Advogado para prestar depoimento em CPI que foi instalada para apurar fatos relacionados a seus clientes (presentes ou pretéritos) ou que teve conhecimento decorrente do exercício de sua profissão, na medida em que está obrigado, legal e moralmente, a guardar, sobre eles, o dever profissional de sigilo.

1.15

DOS FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DOS MODELOS PROBATÓRIOS (CLÁSSICO, MODERNO E CONTEMPORÂNEO)

EDUARDO CUNHA DA COSTA*

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Premissas histórico-culturais dos modelos probatórios. 3 Ordem isonômica e prova argumentativa. 4 Ordem assimétrica e prova demonstrativa. 5 Premissas axiológicas do modelo probatório no processo civil contemporâneo. 6 Modelo probatório de polaridade assimétrica. 7 Conclusão. 8 Referências.

1 Introdução

O direito probatório, como sub-ramo do direito processual, está intimamente condicionado pelas premissas jusfilosóficas prevalentes em cada momento da cultura humana.

Como consequência dessa influência filosófico-cultural, tem-se que, em cada modelo probatório (clássico, moderno e contemporâneo, em uma classificação meramente didática), haverá uma diversa determinação do que seja relevante na indagação posta.

Assim, pode-se constatar no chamado modelo clássico de prova a presença de um caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato. Diante da constante presença do problema do erro, da falibilidade humana, nele é limitado o campo de indagação, com a renúncia ao conhecimento do fato na sua totalidade.

A concepção moderna de prova, por sua vez, fruto que é do iluminismo, do racionalismo, busca um alargamento do campo de indagação para melhor conhecimento dos fatos (*total evidence*), procurando conhecer o fato em sua inteireza, tal qual em uma operação técnica. O conceito moderno de prova, portanto, passa a ser demonstrativo, firme na crença de que nenhum conhecimento é ao homem vedado.

* Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires. Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, o modelo contemporâneo de prova decorre da presença constante dos princípios constitucionais vigentes, conjugando características ora de prova argumentativa, ora de prova demonstrativa, mostrando-se de um modelo de polaridade assimétrica.

2 Premissas histórico-culturais dos modelos probatórios

O processo não consiste em um fenômeno unitário e homogêneo¹, mas, ao contrário, tem “o seu tecido interno formado pela confluência das idéias, projetos sociais, utopias, interesses econômicos, sociais, políticos e estratégias de poder reinantes em determinada sociedade, com notas específicas de tempo e espaço”².

A ciência do direito processual, portanto, carrega consigo a inexorável influência da axiologia humana, visto que o processo é um fenômeno cultural, o qual refletirá, invariavelmente, os valores reinantes em determinada sociedade e em dado momento do desenvolvimento humano.

Dessa forma, a evolução do direito processual, *como fenômeno cultural, produto exclusivo do homem e, por consequência, empolgado pela liberdade não encontrável in rerum natura*³, esteve sempre ligada aos valores de cada momento histórico, acompanhando sua própria evolução.

Como prova irrefutável da influência da cultura, esta entendida como a espiritualidade inerente à realidade humana socialmente considerada⁴, observa-se, como bem colocado por Daniel Mitidiero⁵, que o direito processual vivenciou quatro grandes linhas metodológicas, passando de uma fase praxista (ou sincr-

1 GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 43, n. 3, p. 598-614, luglio/sett. 1988. p. 598.

2 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227.

3 *Ibid.*, p. 227.

4 *Ibid.*, p. 17.

5 *Ibid.*, p. 18 e MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 16.

tista) para uma exacerbada dicotomia entre direito processual e direito material, que se pode chamar de processualismo, passando deste para o instrumentalismo e, por derradeiro, para a fase do formalismo-valorativo⁶.

Cada uma dessas fases teve uma forte influência cultural, refletindo sempre os valores da sua época, o que, de per si, já é suficiente para tornar incontestável o caráter cultural do processo.

Essa ligação entre o processo e o momento histórico-cultural vivido pelo homem alcança, da mesma forma, a prova judiciária, um dos elementos centrais do processo.

Nesse diapasão, para que se possa compreender o momento atual da evolução do direito probatório, mister se faz o entendimento do caminho percorrido pelo processo, especialmente dos modelos probatórios por ele adotados ao longo do seu desenvolvimento.

Diante disso, observa-se que o próprio conhecimento no processo, não só da questão de fato, mas também da questão de direito, pressupõe um questionamento preliminar acerca da prevalência da retórica sobre a lógica ou desta sobre aquela⁷.

Esse perene conflito entre retórica e lógica teve como resultado ora a preponderância de uma, ora a de outra, ao sabor das vicissitudes de cada momento histórico, cujas implicações se refletem diretamente no processo.

Disso, como ressalta Giuliani⁸, embora retórica e lógica não estejam em oposição, mas se complementem na construção do conceito de ordem, com o predomínio de uma ou de outra, formaram-se duas opostas ideias de ordem. Uma, a que se deu o nome de isonômica, em que prevalecem os princípios da re-

6 Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a primeira fase da história do direito processual desconheceu a sua autonomia e a intervenção estatal na sua regulação. A segunda fase, por sua vez, chamada de *procedimentalismo* pelo preclaro jurista gaúcho, era ainda sincrética, ou seja, não distinguia o processo do direito material, caracterizando-o como mero adjetivo. Essa fase é intercalada por uma transição, chamada de *conceitualismo*, com a obra de Oskar Bülow, surgindo a construção dogmática das bases científicas dos institutos processuais. Mais tarde viria a fase do instrumentalismo, no qual o processo é visto como instrumento da realização do direito material. Por fim, a quarta fase é a do formalismo-valorativo, na qual o processo, além da técnica, é visto como fenômeno cultural, produto do homem, e não da natureza. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 598.

8 *Ibid.*, p. 519.

tórica, e outra, chamada assimétrica, em que predominam os parâmetros estabelecidos pela lógica.

O conceito de prova, da mesma sorte, está intimamente ligado à ideia de ordem, pois, nas palavras de Giuliani:

“Senza ordine, non é possibile una forma corretta di conoscenza, come è rivellato dalle forme prelogiche della mente umana, legate ai meccanismi psicologici della memoria e del ricordo.”⁹

A ordem representa o princípio da racionalidade e da economia da investigação, permitindo a seleção de informações relevantes dentre as diversas que se apresentam como passíveis de prova¹⁰.

As grandes alterações se dão porque as soluções oferecidas pela retórica ao problema do papel do juiz e das partes em juízo são opostas às oferecidas pela lógica.

Observe-se que, em qualquer dessas ordens, ocorre tão somente uma preponderância da retórica sobre a lógica ou vice-versa, mas não uma total suplantação dos princípios de uma ou de outra.

É em cada uma delas que prevalece, também, o conceito clássico e o conceito moderno de prova, respectivamente, de modo que, para que se possa delinear as características de cada uma dessas concepções do direito probatório, faz-se necessário um breve esboço acerca do contexto em que se insere o que se convencionou chamar de ordem isonômica e ordem assimétrica.

As diferenças entre os dois conceitos de prova estão, precipuamente, nas premissas jusfilosóficas de cada um, consistindo na determinação absolutamente diversa daquilo que é relevante na indagação, ou seja, estão em sua base uma “análise oposta do fato”¹¹.

Danilo Knijnik, citando Alessandro Giuliani, afirma que:

9 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 519.

10 *Ibid.*, p. 519.

11 KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. p. 22.

“A concepção clássica põe em evidência o caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato: dominada como é, pelo problema do erro, trata de limitar rigidamente o campo da indagação, renunciando ao conhecimento do fato em sua totalidade. A concepção moderna vê, ao contrário, no alargamento do campo de indagação o meio para um melhor conhecimento dos fatos (o princípio da ‘total evidence’): a determinação do fato parece uma operação em certo sentido técnica, e o mundo dos fatos parece ter uma autonomia completa, tornando possível a introdução de critérios quantitativos numéricos para seu acerto¹².”

Para fins didáticos¹³, portanto, convencionou-se aludir a um modelo segundo o qual a prova é um argumento persuasivo destinado a convencer o julgador da oportunidade de aceitar como possível uma certa versão dos fatos relevantes para a decisão; e outro, em que a prova é entendida como um instrumento demonstrativo, cuja finalidade é o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão¹⁴.

Esses modelos estão em constante relação de polaridade, variando o seu vetor consoante os valores postos em questão¹⁵.

3 Ordem isonômica e prova argumentativa

Para a ordem isonômica, a possibilidade de uma verdade prática depende da realização de uma cooperação involuntária entre os participantes de uma discussão.¹⁶

Contudo, a investigação, em tal ordem, deve evitar tanto a tentação da demonstração científica, quanto a *vitiosa argumentatio*¹⁷. Isso porque essa ordem não é nem pré-constituída, como um sistema, nem espontânea, e encontra o remédio à falibilidade

12 KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. p. 22.

13 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10.

14 TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v.45, n.2, p.420-448, apr./giugno, 1990. p. 420-421.

15 KNIJNIK, op. cit., 2007, p. 11.

16 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 523.

17 *Ibid.*, p.523.

de do juízo na divisão do conhecimento e na definição (*actio finium regundorum*) dos papéis dos participantes da lide (jugador, partes e testemunhas).

Na ordem isonômica, há um constante temor de uma *perversio ordinis*, seja proveniente de odiosa intervenção externa, seja decorrente do abuso do processo pelas partes. Isso se constata, claramente, na obra de Ioanes Saresberiensis (nome latino) ou John of Salisbury, em que ele sustenta ser o processo coisa das partes, não do juiz, sendo deste a função de controlar o juízo das partes, sem, todavia, substituí-lo pelo seu próprio, em violação ao princípio do contraditório e em detrimento das alternativas argumentativas que lhe são apresentadas¹⁸.

Alessandro Giuliani¹⁹, citando o seguinte trecho da obra *Policraticus* de John of Salisbury, afirma que, no momento introdutório do processo, não apenas as partes, mas também os causídicos se obrigavam a não lançar mão de manobras que resultariam em abuso do processo, ressaltando a preocupação com a manutenção da ordem:

“Ut vero rerum veritas citius illucescat, litigatores ipsos, personas videlicet principales, non ante ad litem ludex admittet, quam ei praestito sacramento faciant fidem, quod iustitiae insistent, et calumniam omnem procul facient, seu et ipsi patroni causarum, quo fidelior possit esse examinatio, ab ipsa contestatione litis, iuramento arctantur ad veritatem et fidem, iurantes quod cum omni virtute sua, omnique ope, quod iustum et verum examinaverint, clientibus suis inferre procurabunt, nihil studii relinquentes prout cuique possibile est; et quod ex industria sua non protahent lites. Nam eas oportet a iudicibus infra biennium vel triennium terminari.” *Policraticus*. Livro V. Capítulo 13.

(“Para que mais rapidamente se esclareça a verdade das coisas, os próprios litigantes, certamente os principais sujeitos, não serão admitidos pelo juiz à lide antes que em sacramento [sob juramento] afirmem que buscarão a justiça e se afastarão de qualquer calúnia, ou também os próprios

18 GIULIANI, Alessandro. *Ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonómico)*. *Rivista di Diritto Processuale*, ano 43, n. 3, p. 598-614, luglio/sett. 1988. p. 610.

19 *Ibid.*, p. 610, nota 29.

advogados das partes, para que mais fiel possa ser o exame, da própria contestação da lide, jurarão pela verdade e pela fé que buscarão o que é justo e verdadeiro com toda a sua virtude e com toda a sua força, na condução de seus clientes, sem abandonar nenhum estudo, dentro do possível, e que deliberadamente não protrairão as lides. Isso porque elas devem ser julgadas pelos juizes dentro de dois ou três anos.” – Tradução nossa.)

É, também, a problemática do erro que imprime à metodologia da investigação um caráter seletivo na base de uma lógica da relevância, concebida em regras de exclusão²⁰, ou seja, a sempre presente idéia do erro, de falibilidade do próprio conhecimento humano, traz como consequência a busca de meios de evitar o equívoco²¹.

O conceito clássico de prova está inserido, portanto, em uma concepção filosófica, segundo a qual o fato não pode ser conhecido em sua totalidade, sendo apenas adquirido por meio de probabilidade.

Nesse contexto, o contraditório constitui princípio basilar da ordem isonômica, visto que ele oferece ao juiz um conhecimento que nenhuma mente individual poderia alcançar sozinha:

“Il contraddittorio offre al giudice un sapere che nessuna mente individuale potrebbe ricercare autonomamente: l’interesse delle parti serve inconsapevolmente alla ricerca della verità pratica, irriducibile ad una verità necessaria peculiare delle scienze dimostrative”.²²

Mais do que isso, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável” no ambiente cultural da ordem isonômica. Valemo-nos, ainda, das

20 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v.37, p. 531.

21 KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 97, v. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001. p. 22.

22 GIULIANI, Alessandro. Ordo iudicarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano 43, n. 3, p. 598-614, luglio/sett. 1988. p. 606.

magistrais palavras do jurista gaúcho para explicar o contexto e as idiossincrasias dessa ordem:

“O processo, fartamente influenciado pelas idéias expressas na retórica e na tópica aristotélica, era concebido e pensado como *ars dissedendi* e *ars oponendi et respondendi*, exigindo de maneira intrínseca uma paritária e recíproca regulamentação do diálogo judiciário. Dado que nas matérias objeto de disputa somente se poderia recorrer à probabilidade, a dialética se apresentava, nesse contexto, como uma ciência que *ex probabilibus procedit*, a impor o recurso ao silogismo dialético. Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos “pontos de vista” do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita.”²³

O conceito de prova típico, portanto, da ordem isonômica, ou seja, o conceito clássico, consiste em uma prova argumentativa: *probatio quidem est rei dubiae et per argumenta iudici faciens fidem* (a prova, portanto, é esclarecer [tornar fidedigna] ao juiz, por meio de argumentos, uma coisa dúbia – tradução nossa)²⁴.

Conforme afirma Giuliani²⁵, clássica é a concepção de prova como *argumentum*, tendo sido de Cícero a definição mais madu-

23 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-229.

24 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 530.

25 Id. *Il concetto di prova*: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971. p. 11.

ra, segundo a qual *argumentum est ratio quae rei dubiae faciat fidem* (argumento é a razão que esclarece uma coisa dúbia – tradução nossa).

Essa frase de Cícero foi extraída de sua clássica obra *Topica*, em cujo contexto se lê:

“[6] Cum omnis ratio diligens disserendi duas habeat partis, unam inveniendi alteram iudicandi, utriusque princeps, ut mihi quidem videtur, Aristoteles fuit. Stoici autem in altera elaboraverunt; iudicandi enim vias diligenter persecuti sunt ea scientia quam dialektikon appellant, inveniendi artem quae topika dicitur, quae et ad usum potior erat et ordine naturae certe prior, totam reliquerunt. [7] Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordiemur. Ut igitur earum rerum quae absconditae sunt demonstrato et notato loco facilis inventio est, sic, cum pervestigare argumentum aliquod volumus, locos nosse debemus; sic enim appellatae ab Aristotele sunt eae quasi sedes, e quibus argumenta promuntur. [8] Itaque licet definire locum esse argumenti sedem, argumentum autem rationem quae rei dubiae faciat fidem.”

([6] Toda *ratio disserendi* diligente possui duas partes, uma inventiva (de encontrar) e a outra judicativa (de julgar), sendo Aristóteles, ao que me parece, o criador de ambas. Os Estóicos, por sua vez, elaboraram-nas. A judicativa é diligentemente perseguida pela ciência chamada Dialética, enquanto a arte inventiva, chamada tópica, a qual melhor era ao uso e certamente anterior pela ordem da natureza, foi totalmente abandonada. [7] Nós, porém, visto que ambas são dotadas de suma utilidade, e, se possível, pensamos em pesquisá-las, começando pela primeira. Visto que é fácil encontrar as coisas escondidas por meio de um *locus* (lugar) demonstrado e conhecido, dessa forma, quando desejamos investigar um argumento, devemos conhecer os *locos* (lugares); assim, elas são chamadas por Aristóteles, por assim dizer, a sede da qual os argumentos emergem. [8] *Dessarte, pode-se definir o locus como a sede do argumento, o qual, por sua vez, é a razão que esclarece uma coisa dúbia.* Tradução nossa.)

Esse conceito de prova como *argumentum*, no dizer de Michele Taruffo²⁶, está compreendido em um procedimento probatório caracterizado por desenvolver-se por meio do diálogo entre as partes e dar-se perante um juiz passivo, ou seja, sem o poder de intervir na prova dos fatos (*iudex non potest in facto supplere*). Esses fatores é que vão caracterizar a ordem como isonômica.

Diante disso, visto que pertencentes ao passado, os fatos têm em sua reconstrução valorações opostas, incumbindo às partes a apresentação das suas versões como duas hipóteses argumentativas, dentre as quais cabe ao julgador escolher uma.

A verdade dos fatos, nesse contexto, nunca é absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, ou seja, com maiores elementos de confirmação.

A formação do conceito clássico de prova delinea-se ainda na Antiguidade, entre os séculos V e I a. C.²⁷. É, porém, no período justiniano que se fixam os chamados princípios clássicos da prova, que, até então, não passavam de *responsa* a questionamentos feitos em casos concretos²⁸.

Como assevera Giuliani, foi com base nos textos contidos no *Corpus* justiniano que, a partir da Idade Média, se fez possível construir a lógica da prova no mundo ocidental²⁹.

Assim, o conceito clássico de prova como *argumentum* está intimamente ligado a uma ideia do normal, sendo que este não corresponde àquilo que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*), mas àquilo que é eticamente preferível³⁰. Nas palavras de Giuliani, “*esiste insomma una scala di probabilità, che è connessa con un sistema di valori. I valori vivono nella disputa, nel dialogo, nella ricerca: non esistono come un dato di conoscenza esterno ed oggettivo*”³¹.

26 TARUFFO, Michele. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n. 2, p. 420-448, apr./giugno, 1990. p. 420.

27 GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971. p. 11.

28 *Ibid.*, p. 109.

29 *Ibid.*, p. 109.

30 *Ibid.*, p. 231.

31 *Ibid.*, p. 231.

Todavia, é no chamado *ordo iudiciarius* medieval que essa concepção do direito probatório encontra o seu auge, dominando na Europa do século XII ao século XVII, quando cede lugar ao predomínio dos valores de uma outra ordem (a assimétrica), não mais inspirada na dialética aristotélica, mas, sim, na lógica ramista.

Desde a metade do século XIII, conexamente com o início do declínio da retórica, a idéia de provável começou a transmudar-se e, lenta e progressivamente, a adquirir um caráter objetivo, emergindo a idéia de normal como *id quod plerumque accidit*³². Surge a tentativa de superar os limites da verdade provável, acreditando-se ser possível alcançar a verdade real.

Com essa alteração de paradigma, logo prevalecerá uma nova ordem, diretamente influenciada pelos ideais lógico-científicos de sua época e especialmente embasada na lógica ramista a partir do século XVI.

4 Ordem assimétrica e prova demonstrativa

Com a difusão e a larga aceitação da lógica de Pierre de la Ramée, segundo a qual a matemática constituía o protótipo sobre o qual se modelariam todas as formas de conhecimento, a retórica e a prova argumentativa rendem-se à lógica e à prova demonstrativa, sob os auspícios dos grandes desenvolvimentos científicos experimentados na Modernidade.

Houve, assim uma passagem da *ars disserendi* à *ars ratiocinandi* ligada à dialética ramista, que ofereceu um *status* lógico às idéias latentes já mesmo na segunda fase do *ordo iudiciarius*³³.

O papel da lógica matemático-científica na prevalência da ordem assimétrica sobre a ordem isonômica consiste, principalmente, na crença na capacidade humana de conhecer os fatos em sua totalidade. No dizer de Alessandro Giuliani:

32 GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971. p. 11. p. 233.

33 Id. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 549.

“La metodologia ramista della scoperta scientifica, benché trascurabile dal punto di vista della storia, ha esercitato un grande fascino nell’evoluzione delle idee moderne sul processo e sulla prova fino al XVIII secolo. Le ragioni di questo successo vanno ricercate anzitutto nell’idea della verità oggettiva o materiale: i fatti contingenti – anche nell’esperienza giudiziale – possono essere sottoposti alla verifica e al controllo, come i fatti empirici.”³⁴

Não predomina mais o temor do erro, da injustiça, diante da falibilidade humana, mas, ao contrário, crê-se piamente que o homem possa alcançar a verdade material por meio de um método científico. Como assevera Danilo Knijnik:

“Identifica-se, pois, que, ao mesmo tempo em que as idéias atinentes ao positivismo ganharam força, o sistema da prova haveria, necessariamente, de sofrer a sua influência, pois, finalmente, a aceitação do modelo subsuntivista determinaria que a pesquisa de *fato*, até então concebida dentro de uma premissa dialética e pluralista, pudesse ser concebida na sua ‘totalidade absoluta’, na sua ‘verdade total e objetiva’, na sua ‘independência’ e ‘autonomia’ quanto ao ‘mundo do direito’, desprezando-se, com isso, a relatividade que lhe era iminente, a possibilidade do erro e do equívoco.”³⁵

Somou-se a isso, para caracterizar por completo a mudança de paradigma, com a prevalência de uma ordem assimétrica, a apropriação, pelo soberano, do monopólio da legislação processual, campo que lhe era tradicionalmente vedado na ordem isonômica. Tal passagem histórica é brilhantemente explicada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira no excerto ora transcrito:

“A mudança de perspectiva introduzida pela lógica de Pierre de la Ramée (século XVI) já antecipa uma alteração de rumo que busca incorporar ao direito os métodos próprios da ciência da natureza, um pensamento orientado pelo sistema,

34 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 552.

35 KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 75.

em busca de uma verdade menos provável, com aspirações de certeza, a implicar a passagem do *iudicium* ao *processus*. Tudo isso se potencializa, a partir do século XVII, com a estatização do processo, com a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo soberano, pelo príncipe, que passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, tendência incrementada depois pelas idéias do iluminismo e pelo verdadeiro terremoto produzido pela Revolução francesa.”³⁶

Desse modo, conforme célebre passagem de Nicola Picardi, não só no direito probatório, mas também no direito processual como um todo, ocorre uma transição de um modo de pensar voltado para o problema, ou seja, tópico, para um modo de pensar sistemático, embasado no saber científico:

“L’applicazione della logica ramistica allo studio del processo rappresenta, invece, il momento di transizione da un modo di pensare *orientato sul problema* ad un modo di pensare sistemático, *modellato sul sapere scientifico*; e la procedura, da una disciplina che studia verità ‘probabili’, diviene, almeno tendenzialmente, una scienza delle verità ‘assolute’”.³⁷

As regras, nesse contexto histórico, não mais dependem dos princípios da retórica, mas, sim, dos da lógica, a qual reivindica uma função legislativa, e não meramente auxiliar³⁸.

O triunfo, porém, do modelo assimétrico está estreitamente ligado à passagem das provas racionais às provas legais, decorrente da vitória do soberano no que concerne à sua intervenção na legislação processual³⁹. Vale citar a esclarecedora explicação de Alessandro Giuliani:

“Il trionfo del modello asimmetrico, insinuatosi nella seconda fase della procedura romano-canonica, resta legato al passaggio dalle prove razionali alle prove legali: ossia alla fortuna

36 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 228-229.

37 PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 111.

38 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 539.

39 *Ibid.*, p. 542.

del sovrano nell'intervento, attraverso la legislazione processuale, in un settore tradizionalmente contestatogli (l'ordus iudiciarius). Sulla base di ben diversi contesti culturali ed istituzionali, tra il XVII e il XVIII secolo si sono consolidati due opposti sistemi probatori, costruiti come modelli puri rispettivamente dell'ordine isonomico e dell'ordine asimmetrico: la law of evidence in Inghilterra e il Beweisrecht in Prussia."⁴⁰

Como afirma Nicola Picardi, até a Idade Moderna, o processo era considerado fruto da manifestação da razão prática, não tendo regramento legislado:

“Fino all'età moderna la procedura era considerata manifestazione di una ragione pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso la collaborazione della prassi dei tribunali e della dottrina.”⁴¹

Nesse influxo de ideias, inspiradas no cientificismo dominante na época, chega-se a uma autonomia completa entre fato e direito, passando-se a encarar aquele como algo externo, sem, porém, descurar da necessária relação entre o fato e a consequência jurídica. Essa é a lição que nos dá Alessandro Giuliani:

“[...] al mondo dei fatti viene riconosciuta una autonomia completa: quando si ammette il fatto come qualcosa di esterno, oggettivo, viene meno quell'aspetto di contrarietà nella ricerca, che nel passato era sembrato essenziale, sotto l'influsso delle teoria retoriche e dialettiche. Se il giudice deve porre a base della decisione il fatto confessato, derivano alcune conseguenze dal punto di vista lógico: a) la questione di fatto è nettamente separata dalla questione di diritto (che conosce solo il giudice); b) deve esistere um rapporto di necessita fra il fatto e la conseguenza giuridica.”⁴²

Na ordem assimétrica, “a prova é entendida como instrumento demonstrativo, voltado para o conhecimento científico da

40 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 542.

41 PICARDI, Nicola. Processo civile (dir. moderno). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36, p. 114.

42 GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*: contributo alla logica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971. p. 208.

verdade dos fatos relevantes para a decisão”⁴³. Seguindo, Hermes Zanetti Jr explica que:

“Neste modelo o procedimento é caracterizado pelo forte ativismo judicial, ou seja, um juiz burocrata, representante do Estado, que participa da instrução probatória ativamente. Desta forma é considerado assimétrico, justamente porque o juiz assume papel relevante na instrução e acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes.”⁴⁴

A partir dessa época, o direito, como ciência jurídica, passa a ter como ideal uma ordenação exaustiva, dominado que é por um pensamento sistemático típico de uma lógica cientificista.

A assimetria da ordem, contudo, veio aos poucos se mostrando, com a introdução lenta e gradual da intervenção judicial nas questões fáticas, visto que, nesse momento, *iudex potest in facto supplere*.

Exemplos marcantes nos são apresentados por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, que, em sua obra “Do Formalismo no Processo Civil”, explicita os caso da Prússia, em cuja legislação processual de 1793 e 1795, conferiu ao juiz poderes de se assegurar das verdadeiras condições dos fatos da causa, bem como o da reforma promovida por Bellot, no Cantão de Genebra, em que ao juiz é dado até mesmo investigar os fatos *ex officio*:

“[...] os inconvenientes do procedimento do direito comum induziram a Prússia, o principal Estado alemão, a tomar enérgicas medidas para ampla reforma do Judiciário. Dentro de uma inspiração da função judicial de molde inquisitório, os §§ 6º e 7º da Introdução à Ordenança Judicial Geral (Allgemeine Gerichtsordnung) de 1793 e 1795 *atribuíram ao juiz, de modo significativo, o dever e, por consequência, o poder de se assegurar das verdadeiras condições dos fatos da causa. O juiz, portanto, mesmo de ofício estava autorizado a investigar*

43 ZANETTI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. p. 143.

44 *Ibid.*, p.143.

*o fundamento dos fatos surgidos no processo e, tanto quanto necessário, trazê-los à luz para a correta aplicação da lei.*⁴⁵

No mar da passividade das primeiras décadas do século XIX, sobressai como onda encapelada de grande porte a obra de Bellot, o projeto da *Loi de Procédure Civile* do Cantão de Genebra, decretado pelo *Conseil Representatif et Souverain* em 29 de setembro de 1819.

De modo verdadeiramente precursor, *destina-se papel ativo ao juiz, inclusive na investigação dos fatos da causa*. No art. 150, o *Code de Procédure* outorgou ao juiz a possibilidade de determinar de ofício o interrogatório das partes, o juramento e ouvida de testemunhas, o exame pericial e exibição de documentos, sempre que não estivesse suficientemente esclarecida a verdade material⁴⁶.

Dessa forma, na ordem assimétrica, claramente, privilegiavam-se as operações solitárias da mente do juiz, considerado *advocatus partium generalis* (advogado geral das partes), nas palavras de Leibniz⁴⁷.

5 Premissas axiológicas do modelo probatório no processo civil contemporâneo

Como já mencionado, o processo não consiste em um mero conjunto de regras que regem a administração da justiça. Muito mais do que isso, o processo é reflexo direto dos valores imponentes em uma sociedade.

Tomando emprestadas as palavras da conspícua professora Judith Martins-Costa, o direito vive uma nova racionalidade (superando a razão monológica do Iluminismo, totalitária e fechada, “[desconhecedora] das pulsões e dos desejos do indivíduo dissolvido na massa, que escamoteia as substanciais desigualdades econômicas e o jogo do poder que se desenrola na vida”),

45 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo valorativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

46 *Ibid.*, p. 47.

47 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 521.

racionalidade essa que se mostra mais *aberta e substantiva*, “capaz de submeter à sua jurisdição o reino dos valores e de avaliar a maior ou menor racionalidade das normas”⁴⁸.

Seguindo o pensamento da eminente civilista gaúcha, tem-se que cabe ao direito a operacionalização das formas de manifestação dessa nova racionalidade, de modo “*a realizar o equilíbrio entre as formas de regulação abstrata e geral – tendo em conta o princípio da segurança jurídica – e as formas de regulação casuística e plural, para tanto considerando, com um relevo especial, as circunstâncias do caso, as singularidades do livre desenvolvimento da personalidade, a efetiva desigualdade substancial das partes contratantes, tendo em conta o princípio da justiça substancial*”⁴⁹.

Assim, o direito, mais do que se mostrar abstrato e geral, deve respeito às situações individuais, observando constantemente valores e princípios como o da segurança jurídica e o da justiça substancial, o qual tem por “*base cultural a ideia de Direito como experiência normada e como base axiológica o indivíduo situado, a pessoa humana considerada como valor-fonte de todos os valores*”⁵⁰.

O papel da cultura, substantivo cuja origem é o verbo latino *colere, cultum*, cujo significado é cultivar, é indubitável nos aspectos pertinentes ao conhecimento, à compreensão e à regulação das relações inter-humanas, inclusive as jurídicas⁵¹. Como bem esclarece Judith Martins-Costa, esse *a priori* cultural não é absoluto ou imutável, pois “*toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural*”⁵².

Em suma, o direito processual, assim como todo o direito, é fenômeno cultural e, conseqüentemente, axiológico, estando sempre ligado “à experiência humana concreta, à experiência

48 MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 24.

49 *Ibid.*, p.24.

50 *Ibid.*, p. 25, sintetizando magistralmente a filosofia elaborada por Miguel Reale.

51 *Ibid.*, p. 27.

52 *Ibid.*, p. 27.

de uma determinada sociedade, em determinado momento de sua história”⁵³.

Dessarte, como acertadamente assevera Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*o estágio atual do desenvolvimento cultural da humanidade determina a necessidade de se colocar à disposição dos sujeitos de direito um processo justo – em que fiquem assegurados, pelo menos, os direitos fundamentais que lhe são próprios (juiz imparcial, contraditório, motivação das decisões, direito à prova, duração razoável etc.) – e que seja efetivo e eficaz*”⁵⁴.

Mais do que um processo efetivo e eficaz, portanto, a sociedade demanda um processo justo, com respaldo em normas constitucionais, qual o princípio do devido processo legal e as garantias do contraditório e da ampla defesa, aplicados e interpretados à luz dos fundamentos axiológicos imperantes em determinada sociedade e em determinado momento.

Para tanto, o processo é informado por dois valores essenciais, cujo escopo, de ambos, é a concreta realização dos fins do próprio processo, agindo por meio de uma orientação de todos os sujeitos atuantes no ambiente processual⁵⁵.

Os valores da segurança jurídica e da efetividade, portanto, acabam por refletir em todo o sistema jurídico, dada a sua origem axiológica superior, de caráter constitucional, influenciando, invariavelmente, na conformação interna do processo e na aplicação adequada das técnicas já existentes.

Nas palavras do doutrinador gaúcho Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “*numa perspectiva deontológica, [o valor segurança e o valor efetividade consistem em] normas principais que sobrepairam sobre as demais, embora sejam, por sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, consistente na realização da Justiça do caso concreto*”⁵⁶.

53 MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 28 e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227.

54 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 124.

55 *Ibid.*, p. 124.

56 *Ibid.*, p. 125.

Nesse contexto de clara influência dos valores constitucionais sobre o direito processual, tem-se que a efetividade, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *“implica, em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a necessidade de tutela manifestada na demanda”*⁵⁷.

A segurança, por sua vez, é o fundamento da garantia do cidadão contra o arbítrio estatal, sendo ela inafastável da própria noção de Estado de Direito⁵⁸.

No âmbito do Direito Processual, a finalidade da segurança é assegurar a concretização de um processo justo, este entendido não meramente como oferecedor de meios processuais mínimos, mas também de resultados qualitativamente diferenciados, *“em que todos os institutos e categorias jurídicas são relidos à luz da Constituição e o próprio processo civil é materialmente informado pelos direitos fundamentais”*⁵⁹.

De suma importância a ressalva feita por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira de que o valor da segurança jurídica não deve ser confundido com a manutenção cega e indiscriminada do *status quo*, devendo ser evitada a confusão entre segurança jurídica e a ideologia da segurança, cujo objetivo é o imobilismo social⁶⁰.

De notar-se, ainda, que esses dois valores (efetividade e segurança) se encontram em permanente conflito, pois na medida em que maior é a segurança, menor será a efetividade, e vice-versa.

Por outro lado, consoante bem coloca Humberto Ávila, o princípio é uma norma que aponta para um estado ideal de coisas a ser promovido sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal⁶¹.

57 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 127.

58 *Ibid.*, p. 129.

59 *Ibid.*, p. 131.

60 *Ibid.*, p. 132.

61 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, p. 51, set. 2008.

Contudo, essa ausência de indicação dos comportamentos necessários não significa que o seu cumprimento não é obrigatório. Ao contrário, a mera instituição do princípio, de per si, já impõe a adoção de condutas adequadas e indispensáveis à sua promoção⁶².

Dessarte, o dever de adequação da conduta com o princípio é decorrência lógica da própria positivação dele. Todavia, como já sabido, a Constituição não protege apenas um fim, mas vários. Deve-se, então, escolher dentre todos os comportamentos adequados para a promoção de um fim – um estado ideal de coisas – aquela conduta que menos restringe os demais fins do Estado Democrático de Direito⁶³.

Assim, é uma constante análise de proporcionalidade entre a promoção de determinado fim e a restrição causada a outro por essa mesma conduta que deve pautar a escolha dos comportamentos mais adequados. Esse dever de proporcionalidade no conflito entre princípios, ou seja, entre os estados ideais de coisas previstos no ordenamento jurídico, decorre da positivação do princípio da liberdade, sendo contrário a ela qualquer comportamento que, a pretexto de promover determinado fim, restrinja demasiadamente outro de mesma envergadura constitucional⁶⁴.

No âmbito do direito processual, verifica-se que os princípios, face positivada dos valores decorrentes de uma ordem constitucional, podem e devem ter lugar de destaque na aplicação prática do direito, sobrepondo-se às simples regras infra-constitucionais⁶⁵. Isso acaba por determinar uma alteração na segurança jurídica, passando de um estado estático para um estado dinâmico, como aduz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁶⁶.

Conforme o insigne jurista, “*a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida*

62 ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, p. 52, set. 2008.

63 *Ibid.*, p. 53.

64 *Ibid.*, p. 53.

65 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, ano 102, v. 388, p. 11-28, 2006. p. 18.

66 *Id.* Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Forense*, ano 104, n. 395, p.35-50, 2008. p. 45.

*em caso de necessidade por seu próprio movimento. Não mais se busca o absoluto da segurança jurídica, mas a segurança jurídica afetada de um coeficiente, de uma garantia de realidade. Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime”.*⁶⁷

Dessa forma, o aplicador do direito deve prestar atenção às circunstâncias do caso concreto, visto que, às vezes, a despeito do estrito cumprimento do formalismo estabelecido pelo sistema, o processo pode conduzir a um resultado injusto, situação em que somente se mostrará atendida a segurança jurídica se afastado o entrave ao alcance da justiça do caso concreto.

É nessa perspectiva que devem ser interpretadas e aplicadas todas as normas que compreendem o formalismo processual, considerando que a efetividade que inobserva a segurança acaba por constituir uma efetividade perniciosa, cujo resultado, a pretexto de conceder a tutela jurisdicional de modo célere, em verdade, viola o direito fundamental ao devido processo legal (justo).

Mais do que isso, *“a visão principiológica, ao contrário da puramente estática e garantística, não se limita aos direitos fundamentais expressos e pode elaborar normas a partir de outros direitos fundamentais principiológicos, contidos na Constituição, com vistas à concretização de um processo justo e uma tutela jurisdicional efetiva”.*⁶⁸

6 Modelo probatório de polaridade assimétrica e o conceito de prova no processo contemporâneo

Vale lembrar, como bem colocado na doutrina de Danilo Knijnik⁶⁹, que “só se pode aludir a um modelo demonstrativo ou persuasivo para fins didáticos”, pois “eles não existem em

67 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, ano 102, v. 388, p. 11-28, 2006. p. 18.

68 Id. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 133.

69 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 10.

formas puras”, mas, sim, como “tendências que se pronunciam aqui e ali”.

Indubitável, porém, a existência de dois polos no âmbito do direito probatório, em que há um modelo demonstrativo, no qual a finalidade da prova é “reconstruir o fato no processo, para, depois, separadamente, resolver-se a questão de direito”⁷⁰, e um modelo persuasivo, no qual se busca uma “reconstrução próxima da realidade, valorizando-se o diálogo das partes na formação da questão de fato”⁷¹.

Evidentemente, portanto, o modelo probatório contemporâneo é permeado pelos valores do seu tempo, especialmente pela segurança jurídica, em um estado dinâmico⁷², cujo escopo é permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime, efetivo, eficaz e justo⁷³.

Nesse contexto, o direito probatório também encontra um modelo dinâmico, em que os pólos (persuasivo e demonstrativo) se alternam e se completam⁷⁴. Esse fenômeno de alternância entre o âmbito persuasivo e o demonstrativo da prova é chamado, na doutrina de Danilo Knijnik⁷⁵, de *polaridade assimétrica*.

O modelo demonstrativo de prova, concebido sob uma orientação jurídico-científica de apego a paradigmas de racionalidade⁷⁶, traz consigo um alargamento do campo de indagação para melhor conhecimento dos fatos.

Por sua vez, o modelo argumentativo contribui com “a prudência, a modéstia, a consciência da chance de erro”⁷⁷, tratando a prova como “razão construída de forma conjunta pelos sujeitos

70 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 11.

71 *Ibid.*, p. 12.

72 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Forense*, ano 104, n. 395, p. 35-50, 2008. p. 45.

73 *Id.* O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, ano 102, v. 388, p. 11-28, 2006. p. 19.

74 *Ibid.*, p. 13.

75 KNIJNIK, op. cit., p. 13.

76 REICHEL, Luis Alberto. *A prova no processo civil contemporâneo: o conceito, o objeto, a finalidade e a racionalidade teórica e prática da prova no direito processual civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 95.

77 KNIJNIK, op. cit., p. 15.

do processo em função da necessidade de solução de um problema posto em exame”⁷⁸.

O modelo probatório de polaridade assimétrica e, conseqüentemente, o conceito contemporâneo de prova, é, em síntese, fruto da interpenetração dos princípios e valores do modelo argumentativo com os do demonstrativo, de modo a influenciarem-se um ao outro, permeados pelos valores constitucionais imperantes no direito processual contemporâneo.

Na conceituação dada por Luís Alberto Reichelt, “a prova, no âmbito do direito processual civil contemporâneo, designa-se um argumento dotado de estrutura logicamente ordenada, cujo conteúdo é eticamente influenciado em função dos deveres jurídicos de investigação da verdade e de proteção de direitos fundamentais.”⁷⁹

Seguindo, o precitado autor esclarece que a ideia contemporânea de prova a partir do conceito de argumento evidencia o seu caráter instrumental, cujo emprego envolve uma “complexa teia de direitos, de deveres e de ônus que se entrelaçam na formação do regramento do diálogo travado nos autos”:

“A definição da idéia de prova a partir da noção de argumento, nos termos em que se propõe, torna evidente o caráter instrumental que lhe é inerente. Trata-se de um argumento que veicula o resultado do contraste entre as alegações sobre fatos juridicamente relevantes veiculadas nos autos e aquilo que efetivamente ocorreu, tendo por escopo a construção de um retrato possível da realidade histórica considerada juridicamente relevante para a solução da lide a ser analisada pelo julgador. O emprego desse argumento pelos sujeitos do processo envolve a definição, por parte do ordenamento jurídico, de uma complexa teia de direitos, de deveres e de ônus que se entrelaçam na formação do regramento do diálogo travado nos autos. O debate no qual são inseridos tais argumentos, aqui, é tomado como cami-

78 REICHELT, Luís Alberto. *A prova no processo civil contemporâneo: o conceito, o objeto, a finalidade e a racionalidade teórica e prática da prova no direito processual civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 96.

79 Ibid., p. 124.

nho que leva à resolução do problema proposto ao juiz para enfrentamento.”⁸⁰

Por derradeiro, pode-se dizer, outrossim, que o conceito de prova no processo contemporâneo reflete o conjunto de princípios decorrentes da ordem constitucional vigente, especialmente o princípio da segurança jurídica e o da efetividade, predominando ora os valores do modelo demonstrativo, ora os do modelo argumentativo, consoante a necessidade e adequação de cada instituto⁸¹.

7 Conclusão

Em conclusão, tomando emprestadas as palavras de Alessandro Giuliani, o direito probatório pode ser considerado como um capítulo da história político-constitucional de uma época, refletindo as suas variações nas relações de harmonia e dissonância principalmente nas relações institucionais entre legislador e juiz e entre este e o cidadão⁸².

A concepção clássica de prova predominou durante a ordem isonômica, entre os séculos XII a XV, fundada no caráter seletivo do conhecimento e relativo do fato. Diante da constante presença do problema do erro, da falibilidade humana, nela é limitado o campo de indagação, com a renúncia ao conhecimento do fato na sua totalidade.

O pensamento probatório desse período é o de uma verdade provável, obtida a partir da *ars oponendi et respondendi* (diálogo regrado).

O *ordus iudiciarius* medieval, apontado por Giuliani como um modelo em que predomina a ordem isonômica, representa um fator de equilíbrio no constitucionalismo medieval, visto que o próprio direito probatório, assim como o direito processual

80 REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no processo civil contemporâneo: o conceito, o objeto, a finalidade e a racionalidade teórica e prática da prova no direito processual civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 124.

81 KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 13

82 GIULIANI, Alessandro. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37, p. 522.

como um todo, sofre influência direta dos valores constitucionais predominantes em sua época:

“L’Ordo iudiciarius medioevale – considerato come il modello della procedura razionale nelle decisioni pratiche – rappresenta un fattore di equilibrio nel costituzionalismo medioevale.”⁸³

No caso da ordem isonômica, o que a determina é a sua autonomia frente ao soberano, porquanto os seus princípios não estão submetidos às normas estabelecidas pelo legislador, mas, ao contrário, respeitam tão somente os da retórica e os da ética:

“[...] il primato del’ordo è nella sua extrastatalità, in quanto i suoi principi non dipendono dalla volontà del legislatore, ma dalla retorica e dalla etica⁸⁴.”

Vale ainda ressaltar que o conceito clássico de prova subentende uma filosofia político-constitucional de limitação do poder, vedando qualquer intervenção externa ao processo.

Diante desse contexto, considerada a incapacidade do homem de conhecer a verdade, crença dominante no período em comento, a prova não pode ser mais do que o convencimento acerca de uma verdade provável por meio da argumentação, por meio da persuasão.

A concepção moderna de prova, por sua vez, fruto que é do iluminismo, do racionalismo, busca um alargamento do campo de indagação para melhor conhecimento dos fatos (*total evidence*), procurando conhecer o fato em sua inteireza. Isso porque a determinação dos fatos é entendida como uma operação técnica.

Inspirada e diretamente influenciada pelos princípios das ciências exatas, emergentes e avassaladores em sua época, a prova deixa de ser baseada na argumentação, fundada na retórica, para acompanhar as ideias do momento e adotar um método quase científico de averiguação da verdade. A concepção moderna de prova, portanto, passa a ser demonstrativa, firme na crença de que nenhum conhecimento é ao homem vedado.

83 GIULIANI, Alessandro. Ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano 43, n. 3, p. 598-614, luglio-sett. 1988. p. 613.

84 Ibid., p. 613.

Com base nesses dois diferentes contextos culturais e institucionais, entre os séculos XVII e XVIII, consolidam-se dois sistemas probatórios opostos: a *law of evidence* inglesa, embasada no modelo da ordem isonômica, e a *Beweisrecht* prussiana, fundada na ordem assimétrica⁸⁵.

Todavia, como afirma Michele Taruffo, existem relações entre os modelos de prova e os sistemas processuais. Não são, porém, de simétrica coincidência, mas de complexa e articulada inter-relação.

O conceito de prova no direito processual contemporâneo envolve um entrelaçamento dos valores e características dos modelos clássico (argumentativo) e moderno (demonstrativo), prevalecendo ora um, ora outro, de acordo com as necessidades e institutos, permeados sempre pelos princípios constitucionais vigentes, especialmente por uma perspectiva dinâmica da segurança jurídica e por uma efetividade virtuosa, livre do formalismo excessivo.

8 Referências

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direito subjetivo, pretensão e ação. *Revista de Processo*, v. 12, n. 47, p. 109-123, jul./set. 1987.

AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

85 GIULIANI, Alessandro. *Prova in generale*. A) Filosofia del diritto. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v.37, p. 542.

_____. A polêmica em torno da “ação de direito material”. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, ano 33, n. 163, p. 51-59, set. 2008.

_____. *Teoria dos princípios*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Poder Judiciário e justiça social. *Revista da Ajuris*, v. 23, n. 63, p. 5-16, mar. 1995.

BALTAZAR Jr., José Paulo. Standards probatórios. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Standards probatórios no processo penal. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 56, n. 363, p. 127-144, jan. 2008.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Società editrice del Foro Romano, 1936. 752 p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. *Revista de Direito Processual Civil*, ano 2, v. 4, p. 5-24, jul./dez. 1961.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: _____. *STUDI sul processo civile*. Padova: CEDAM, 1947. v. 5.

CALOGERO, Guido. *La logica del giudice e Il suo controllo in cassazione*. Padova: CEDAM, 1964.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1982.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Prova e participação no processo civil: a dinamização dos ônus probatórios na perspectiva dos direitos fundamentais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.

CARRATA, Antonio. Funzione dimostrativa della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 56, n. 1, p.73-103, genn./mar. 2001.

CINTRA, Antônio C. de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v.1.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideú: B. de F., 2002.

DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 585 p.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.1.

_____. _____. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 2.

_____. _____. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v.3.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

DOMINGO, Rafael. *Textos de derecho romano*. Navarra: Aranzadi, 2002.

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de la prueba judicial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. t. 1.

_____. _____. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni. t. 2.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

FAZZALARI, Elio. Procedimento (teoria generale). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 35.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FURNO, Carlo. *Contributo alla teoria della prova legale*. Padova: CEDAM, 1940.

GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. Ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico). *Rivista di Diritto Processuale*, ano 43, n. 3, p. 598-614, luglio/sett. 1988.

_____. Prova in generale. A) Filosofia del diritto. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1988. v. 37.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 2003. 2 v.

_____. *Princípios gerais do processo civil (teoria geral do processo)*. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

HABSCHEID, Walter J. L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 35 , p. 454-464, 1980.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1982.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Ceticismo fático e fundamentação teórica de um direito probatório. In: _____. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro: Forense, ano 97, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

_____. (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LACERDA, Galeno Vellinho de. *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953.

_____. O Código e o formalismo processual. *Revista da Ajuris*, ano 10, n. 28, p.7-14, jul. 1983.

LA CHINA, Sergio. *L'esibizione delle prove nel processo civile*. Milano: Giuffrè, 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Concepto de la acción civil. *Revista de Estudios Jurídicos y Sociales*, Montevideo, ano 13, n. 70, p. 218-242, 1940.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In DIDIER Jr., Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Org.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. Salvador: JusPodivm. 2007.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MELENDO, Santiago Sentis. La prueba es libertad. *Revista dos Tribunais*, ano 63, n. 462, p. 11-22, abr. 1974.

MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. 591 p.

_____. Teoria geral da prova. *Revista de Processo*, v. 1, n. 3, p. 161-168, jul./set. 1976.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Boockseller, 1998. t.1.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A lógica da prova no *ordo judicarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. 2.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MOREIRA, J. C. Barbosa. Julgamento e ônus da prova. In: _____. *Temas de direito processual, 2ª série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY Jr., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOBILI, Massimo. *Il principio del libero convincimento del giudice*. Milano, Giuffrè, 1974.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Efetividade e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. (Org.) *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Notas sobre o conceito e a função normativa da nulidade. In: _____. (Org.). *Saneamento do processo: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

_____. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Forense*, ano 104, n. 395, p. 35-50, 2008.

_____. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, v. 338, p. 11-28, 2007.

_____. O problema da eficácia da sentença. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 22, p. 31-42, set. 2003.

_____. Problemas atuais da livre apreciação da prova. In: _____. (Org.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 51-63.

_____. (Org.). *Prova cível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Título executivo. In: _____. *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ORESTANO, Riccardo. Azione in generale. In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Varese: A. Giuffrè, 1958. v. 4, p. 785-829.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. *Historia del pensamiento jurídico*. 8. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1996.

PATTI, Salvatore. Libero convincimento e valutazione delle prove. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, v.40, p.481-519, 1985.

PICARDI, Nicola. Processo civile (direito moderno). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 36.

_____. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINTAÚDE, Gabriel. Controle e verificação do juízo de fato no julgamento singular, no apelarional e no revisonal/cassacional. In: KNIJNIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

POZZA, Pedro Luiz. Sistemas de apreciação da prova. In: KNIJ-NIK, Danilo (Org.). *Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milano: Giuffré, 1939.

_____. Giudicato civile (storia). In: *ENCICLOPEDIA del diritto*. Varese: A. Giuffre, 1958. v. 18, p. 727-784.

_____. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1991.

REICHEL, Luís Alberto. A prova no processo civil contemporâneo: o conceito, o objeto, a finalidade e a racionalidade teórica e prática da prova no direito processual civil. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007.

ROSENBERG, Leo. *De la carga de la prueba*. Buenos Aires: EJEA, 1956.

_____. *Tratado de derecho procesal civil*. Buenos Aires: EJEA.

ROSITO, Francisco. *Direito probatório: as máximas da experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. 3 v.

SAVIGNY, F. C. de. *Traité de droit romain*. Paris: Firmin Didot Freres, 1856.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v.10, n. 29, p. 99 - 126, nov.1983.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____, GOMES, Fábio. *Teoria geral do processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA Jr., Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: Do Autor, 2002.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madri: Ramon Areces, 1990.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Modelli di prova e di procedimento probatorio. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 45, n.2, p.420-48, apr./giugno 1990.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma teoria geral do processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo: indagini di teoria generale del diritto*. 2. ed. Padova: Cedam, 1951.

TUCCI, José Rogério Cruz e. A denominada 'situação substancial' como objeto do processo na obra de Fazzalari. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 21, n. 60, p. 62 -77, mar. 1994.

VERDE, Giovanni. La prova nel processo civile: profili di teoria generale. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 53, n.1, p. 2 – 25, genn./mar.1998.

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VON BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Tradução e notas Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

WACH, Adolf. *La pretension de declaracion: un aporte a la teoria de la pretension de proteccion del derecho*. Buenos Aires, EJEA.

WALTER, Gerhard. *Libre apreciacion de la prueba*. Bogotá: Themis, 1985.

WINDSCHEID, Bernhard; MÜLLER, Theodor. *Polemica sobre la "actio"*. Buenos Aires: EJEA, 1974.

WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1926.

VECCHIO, Giorgio del. *Lições de filosofia do direito*. 5. ed. Tradução António José Brandão. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madri: Taurus, 1986.



2

PARECERES

2.1

ALTERAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO: QUESTÕES SOBRE SEU LIMITE LEGAL

PERICLES FERREIRA DE ALMEIDA

PROCESSO: 57798400. Parecer: PGE/PCA nº 1147/2012. Origem: PGE.NET Nº 2012.02.001341. Interessado: Secretaria de Estado de Controle e Transparência - SECONT.

SUMÁRIO: 1 Consulta. 2 Posição do tema: o *ius variandi* e seus limites legais. 3 Compensação de supressões e acréscimos. 4 Redução, por supressão, da base de cálculo para futuras alterações. 5 Precedentes desta Procuradoria. 6 Conclusão.

EMENTA: Contrato. Aditivo. Modificação. *Ius variandi*. Supressão e acréscimo. Base de cálculo e limites. Art. 65, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93.

- Nas alterações do contrato administrativo, os limites legais de modificação devem ser verificados separadamente, tanto nos acréscimos quanto nas supressões, tomando-se por base o valor inicial atualizado do contrato, sendo vedado qualquer expediente de compensação entre acréscimos e supressões, seja por termo aditivo misto seja por aditivos apartados e em sequência.
- Nas alterações do contrato administrativo, seu valor inicial atualizado é a base de cálculo para os limites legais de modificação, de sorte que alterações contratuais supressivas não formam uma nova base de cálculo para as futuras alterações de acréscimo.

Ilustre Procurador Chefe da PCA,

1 Consulta

Consulta a Secretaria de Estado de Controle e Transparência – SECONT sobre a metodologia de cálculo do limite legal das alterações do contrato administrativo (art. 65, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), objetivando uniformizar o entendimento do tema no âmbito do Estado do Espírito Santo, o qual desperta atenção

notadamente em virtude do tratamento que tem recebido na jurisprudência do egrégio Tribunal de Contas da União, bem assim de sua importância prática.

Assim, primeiramente, pretende-se com breves palavras colocar a questão da alteração do contrato administrativo e seus limites legais. A seguir, cuidar-se-á da procedência ou não da tese da vedação de compensação entre o total das supressões e dos acréscimos para fins de obediência aos limites legais de alteração contratual, assim como da tese de que alterações contratuais supressivas formam uma nova base de cálculo para fins de incidência dos limites legais para as posteriores alterações de acréscimo. Em seguida, serão lembrados alguns precedentes desta Procuradoria. Por fim, e em conclusão, serão arroladas as principais ideias defendidas neste parecer.

É o relatório.

2 Posição do tema: o *ius variandi* e seus limites legais

O tradicional princípio *pacta sunt servanda*, que orienta as partes contraentes à execução do negócio jurídico na exata forma como entabulado, sofre atenuação no âmbito do Direito Administrativo, notadamente em razão do denominado *ius variandi* ou poder de modificação unilateral dos contratos administrativos, aceito pacificamente pelo menos desde a conhecida decisão do Conselho de Estado francês no caso da *Compagnie Générale Française de Tramways* (de 1910)¹.

Compartilhando a mesma ordem de ideias, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández observam que “el llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del

1 Cf., a propósito, o nosso Restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, *Fórum de Contratação e Gestão Pública* – FCGP, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 118, p. 54-55, do qual se extrai: “Em que pese a notícia dada por José Renato Gaziero Cella sobre as decisões do Conselho de Estado francês nos casos da *Commune de Marome* (de 1900) e *Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen* (de 1902), nas quais se reconheceu o poder-dever da Administração de alterar unilateralmente os contratos para por fim aos privilégios de exclusividade das concessionárias de iluminação pública a gás, tendo em vista o novo sistema de iluminação elétrica, o fato é que a doutrina do *ius variandi* foi melhor desenvolvida na mais conhecida contribuição do Conselho de Estado dada no julgado da *Compagnie Générale Française de Tramways* (de 1910). Nesse último aresto, o Conselho reconsiderou posição anterior, passando a admitir a alteração unilateral do contrato no que atina ao aumento do número de trens e outros encargos do concessionário, estabelecendo classificação das normas do contrato de concessão, apartando as de natureza regulamentar, que poderiam ser modificadas para atender da melhor forma o interesse público e, em contrapartida, as imodificáveis normas acerca do aspecto econômico-financeiro do contrato”.

contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual – *pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*”.²

O poder de modificação do contrato, em nosso direito – no entanto, ao contrário do direito espanhol³ –, sofre limitação material atinente à dimensão da alteração, no afã de que seja resguardado o objeto do contrato e, assim, preservada a regra da licitação. Para melhor compreensão, deve-se transcrever não só os preceitos que cuidam do limite legal de alteração do contrato, mas também o *caput* e inciso I do art. 65.

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

§1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

2 ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Civitas, 2011. p. 768-769. v. 1.

3 Na Espanha, como ensinam Enterría e Fernández, a alusão aos limites materiais do *ius variandi* é em parte equívoca, pois não existem, nem podem existir, barreiras ou obstáculos a que seja alterado o projeto para correção de erro inicial ou por modificação das circunstâncias originalmente tomadas em conta; o que lá se entende por limites materiais toca a ‘los límites dentro de los cuales las modificaciones impuestas por la Administración son obligatorias para el contratista’, sendo certo que a “Ley de Contratos del Sector Público” estabelece como causa de resolução (facultativa) do contrato administrativo as modificações que signifiquem alteração do preço em quantia superior a 20% do valor primitivo, as quais então não é o particular obrigado a aceitar, podendo optar pela extinção do vínculo (ENTERRÍA, op. cit., p. 769-770).

I – (vetado)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.”

Destarte, ao lado do poder-dever de modificação unilateral do contrato, impõe-se o respeito ao princípio da inalterabilidade do objeto contratual, aferido pelo respeito aos limites legais: não se pode, sob o rótulo da modificação, em verdade, substituir um contrato por outro. Fernando Vernalha Guimarães demonstra que se trata de entendimento doutrinário praticamente unânime, com a finalidade não só de proteger o particular, mas também a regra da licitação:

“Tal princípio [da inalterabilidade do objeto contratual] não se erigiu tão-somente a resguardar um direito subjetivo do co-contratante, que – desvirtuada a essência do objeto do contrato em razão do exercício do *ius variandi* – teria que arcar com a execução de novo objeto contratual (mesmo que assegurada a recomposição da equação econômica-financeira contratual), mas se impôs visando a preservar a isonomia inerente ao procedimento licitatório.

Sem dúvida que o postulado gera um *direito subjetivo* ao co-contratante, que não se poderá ver obrigado à continuidade do vínculo desde que desnaturado o objeto do contrato; isso porque se presume que inúmeras condições atinentes à sua capacitação técnica e financeira estarão degradadas pela modificação radical do objeto do contrato. Mas a *ratio* da norma assenta-se em plano mais elevado. Em verdade, o que se verifica é que a alteração unilateral que implicar a desnaturação do objeto do contrato está a ofender o princípio da licitação pública, donde o ‘novo objeto’ resultante estaria sendo contratado sem submeter-se ao procedimento de licitação. Bem por isso, esta norma alcança qualquer modificação contratual, seja unilateralmente imposta pela Administração, seja aquela acordada pelos contratantes”.⁴

4 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 252-253.

Mas a técnica empregada pelo nosso legislador para assegurar a integridade do objeto contratual, qual seja a fixação de limites de alteração medidos pela variação econômica do que originalmente pactuado, faz nascer questões que a orbitam, as quais – uma vez concluída esta breve digressão – serão tratadas nos tópicos seguintes.

Mas antes, é necessário dizer algo, ainda que de forma superficial, acerca de um controvertido tema atinente ao art. 65 da Lei de Licitações, cuja conclusão a propósito impõe-se como precedente teórico (e lógico) ao desenvolvimento do presente texto⁵. Discute-se na doutrina se os limites legais aplicam-se apenas às alterações quantitativas (da alínea “b”) ou se igualmente balizam as alterações qualitativas (da alínea “a”).

Alguns autores defendem que o emprego das expressões “acrécimo” ou “supressão” pelo § 2º e de forma semelhante “acrécimo” e “diminuição” pela alínea “b” do inciso I, bem assim a presença da cláusula “nos limites permitidos por esta Lei” apenas na alínea “b”, obrigam interpretação no sentido de que os limites legais são impostos apenas às alterações quantitativas, não existindo, por isso mesmo, limites para as alterações qualitativas (modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos)⁶.

Em sentido contrário, a posição que prevaleceu no egrégio Tribunal de Contas da União⁷ entende que fere o Direito a possibilidade de alterações contratuais ilimitadas, tal como que não pode ser o contratado compelido além de certo tanto a realizar mais ou menos do que foi ajustado, até mesmo em respeito à segurança da capacidade operacional e econômica do cocontra-

5 Os limites deste trabalho inviabilizam um estudo pormenorizado do tema, que, de resto, seria pouco útil se considerados os excelentes trabalhos já produzidos sobre a matéria. Por todos, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*: interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 275-280.

6 Nesse sentido, MELLO, op. cit., 2001, e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 611-612, GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 15 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 821 e GUIMARÃES, op. cit., p. 275-280.

7 Decisão 215/1999 – Plenário, Rel. Min. José Antônio de Macedo.

tante.⁸ Essa segunda corrente, adotada neste trabalho, afigura-se melhor, sendo certo que neste caso a exegese literal não satisfaz.

3 Compensação de supressões e acréscimos

Primeiro tema concerne à *tese da vedação de compensação entre o total das supressões e dos acréscimos para fins de obediência aos limites legais de alteração contratual*. Repisando, a tese defende que deve ser afastado o procedimento de balanceamento, de liquidação, de amortização entre o total de supressões e de acréscimos, promovido por termos aditivos mistos ou de redução e aumento em sequência, para fim de respeito ao limite de 25% (ou 50%, no caso de reformas).

Essa orientação vem se solidificando na jurisprudência do Tribunal de Contas da União,⁹ mas não sem resistência de alguns setores da Administração Pública, talvez fruto da escassa doutrina sobre o tema¹⁰.

Conquanto se possa asseverar que (claramente) a Decisão 1575/2002 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, verdadeiro *leading case* da matéria, serviu de pilar a linha de ideias ora exposta, é certo que apenas em julgados mais recentes o pen-

8 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2002. p. 229, FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 391-392 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 19. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 178. Esse último autor aduz que o § 1º do art. 65 “não faz qualquer distinção entre os tipos de alteração contratual e alude a obras, serviços e compras em geral. Se o legislador pretendesse discriminar as espécies de modificação, deveria tê-lo feito expressamente, o que não ocorreu” (CARVALHO FILHO, op. cit., p. 178).

9 Nesse sentido, TCU, Decisão 1575/2002 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, Acórdão 1031/2005 – Plenário, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, Acórdão 2206/2006 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão 872/2008 – Plenário, Rel. Min. Guilherme Palmeira, Acórdão 1733/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão 1981/2009 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Acórdão 2738/2010 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Acórdão 510/2012 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro e Acórdão 749/2010 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes. Sobre esse último julgado é interessante anotar que restou mantido no julgamento de embargos de declaração, pelo Acórdão 591/2011 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes e, posteriormente, novamente mantido no julgamento de pedido de reconsideração, pelo Acórdão 2819/2011 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, com provimento parcial apenas para, em respeito ao princípio da segurança jurídica, atribuir-se modulação temporal aos efeitos do Acórdão 749/2010, evitando a rescisão de aproximadamente cem contratos nos quais foi adotado o procedimento coibido pela Corte de Contas.

10 Não encontramos, infelizmente, estudos dedicados ao tema, ressalva que se faz à tese de Gianmarco Loures Ferreira (Percentuais limites para alterações dos contratos administrativos e a nova metodologia de cálculo na jurisprudência do TCU, Tese apresentada no XXXVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado - Maceió 2010) que, contudo, apresenta crítica à jurisprudência do TCU (em verdade, centrando sua argumentação apenas no Acórdão 749/2010 - Plenário), caminhando então por sentido diametralmente oposto ao de nosso texto.

samento da Corte de Contas da União foi delineado de forma mais didática, tornando inequívoco o conteúdo de suas determinações.

Dentre esses mais recentes (e esclarecedores) julgados, pode-se destacar o Acórdão 1981/2009 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo e o Acórdão 749/2010 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, os quais têm adiante transcritas algumas de suas passagens onde a tese é iluminada, cujo texto é importante ter desde já em mente.

“19 Ocorrência 06: Modificações (acréscimos/supressões) acima do limite dos 25%, previstos no art. 65, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, para as alterações no Contrato..., em conformidade com entendimento exarado em jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos nºs 1080/2008-TCU-Plenário, 2.206/2006-TCU-Plenário, 3.348/2007-TCU-1ª Câmara e 872/2008-TCU-Plenário), onde se aplica, sobre o valor inicial do contrato, os acréscimos e supressões de serviços efetuados, separadamente...

A lei de licitações n. 8.666/93, em seu art. 65, § 1º, disciplina a matéria, ‘in verbis’:

§ 1o O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

19.2.2 *O fato é que inúmeros órgãos/entidades da administração têm utilizado o expediente de alterar as contratações via termos aditivos mistos, compostos de acréscimos e supressões em instrumento único, abrindo caminho para alterações substanciais na concepção inicial do projeto licitado, desde que as variações em termos globais (líquido entre acréscimos e supressões) estejam dentro da margem prevista na legislação.*

19.2.3 Entendo que a tese por trás desse procedimento, a do limite de 25% previsto no art. 65, § 1º, da Lei n. 8.666/1993, para as alterações contratuais, *aplica-se sobre o valor inicial*

atualizado do contrato, considerando os acréscimos e supressões em separado.

19.2.4 Sendo assim, deve ser aplicado o limite individual de 25% tanto para acréscimos quanto para supressões, de forma global em relação ao inicialmente contratado atualizado.

19.2.5 *Bem como não deve prosperar o entendimento que a alteração contratual, mesmo que em único termo aditivo, represente apenas a parcela líquida entre acréscimos e supressões.*

19.2.6 Pois, não raro, as alterações contratuais (supressões e acréscimos em único termo aditivo) têm sido *processadas com o visível intuito de abrir espaço para alterações substanciais na concepção inicialmente contratada e inclusão de outros serviços, que desvirtua o objeto inicialmente licitado e não deixa de ser uma forma de burlar a legislação*.¹¹

“36 A Lei de licitações estabeleceu esse marco de 25% sobre o valor inicial atualizado, supondo, implicitamente, que o objeto da licitação permaneceu inalterado. Se ela o fizesse, também, em relação a situações na qual o mesmo fosse mudado, seria muito fácil burlar os princípios que regem os certames licitatórios. Imagine-se que a Administração abrisse concorrência tendo como objeto a prestação dos serviços A e B, custando X reais cada. Assinado o contrato com a empresa vencedora, assina-se um termo aditivo, suprimindo totalmente a prestação de A e adicionando um serviço C, que também custa X reais. O valor global da obra nem teria sido alterado, ou seja, estar-se-ia dentro do limite dado art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/1993. Entretanto, o objeto da licitação teria sido drasticamente alterado. Ou seja, se supusermos que o limite de 25% sobre o valor inicial atualizado do contrato vale para todas as situações, muito fácil seria burlar a própria Lei de Licitações.

37 Assim, acreditamos que para nos mantermos no espírito da Lei, o cômputo de tal limite quando há descaracterização do objeto deveria ser feito em função do valor dos quantitativos e dos serviços remanescentes que foram originalmente

11 Acórdão 1981/2009 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

previstos. No exemplo anterior, o aumento do contrato teria excedido os 25%, passando a 100%...

9.2 *determinar* ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes que, em futuras contratações, *para efeito de observância dos limites de alterações contratuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/1993, passe a considerar as reduções ou supressões de quantitativos de forma isolada, ou seja, o conjunto de reduções e o conjunto de acréscimos devem ser sempre calculados sobre o valor original do contrato, aplicando-se a cada um desses conjuntos, individualmente e sem nenhum tipo de compensação entre eles, os limites de alteração estabelecidos no dispositivo legal*.¹²

Pois bem, afigura-se-nos correta a orientação da Corte de Contas da União, pelos seguintes argumentos.

Os elementos literal e sistemático recomendam interpretação nesse sentido, sendo indiscutível que a tese da vedação de compensação entre supressões e acréscimos é a mais simples inteligência do problema que se pode extrair do texto legal, inequívoco no sentido de que “nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites” (art. 65, § 2º) de “até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos” (art. 65, § 1º).

De fato, se não se considerasse como ações distintas as supressões e acréscimos, ter-se-ia a promoção de verdadeira “conta corrente”, é dizer, apuração apenas do líquido entre aumento e redução para cotejo com o limite legal de alterações, o que poderia redundar em um projeto inicial flagrantemente desfigurado, por alterações superiores ao limite legal. Em última análise, o limite legal deixaria de existir, eis que possível seria alteração correspondente a efeito econômico superior ao valor de 25% do contrato.

12 Acórdão 749/2010 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes. Já foi dito, mas convém repetir, a decisão foi mantida pelos Acórdãos 591/2011 – Plenário e 2819/2011 – Plenário (Cf. nota de rodapé nº 9). Nota-se, ademais, que a argumentação desenvolvida no corpo da decisão não guarda uma precisa correlação com o seu dispositivo (item 9.2), o que será melhor compreendido adiante.

Interpretação teleológica, que como diz Carlos Maximiliano, pretende que “o espírito da norma deve ser entendido de modo que o preceito atinja completamente o objetivo para o qual a mesma foi feita”¹³, ademais, não admitiria a compensação entre acréscimos e supressões como expediente para obediência ao limite legal de alteração do contrato, pois, do contrário, a regra legal não cumpriria com seu fim primordial, o de impedir a contratação de certo objeto sem licitação.

Note-se que o escopo do limite legal, baseado no valor contratual, não é manter os custos da Administração em específico patamar, mas sim resguardar o projeto de alterações tão significativas que o transformariam em algo diverso do que foi licitado, de sorte que mensurar as alterações pelo seu valor não passa de uma técnica empregada pelo legislador para preservar o objeto do contrato.

E ver-se-ia verdadeira desvirtuação do objeto via inclusão e exclusão de itens no pacto original se adotada solução diversa da ora defendida, e isso inexoravelmente representaria ofensa à regra da obrigatoriedade de licitação (art. 37, XXI, da CF) e aos princípios que orbitam o certame, notadamente da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

A não razoabilidade do expediente resulta mais clara na hipótese de exageradas supressões do objeto por acordo celebrado entre os contratantes, na qual, não se olvide, não se aplica o limite de 25%, por força do que dispõe o art. 65, § 2º, II. Um exemplo, mencionado em decisão do Tribunal de Contas da União, ilustra esse pensamento: tomada por válida a “conta corrente”, seria admissível em um primeiro momento suprimir 90% dos serviços e, depois, crescer 115%, obtendo-se um saldo de acréscimo de 25%, caso em que, apesar de preservado o limite legal, o objeto teria sofrido verdadeira mutação¹⁴.

Isso, indiscutivelmente, consubstanciaria burla ao limite legal, além de sério risco de que supressões sejam promovidas

13 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 125.

14 Acórdão 510/2012 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro.

em desconsideração do interesse público (em itens realmente úteis) com o único propósito de abrir caminho para substanciais alterações na concepção inicial do projeto contratado, tudo em desprestígio do princípio da moralidade.

Nessa ordem de raciocínio, correta é a tese da impossibilidade de compensação entre supressões e acréscimos, para fins de obediência aos limites legais de alteração contratual.

4 Redução, por supressão, da base de cálculo para futuras alterações

Segundo tema é atinente à *tese de que alterações contratuais supressivas formam uma nova base de cálculo para fins de incidência dos limites legais para as posteriores alterações de acréscimo*. Em outras palavras, pretende-se que as supressões contratuais componham a base de cálculo, reduzindo-a, de modo que o limite legal das posteriores alterações de acréscimo passe a ser medido sobre o novo valor do contrato (valor inicial do contrato subtraído o valor das supressões).

Destarte, discute-se se, nos casos de anterior ou concomitante supressão contratual, a expressão legal “valor inicial do contrato” (art. 65, § 1º) deve ser compreendida em seu sentido literal ou se as alterações contratuais supressivas reduzem a base de cálculo na qual incide o limite de 25% (ou 50%, no caso de reformas) para as posteriores alterações de acréscimo.

Essa tese (da redução da base de cálculo) foi defendida pelo Tribunal de Contas da União, em precedente que se transcreve para melhor compreensão:

“18 [...] restando demonstrado que as alterações do contrato mediante a modificação da concepção inicial do sistema de Ponte-Canal para Sifão-Invertido desnaturou completamente a avença original e, em razão dessa alteração, incluída pelo 2º Termo Aditivo, *introduziu novos serviços que redundaram no aumento percentual de 211,86% do valor de base*, conforme análise adiante reproduzida, com a qual me alinho:

“186 Por outro lado, o posicionamento desta Corte de Contas, delineado pelo insigne Voto do Exmo. Sr. Ministro-Relator

Ubiratan Aguiar, no Processo nº 013.971/2001-7, de forma a encaminhar a *Decisão nº 1.575/2002-Plenário*, mencionado pela Equipe da SECEX/AL, firmou o entendimento de que as *alterações contratuais supressivas, acordadas entre as partes, têm o condão de gerar um nova base de cálculo para fins de incidência do percentual máximo de 25%*, pois se estaria infringindo o art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, combinado com o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e o art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal.

187 Por este (*sic*) *Decisão*, salvo melhor juízo, com as alterações supressivas promovidas pelo “Novo Projeto Básico”, com a retirada da Ponte-Canal, em comum acordo entre as partes, por meio do 2º Termo Aditivo, *gerou-se uma nova base de cálculo para a incidência do percentual máximo aplicável*. Em tese, não há limites para a redução contratual consensual, mas, a partir do momento da redução da avença, por força de *supressões de serviços licitados e contratados, ascendeu ao mundo jurídico um novo contrato (aditivado por supressão), que será a nova base para fins de incidência do percentual máximo de 25%*. Por esta metodologia, *introduzida pela Decisão nº 1.575/2002-Plenário*, com a retirada do item de orçamento “Ponte-Canal” do orçamento licitado e contratado, no valor de R\$ 25.690.573,68 a preços de agosto/2002, por meio do 2º Termo Aditivo (fls. 17 do Anexo 06), o valor total do contrato passou de R\$ 41.778.628,39 a preços de agosto/2002 (fls. 17 do Anexo 06) para R\$ 16.088.054,71 na mesma data de referência (diferença entre o total do contrato e o que foi suprimido). *Portanto, esta seria a nova base de incidência (R\$ 16.088.054,71) do limite legal máximo de 25%*.

188 Diante disso, *só poderia ser acrescido, em termos de serviços, o valor de R\$ 4.022.013,68 (25% de R\$ 16.088.054,71)*, os quais, acrescidos ao valor do contrato com a supressão (R\$ 16.088.054,71), chegaríamos ao montante de R\$ 20.110.068,39. Passando este a ser o valor máximo permitido pela Lei nº 8.666/93”.¹⁵

15 Acórdão 2331/2011 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, mantido no julgamento de embargos de declaração, pelo Acórdão 407/2012 – Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo.

Como se vê, a Decisão 1575/2002 – Plenário é citada como precedente e fundamento de maior relevo. Mas, em verdade, esse julgado (Decisão 1575/2002) cuidou da tese da vedação de compensação entre supressões e acréscimos; e o que nele constou sobre a supressão gerar nova base de cálculo para o limite legal de futuros aditivos – se é que se pode entender que constou – foi dito de passagem e sem a análise de uma hipótese concreta que o demandasse.

Esse ponto impõe uma breve digressão, para que seja desmistificado o caráter de iteratividade da orientação defendida no Acórdão 2331/2011 – Plenário. Para isso, deve-se ler a seguinte passagem da Decisão 1575/2002 – Plenário:

“12 De acordo com os autos, o objeto inicial foi adjudicado pelo valor total de R\$ 40.468.707,60. Desse total, foi excluída a importância de R\$ 25.298.307,82 e incluídos R\$ 35.361.836,36. Com a assinatura do termo aditivo o contrato passou, portanto, para R\$ 50.532.236,55, sendo que desse valor apenas R\$ 15.170.399,78 correspondem a valores do contrato original. Portanto, o objeto inicialmente licitado foi completamente desfigurado com acréscimos e exclusões extremamente elevadas e, ao contrário do que se afirma nos autos, muito acima dos 25% autorizados pelo art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Na verdade, houve uma redução do valor inicial pactuado, da ordem de 62%, e um acréscimo, do que restou do contrato original, da ordem de 133% (sic).

13 Diante do exposto, peço vênias por discordar da Unidade Técnica, mas, na minha compreensão, o objeto da licitação foi excessivamente desvirtuado com as alterações feitas no projeto inicial, mediante a inclusão e a exclusão de itens, bem como com o aumento significativo dos quantitativos de outros, por simples proposta da empresa vencedora do certame.

14 Alterações dessa magnitude violam o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e o art. 37, caput e inciso XXI, da Constituição Federal, visto que não foram observados princípios da vinculação ao instrumento convocatório, já que o objeto a ser executado é totalmente diferente daquele inicialmente licitado; e da isonomia, tendo em vista que foi dado o direito à vencedora da licitação de apresentar um novo projeto completamente

distinto do licitado, oportunidade essa que não foi oferecida aos demais licitantes; nem foi assegurada a obtenção de proposta mais vantajosa para a administração pública, visto que os quantitativos foram excessivamente alterados e foi incluído um grande número de itens novos não licitados com indícios de sobrepreço¹⁶.”

Assim, o valor do contrato era R\$ 40.468.707,60, tendo sido celebrado aditivo no qual constava acréscimo de R\$ 35.361.836,36 (ou seja, 87,38%) e supressão de R\$ 25.298.307,83 (ou seja, 62,51%), o que permitiria um líquido de acréscimo de R\$ 10.063.528,95 (logo, 24,87%).

O Tribunal entendeu ilícito esse procedimento, e isso indiscutivelmente é sinal de acolhimento da tese da impossibilidade de compensação entre supressões e acréscimos (e nada mais do que isso). Com efeito, o que a decisão reputou ilícito foi o acréscimo de 87,38%, que só poderia ser considerado viável se adotada a compensação com a redução na ordem de 62,51%.

Mas ao mesmo tempo deixou consignado que o contrato foi desfigurado por acréscimo de 233%¹⁷ do que dele restou, dando a entender (em raciocínio pouco claro, diga-se de passagem) que a supressão teria gerado nova base de cálculo. Trata-se, contudo, de *obiter dictum* que não integra o dispositivo da decisão, retórica sem efeito de determinação ou recomendação do Tribunal.

Em assim sendo, pode-se supor que o Acórdão 2331/2011 – Plenário inaugurou na jurisprudência do TCU a tese de que alterações contratuais supressivas formam uma nova base de cálculo para o limite legal de alteração do contrato, isso via importação equivocada do raciocínio desenvolvido na decisão que é nele expressamente invocada como precedente¹⁸.

16 Decisão 1575/2002 – Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar.

17 É bom esclarecer que verifica-se erro material na decisão: o acréscimo de R\$ 35.361.836,36 corresponde a 233% do que restou do contrato original (R\$ 15.170.399,78) e não a 133% como consta no corpo do Voto.

18 A tese de que alterações contratuais supressivas formam uma nova base de cálculo parece ter sido ventilada também no Acórdão 2206/2006 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, mas igualmente não foi esse o caso, como se percebe em análise mais aprofundada do acórdão. Em apertado resumo, a decisão defende a tese de que não pode haver compensação entre supressão (de item em duplicidade) e acréscimo, então não considerou o primeiro aditivo como “sem reflexo financeiro”, mas sim como acréscimo de 4%, daí o relator falar que as futuras alterações estarão limitadas a 21% do valor original do contrato. Cf., aparentemente sugerindo uma interpretação equivocada dessa decisão, TCU, Acórdão 3003/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

De resto, a linha de ideias defendida no Acórdão 2331/2011 – Plenário não resiste a considerações mais profundas.

Se admitido que alterações contratuais supressivas geram uma nova base de cálculo para fins de incidência do limite legal, ver-se-ia uma base de cálculo (e, logo, o limite legal de alteração) variável conforme o momento de celebração do aditivo de supressão, o que seria absurdo.

Assim seria possível logo após a celebração do contrato uma alteração qualitativa com efeito econômico equivalente a acréscimo de 25% e, em seguida, uma redução equivalente a 15%, atingindo o valor final do contrato 110% do contrato original (permita-se, conquanto óbvio, seja ilustrado com o seguinte exemplo: $R\$ 100,00 + 25,00 = R\$ 125,00 - R\$ 15,00 = R\$ 110,00$).

Entretanto (e curiosamente), não seria lícita uma alteração qualitativa que consubstanciasse redução de 15%, gerando nova base de cálculo, e posteriormente, outra, de acréscimo de 25% (novamente, ainda que óbvio, impõe-se explicitar, não seria admitido o seguinte: $R\$ 100,00 - R\$ 15,00 = R\$ 85,00 + R\$ 25,00 = R\$ 110,00$). E assim não poderia ser porquanto, segundo a tese da nova base de cálculo, só seria admissível alteração de 25% sobre o valor do contrato descontado a supressão, é dizer, o novo valor do contrato ($R\$ 85,00$), o que corresponderia (no nosso exemplo) a $R\$ 21,25$ (ou seja, 25% de $R\$ 85,00$).

Verifica-se, com a aceitação da tese, verdadeira dificuldade de ordem lógica, agravada ainda pela atribuição de discricionariedade ao gestor para decidir entre formar (agora) uma nova base de cálculo mais reduzida para as futuras alterações do contrato ou, paradoxalmente, manter a base de cálculo no seu valor inicial, apenas suprimindo o desnecessário do contrato quando iminente o termo final de vigência. Esse argumento de ordem prática mostra-se pertinente: os gestores ver-se-iam tentados a não reduzir o contrato a sua real dimensão, pois posteriormente não o poderiam crescer considerando a mais ampla base de cálculo (valor inicial do contrato), o que redundaria em muitos casos na manutenção do contrato com itens desnecessários, em possível prejuízo a economicidade da contratação.

A tese, ademais, apresenta uma falha grave: não toca aos casos de iterativos e subsequentes aditivos de acréscimo, no qual indubitavelmente tem-se como base de cálculo do limite de aumento o valor inicial do contrato, desconsiderando-se, portanto, o novo valor obtido com os anteriores acréscimos. É dizer, aditivo de acréscimo não amplia a base de cálculo para novos acréscimos, por imperativo lógico, e isso nem mesmo a tese da modificação da base de cálculo defende.

A lógica da tese mostra-se viciada. Mas não é só isso.

O pensamento do Acórdão 2331/2011 atribui interpretação à expressão “valor inicial atualizado do contrato” que contraria não só a letra, mas também o espírito da regra dos §§ 1º e 2º do art. 65, na medida em que o limite legal deixaria de incidir sobre o valor inicial (frise-se: inicial) do contrato para passar a contar sobre o valor do contrato depois de alterações.

Por certo ângulo, não se pode perder de perspectiva a incompatibilidade da tese da nova base de cálculo com a tese da vedação de compensação entre o total das supressões e dos acréscimos, pois esta tem esteio no raciocínio de que a base de cálculo da alteração é o valor inicial do contrato, livre de supressões e acréscimos, compondo seu ponto central a ideia de que o limite de alterações deve ser calculado em separado, enquanto aquela quer que a base de cálculo (valor inicial do contrato) seja afetada pelas supervenientes modificações de supressão. Daí que o resultado colhido por uma tese é contrário ao da outra.

Por fim, deve-se dizer que a própria Corte de Contas da União, embora em decisão anterior ao Acórdão 2331/2011 – Plenário, afastou a tese da redução da base de cálculo, o que constou do Acórdão 3003/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, senão vejamos:

“7 Acusou a unidade técnica, no relatório de auditoria, que o limite de 25%, definido no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, estava na iminência de ser violado, *em razão de não ter sido considerado, como base de cálculo para a aplicação desse limite, o valor do contrato após a supressão do item relativo ao fornecimento dos materiais betuminosos* (alínea “a.4” do item 3)...

68 Data venia, entendo que, no presente caso, não se aplica o entendimento perfilhado no Acórdão nº 2.206/2006-Plenário, cuja situação fática difere da evidenciada nestes autos. Naquela ocasião, devido a erro na formulação da planilha orçamentária, que gerou a inclusão de item em duplicidade, era impróprio ele que fosse considerado no valor do contrato para todos os efeitos, inclusive para o de servir de base de cálculo para o limite de acréscimos e/ou supressões nas obras/serviços, nos termos da lei.

69 A exclusão dos itens relativos ao fornecimento de materiais betuminosos, diferentemente da situação relatada naquele decisum, ocorreu no decorrer do contrato, mediante acordo entre as partes, e foi motivada pela adesão da contratada ao programa do Dnit de aquisição direta dos insumos junto à Petrobras. Logo, não se pode dizer que os itens originalmente previstos na avença eram desnecessários. Ao contrário, mostraram-se imprescindíveis à execução do objeto, acaso as partes não deliberassem no sentido de suprimi-los da planilha.

70 Como o § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que os acréscimos ou supressões limitar-se-ão a 25% do valor inicial atualizado do contrato, o montante máximo que o contrato poderia atingir era de R\$ 134.670.941,00. Portanto, mostra-se adequada a informação contida no parecer do Dnit, segundo a qual a 3ª revisão de projeto representaria 5,74% do valor inicial do contrato.

71 Isso não autoriza a Administração proceder a alterações contratuais que desfigurem o objeto licitado, causando violação desproporcional ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Somente pela avaliação dos elementos do caso em estudo é que se poderá estabelecer se a alteração contratual pleiteada atenderá aos requisitos da lei, ao mesmo tempo sem configurar afronta aos princípios que regem os atos da Administração Pública, mormente os da eficiência e razoabilidade...

75 Não se pode é criar proibição não expressa em lei, de modo a exigir, antes de uma avaliação pormenorizada da situação concreta, que o limite para acréscimo financeiro ao contrato, com base no citado dispositivo legal, baseie-se

no seu valor inicial, dele subtraindo-se a quantia correspondente às supressões procedidas em primeira ordem. Se isso fosse verdade, em vez de o Dnit elaborar termo aditivo específico visando à supressão dos itens de fornecimento de materiais betuminosos, poderia fazê-lo juntamente com a inclusão de outros itens necessários ao contrato, de modo que, no balanço final, estando o valor inicial mantido, sobre ele poder-se-ia acrescer, ainda, o percentual permitido na Lei de Licitações¹⁹.

Nesse diapasão, não merece ser acolhida a tese de que alterações contratuais supressivas formam uma nova base de cálculo para fins de incidência dos limites legais para as posteriores alterações de acréscimo.

5 Precedentes desta Procuradoria

Por fim, convém mencionar dois recentes precedentes desta Procuradoria que adotaram a mesma ordem de ideias.

O nosso Parecer PGE/PCA nº 1062/2012 (proc. nº 57346577), devidamente aprovado pela Chefia desta PCA e pela Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos, o qual ensejou discussão dos temas neste parecer tratados em reunião dos Procuradores da PCA, tendo sido aceitas as suas conclusões, aqui repisadas.

Ainda no mesmo sentido, o Parecer PGE/PCA nº 824/2012 (proc. nº 42959160), elaborado pelo Procurador do Estado, Dr. José Fernando Vescovi, devidamente aprovado pela Chefia desta PCA e pela Subprocuradoria Geral para Assuntos Administrativos, já fazendo referência aos termos da Nota Técnica SE-CONT nº 09/2012, que instruiu a consulta que ora se responde, sendo certo que o referido pronunciamento desta Procuradoria cuidou apenas da impossibilidade de compensação de supressões e acréscimos.

19 Acórdão 3003/2009 – Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes.

6 Conclusão

Diante do exposto, responde-se à consulta:

- (a) nas alterações do contrato administrativo, os limites legais de modificação devem ser verificados separadamente, tanto nos acréscimos quanto nas supressões, tomando-se por base o valor inicial atualizado do contrato, sendo vedado qualquer expediente de compensação entre acréscimos e supressões, seja por termo aditivo misto seja por aditivos apartados e em sequência;
- (b) nas alterações do contrato administrativo, seu valor inicial atualizado é a base de cálculo para os limites legais de modificação, de sorte que alterações contratuais supressivas não formam uma nova base de cálculo para as futuras alterações de acréscimo.

É o parecer.

Vitória, 21 de agosto de 2012.

2.2

A CRIAÇÃO DE CONSELHOS POPULARES COMO FORMA DE GESTÃO DESCENTRALIZADA E PARTICIPATIVA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

RICARDO BENETTI FERNANDES MOÇA*

PROJETO DE LEI: 194/2012. MENSAGEM: 114/2012. AUTOR: Governador do Estado – Excelentíssimo Senhor José Renato Casagrande. EMENTA: Cria o Conselho Estadual do Trabalho – CET e dá outras providências.

SUMÁRIO: 1 Relatório. 2 Fundamentação jurídica. 2.1 Da constitucionalidade formal. 2.2 Da constitucionalidade material. 2.3 Da juridicidade e legalidade. 2.4 Da boa técnica legislativa. 3 Conclusão.

1 Relatório

Trata-se de Projeto de Lei de autoria do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado José Renato Casagrande, que “cria o Conselho Estadual do Trabalho – CET e dá outras providências”, oriundo da Mensagem Governamental n.º 114/2012.

A matéria foi protocolada em 15/05/2012, lida no expediente da Sessão Ordinária do dia 15/05/2012 e encontra-se publicada no Diário do Poder Legislativo (DPL) do dia 16/05/2012.

O Projeto de Lei veio a esta Procuradoria para exame e parecer na forma do Artigo 121, do Regimento Interno (Resolução nº 2.700/09). Distribuída a matéria, coube-nos analisar e apresentar parecer jurídico.

É o relatório.

* Procurador da Assembleia Legislativa ES.

2 Fundamentação jurídica

2.1 Da constitucionalidade formal

Em suma, o Projeto de Lei em exame cria o Conselho Estadual do Trabalho (CET) e dá outras providências, visando uma maior participação da sociedade civil através do mencionado Conselho junto com o Governo do Estado na elaboração e condução das políticas públicas.

Em análise percuciente da norma supracitada, verifica-se que a mesma cuida de matéria estritamente de competência do Chefe do Executivo Estadual, qual seja, norma que dispõe sobre organização administrativa e criação de órgãos dentro da esfera do Poder Executivo.

Logo, o presente Projeto de Lei, em razão do princípio da simetria, está em conformidade com o artigo 61, parágrafo 1º, inciso II, alínea 'e', da Constituição da República, senão vejamos:

“Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

...

II - disponham sobre:

e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI;”

No mesmo sentido aduz a Constituição do Estado do Espírito Santo em seu artigo 63, parágrafo único, inciso III e inciso VI, observemos:

“Art. 63. [...]

Parágrafo único. São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

[...]

III – *organização administrativa e pessoal da administração do Poder Executivo;*

[...]

VI – *criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos do Poder Executivo.”*

Nesse sentido, seguem recentes entendimentos do *Excelso Supremo Tribunal Federal* que corroboram o entendimento supramencionado, ou seja, ratificam a constitucionalidade do presente Projeto de Lei, conforme se vislumbra:

“Lei 9.162/1995 do Estado de São Paulo. Criação e organização do Conselho das Instituições de Pesquisa do Estado de São Paulo – CONSIP. Estrutura e atribuições de órgãos e Secretarias da Administração Pública. *Matéria de iniciativa privativa do chefe do Poder Executivo. Precedentes.”* (ADI 3.751, Rel. Min. *Gilmar Mendes*, julgamento em 4-6-2007, Plenário, DJ de 24-8-2007.)”

“Lei do Estado de São Paulo. Criação de Conselho Estadual de Controle e Fiscalização do Sangue (COFISAN), órgão auxiliar da Secretaria de Estado da Saúde. Lei de iniciativa parlamentar. Vício de iniciativa. Inconstitucionalidade reconhecida. *Projeto de lei que visa a criação e estruturação de órgão da administração pública: iniciativa do chefe do Poder Executivo* (art. 61, § 1º, II, e, CF/1988). Princípio da simetria.” (ADI 1.275, Rel. Min. *Ricardo Lewandowski*, julgamento em 16-5-2007, Plenário, DJ de 8-6-2007.) *No mesmo sentido:* ADI 3.179, Rel. Min. *Cezar Peluso*, julgamento em 27-5-2010, Plenário, DJE de 10-9-2010; ADI 2.730, Rel. *Cármem Lúcia*, julgamento em 5-5-2010, Plenário, DJE de 28-5-2010.”

“Processo legislativo: *reserva de iniciativa ao Poder Executivo* (CF, art. 61, § 1º, e): regra de absorção compulsória pelos Estados-membros, violada por lei local de iniciativa parlamentar que criou órgão da administração pública (Conselho de Transporte da Região Metropolitana de São Paulo-CTM): inconstitucionalidade.” (ADI 1.391, Rel. Min. *Sepúlveda Perence*, julgamento em 9-5-2002, Plenário, DJ de 7-6-2002.)”

Nessa perspectiva, o Projeto de Lei em análise apresenta-se em consonância com as regras de competência delineadas pela Constituição, pois, por meio dele, o Chefe do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo está tratando de matéria de competência dos Estados-Membros, além de legislar sobre matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

Acerca do tema, destacamos as lições do professor PEDRO LENZA, que explica o que vem a ser a iniciativa privativa, ou melhor, exclusiva ou reservada, observemos:

“Iniciativa privativa, ou melhor, exclusiva ou reservada, significa, no exemplo, ser o Presidente da República o único responsável para deflagrar, dar início ao processo legislativo da referida matéria. Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional (LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).”

Sendo assim, no que tange ao aspecto formal o Projeto de Lei nº 194/2012, de autoria do Ilustre Governador do Estado José Renato Casagrande não contém vício em sua forma ou em seu processo de formação, considerando-se, portanto, constitucional nesse aspecto.

2.2 Da constitucionalidade material

Após a análise do aspecto constitucional formal, resta-nos analisar o aspecto material, comparando as regras do projeto com os preceitos constitucionais.

Do ponto de vista material, a exemplo do que se dá no plano formal, a proposição revela-se constitucional, na medida em que seu conteúdo em nada destoa das regras e princípios estabelecidos na Carta Magna Federal e das regras e princípios estabelecidos na Constituição do Estado do Espírito Santo.

A Constituição da República Federativa do Brasil no seu art. 1º, inciso II e inciso V, estatui:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

II - a cidadania

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]"

Nesse sentido, extrai-se da justificativa do referido Projeto de Lei que “constata-se, hoje, que uma das formas de participação e organização da sociedade se dá por meio de Conselhos, nas quais Governo e sociedade civil são responsáveis pela elaboração e condução das políticas públicas. Essa é uma nova forma de pensar e fazer política que se vem delineando no Brasil, *orientada pelos princípios da conquista de cidadania insitos na Constituição Federal de 1988*”.

Além disso, a presente matéria guarda consonância com os direitos sociais previstos na Carta Magna, já que compõem as liberdades positivas de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por escopo a melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, o que se verifica da participação dos cidadãos no referido Conselho Popular criado.

Dessa forma, a criação dos Conselhos Populares está amparada pela Constituição de 1988, por guardar relação com o moderno conceito de “democracia participativa”, um conceito que prevê a presença em massa da população não apenas “pedindo” ao Estado aquilo de que precisa, mas formulando e decidindo as políticas públicas do país.

2.3 Da juridicidade e legalidade

De acordo com todo o exposto acima, verifica-se que, incontestavelmente, a pretensa normatividade da Proposição Legislativa não traz nenhum ponto de antinomia com os preceitos constitucionais, tanto da Constituição Federal quanto da Constituição Estadual, podendo ser considerada material e formalmente constitucional. Por seu turno, estendendo a análise técnica da proposição, verifica-se que, quanto à mesma, não há oposição na doutrina ou na jurisprudência dos Egrégios Tribunais Supe-

riores que impeça, material ou formalmente, a proposta de ser aprovada.

Diante do Ordenamento Jurídico, a normatividade da Proposta de Projeto de Lei nº 194/2012 não afronta a legislação federal e estadual, ao contrário, atende a todos os preceitos. Assim, sem aflorar maiores questionamentos, o Projeto de Lei nº 194/2012 recebe a titulação de qualidade de ser *legal*.

2.4 Da boa técnica legislativa

Quanto ao aspecto da técnica legislativa, deixamos ao encargo da Diretoria Legislativa de Redação (DLR), a quem compete oferecer sugestões e opinar sobre a matéria, observando dispositivos contidos na Lei Complementar Federal 95/1998, com alterações introduzidas pela Lei Complementar Federal 107/2001, bem como nos dispositivos do Regimento Interno desta Casa de Leis, Resolução nº 2.700/09.

3 Conclusão

Ante o exposto, opina-se pela constitucionalidade e legalidade do Projeto de Lei nº 194/2012, de autoria do Ilustre Governador do Estado José Renato Casagrande, merecendo, portanto, seguir em sua regular tramitação nesta Casa de Leis.

É o entendimento que se submete à consideração superior.

Vitória, 21 de Maio de 2012.

ANEXO

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO



A Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo é uma publicação semestral de informações técnico-científicas na área do Direito e destina-se à divulgação de:

- I - artigos, ensaios e outros trabalhos doutrinários relacionados ao conhecimento jurídico;
- II - pareceres;
- III - resenhas ou traduções de artigos, ensaios ou livros jurídicos;
- IV - comentários de decisões jurisprudenciais;
- V - trabalhos forenses desenvolvidos pela Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo e
- VI - decisões jurisprudenciais.

Serão aceitos trabalhos confeccionados por membros da comunidade jurídica em geral.

Não serão aceitos os trabalhos que não obedecerem às normas e às instruções aprovadas pelo Conselho Editorial, entre as quais as dispostas nos artigos seguintes.

Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em CD, acompanhados de uma cópia impressa e do termo de cessão gratuita de direitos autorais, conforme modelo em anexo. O material também pode ser encaminhado para o *e-mail* revista@pge.es.gov.br.

Na composição dos trabalhos deverá ser utilizado o processador de texto Microsoft Word 97, ou versão superior.

Será admitida a utilização de outro processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados em RTF (Rich Text Format).

Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda, não devendo ser utilizados recuos, deslocamentos, espaçamentos antes ou depois, nem o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina, automaticamente, a sua abertura.

Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,5 cm e as laterais 3,0 cm.

O tamanho do papel deve ser A4.

Como fonte, deve-se usar o Arial, corpo 12.

Todo destaque que se queira dar ao texto impresso deve ser feito com o uso de *itálico*, não podendo se lançar mão dos recursos negrito ou sublinhado.

Os artigos científicos deverão ter entre 20 e 50 laudas.

Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual se fará constar: o título do trabalho, o nome do autor (ou autores), acompanhado de endereço, telefone, fax e *e-mail*, titulação acadêmica, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida.

O texto propriamente dito do artigo deverá conter:

- I - parte introdutória,
- II - corpo do trabalho com desenvolvimento livre,
- III - conclusões,
- IV - referências.

As citações deverão obedecer às normas estabelecidas na NBR 10520/2002 da ABNT.

As tabelas deverão ser confeccionadas com recursos próprios do Microsoft Word.

Todas as citações deverão aparecer ao final do texto nas referências, em ordem alfabética.

As referências deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002 da ABNT.

Uma referência básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; *vírgula*; nome do autor em letras minúsculas; *ponto*; título da obra em *itálico*; *ponto*; número da edição (a partir da segunda); *ponto*; local; *dois pontos*; editora (não usar a palavra editora); *vírgula*; ano da publicação; *ponto*, como no exemplo a seguir:

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. <i>Código de Processo Civil Comentado</i> . 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
--

As citações e as referências são de inteira responsabilidade do(s) autor(es).

Os trabalhos deverão ser precedidos de um Sumário, no qual deverão constar os itens com até 3 dígitos, como no exemplo:

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Responsabilidade civil ambiental: legislação. 2.1 Normas clássicas. 2.2 Inovações. 2.2.1 Dano ecológico. 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva...

Poderão ser destacadas as palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho, conforme exemplo a seguir:

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Criminalidade organizada – Lavagem de dinheiro – Delinquência econômica, etc.

Todo trabalho será passível de revisão linguística, formal e metodológica pelo Conselho Editorial.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo, em qualquer tipo de mídia impressa (papel) ou eletrônica (Internet, *CD-Rom*, *e-book* etc.).

Os trabalhos que não se ativerem às normas previstas nesta resolução serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial.

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.

Os casos omissos serão resolvidos pelo Conselho Editorial.

ANEXO

TERMO DE CESSÃO GRATUITA DE DIREITOS AUTORAIS

autoriza o CENTRO DE ESTUDOS E INFORMAÇÕES JURÍDICAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO a publicar, na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), o trabalho de sua autoria intitulado _____

Submete-se, outrossim, ao disposto no Regulamento da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo (RPGES), aprovado pela Resolução nº 203/2005.

Em consequência, firma o presente termo de cessão gratuita de direitos autorais, referente ao supracitado trabalho, reservando-se somente a observância relativa à propriedade intelectual.

Declara, ainda, serem de sua inteira responsabilidade as ideias e os conceitos nele emitidos, bem como manifesta concordância com as correções necessárias a critério do Conselho Editorial.

_____, _____ de _____ de 20 ____.

O Conselho Editorial se reserva o direito de publicar ou não qualquer dos artigos recebidos, mediante critérios por ele fixados para maior clareza e compreensão, sem interferência no significado do texto. Os originais não serão devolvidos, podendo ser utilizados em edição futura.



A obra “Convento da Penha visto por Vitória” é de autoria da artista plástica capixaba Anna Maria Villa Forte. Pintado em óleo sobre tela, o quadro data do início dos anos 2000 e retrata uma das mais belas vistas urbanas da capital. Anna Maria é autodidata e pinta há mais de 30 anos. Já participou de várias exposições individuais e coletivas, com quadros vendidos no Brasil e no exterior.

PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO



GOVERNO DO
**ESPIRITO
SANTO**

CRESCER É COM A GENTE