

REVISTA DA
AGU

ANO X nº 31 - Brasília-DF, jan./mar. 2012

Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 6, lote 800 – Térreo -
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria de Oliveira Bettero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
Filipo Bruno Silva Amorim	Vice-Diretor
Nelida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL
Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADOR DA REVISTA DA AGU
Filipo Bruno Silva Amorim

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy; Arnaldo Wald; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Clóvis Juarez Kemmerich; Denise Lucena Cavalcante; Eugênio Battesini; Fabiano André de Souza Mendonça; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; Jefferson Carús Guedes; José Tadeu Neves Xavier; Luís Carlos Martins Alves Jr.; Maria Rosa Guimarães Loula; Natalia Camba Martins; Omar Bradley Oliveira de Sousa; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Robson Renaut Godinho; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Adriana de Oliveira Rocha; Adriana Pereira Franco; Alexandre Bernardino Costa; Aluisio de Sousa Martins; Anésio Fernandes Lopes; André Lopes de Sousa; Andrea Dantas Echeverria; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Daniela Ferreira Marques; Eliana Gonçalves Silveira; Ewerton Marcus de Oliveira Gois; Fábio Guimarães Bensoussan; Fábio Victor da Fonte Monnerat; Felipe Camillo Dall'Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Ivana Roberta Couto Reis de Souza; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria de Fátima Knaippe Dibe; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Samuel Alves Andreoli; Sueli Valentin Moro Miguel; Valério Rodrigues Dias.

ABNT(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuza Gomes Barbosa de Lima
Capa Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União
Ano XI – Número 31 – Brasília-DF, jan./mar. 2012
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

Direito Constitucional Tributário no Império do Brasil <i>Constitutional Tax Law in the Empire of Brazil</i> <i>André Emmanuel Batista Barreto Campello</i>	7
Crítica à Tese da Abstrativização ou Objetivação do Controle Concreto ou Difuso de Constitucionalidade <i>Criticism of the Thesis of Abstrativização or Objectification of the Control Concrete or Diffuse Constitutionality</i> <i>Anderson Ricardo Gomes</i>	51
Novo modelo de Concessão para os Portos Públicos: inteligência do art. 34, lei 10.233/2001 <i>The new model for concessions regime public ports, inspired by the determinations of art. 34 of law nº 10,233</i> <i>Carlos Afonso Rodrigues Gomes</i>	75
Execução Fiscal Administrativa à Luz da Constituição Federal <i>Administrative Proceedings for the Recovery of Public Credit in Light of the Federal Constitution</i> <i>Carlos Francisco Lopes Melo</i>	109
O Dever de Colaboração (entre e das partes) no Processo Civil Constitucional e a Efetiva Prestação da Tutela Jurisdicional Executiva: o dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora <i>The Duty to Cooperate (and Between the Parties) In Civil Procedure Constitutional Provision and Effective Judicial Protection of the Executive: the duty of key executive name property qualifying for attachment</i> <i>Christian Frau Obrador Chaves</i>	143
Mudança de Paradigma na Advocacia Pública Federal e seus Reflexos nas Ações Previdenciárias <i>A Paradigm Shift in the Federal Public Law and Its Consequences in Social Security Lawsuit</i> <i>Grégore Moreira de Moura</i>	181
Da Responsabilidade do Menor de Idade pela Prática de Infração Administrativa Ambiental <i>Responsibility of a Minor for Administrative Environmental Violation</i> <i>Karla Virgínia Bezerra Caribé</i>	191
A Educação Inclusiva no Ensino Superior das Pessoas Portadoras de Deficiência: uma necessária salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais e do princípio da efetiva integração social <i>Inclusive Education in Higher Education of Persons with Disabilities: a necessary safeguard of fundamental rights and guarantees and the principle of social integration</i> <i>Karinne Bentes Abreu Teixeira Rebouças</i> <i>Raimundo Márcio Ribeiro Lima</i>	203

A Terceirização na Administração Pública e as Consequências do Atual Posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a Matéria. A Ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública.

The Outsourcing of the Public Administration and the Consequences of the Current Position of the Federal Supreme Court about the Subject. The Administrative Ethic and Possible Role of the Public Advocacy

Leonardo de Mello Caffaro..... 257

O Sistema Constitucional dos Países Lusófonos (um breve passeio no modelo jurídico-político de Angola, do Brasil, de Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e Timor-Leste, à luz das concepções de Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Karl Loewenstein).

The Constitutional System Of Countries Lusophone (a short walk in the legal-political model of Angola, Brazil, Cape Verde, Guinea-Bissau, Mozambique, Portugal, Sao Tome and Príncipe and East Timor, in the light of conceptions of Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse and Karl Loewenstein)

Luís Carlos Martins Alves Jr..... 309

PARECER N° 718/CONJUR-MD/CGU/AGU/2011

Convênio entre o Censipam e a Fapespa

Leonardo Stuckert Lima 359

EDITORIAL

É com satisfação que nesta 31ª edição da Revista da AGU apresentamos ao público leitor uma robusta e densa produção científica e acadêmica dos integrantes da Instituição.

Variadas temáticas e diversas abordagens a fim de mantermos sempre uma visão multidisciplinar, o que torna o conteúdo de cada uma das edições da Revista da AGU um espelho a refletir de modo bastante amplo a cena jurídica nacional e internacional.

A 31ª edição da Revista da AGU inicia seus trabalhos fazendo um recorte histórico e analisando o direito tributário na Constituição de 1824, para logo no artigo seguinte tecer críticas à tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, amplamente utilizado pelo Supremo Tribunal Federal em razão do vertiginoso aumento do número de Recursos Extraordinário, o que vem sendo sentido desde a promulgação da Constituição de 1988 e com muito mais intensidade desde o início dos anos 2000.

Paralelamente, há artigos versando sobre temas polêmicos como a execução fiscal administrativa à luz da Constituição Federal, bem como sobre o dever de colaboração das partes no Processo Civil, na busca por uma efetiva prestação jurisdicional, além de artigos versando sobre temas bem específicos, mas não menos importantes, como o novo modelo de concessão para portos públicos, a responsabilidade do menor de idade pela prática de infrações ambientais, a educação inclusa no ensino superior das pessoas portadoras de deficiência, a terceirização na Administração Pública e o sistema constitucional dos países de língua portuguesa.

Ademais, como não poderia deixar de constar em nossas publicações, há temas caros à Advocacia Pública que envolvem a Mudança de seu paradigma de atuação contenciosa e os reflexos de alteração na postura judicial tendo como marco as ações previdenciárias e as vantagens da conciliação como instrumento apto à redução de demandas.

Assim, ante a importância e variedade dos temas trazidos nesta edição da revista da AGU, os quais refletem a grandeza e importância da instituição e dos seus valorosos membros, convidamos todos à leitura na certeza de que dúvidas serão sanadas e conhecimentos serão adquiridos por meio do material que ora é disponibilizado.

Filipo Bruno Silva Amorim
Vice-Diretor da Escola da AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO NO IMPÉRIO DO BRASIL

CONSTITUTIONAL TAX LAW IN THE EMPIRE OF BRAZIL

André Emmanuel Batista Barreto Campello

Procurador da Fazenda Nacional.

Professor de Direito Tributário

Especialista em Docência e Pesquisa no Ensino Superior

Membro do Conselho Superior da Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Nascimento do Império do Brasil; 1.1 A Independência e a Construção de uma Nação; 1.2 A Herança Legislativa Colonial; 1.3 A Constituição de 1824: a construção de um estado unitário; 1.3.1 A Dissolução da Assembléia Constituinte de 1823; 1.3.2 O Estado Unitário; 1.4 A Reforma da Constituição de 1824: o ato adicional de 1834; 1.4.1 O Procedimento de Reforma da Constituição de 1824; 1.4.2 A Abdicação de D. Pedro I; 1.4.3 O Advento do Ato Adicional de 1834; 2 A Competência Tributária; 2.1 A Constituição e o Poder de Tributar; 2.2 O Poder de Tributar e a Competência Legislativa na Charta Magna de 1824; 2.3 A Competência Tributária

no Império do Brasil; 2.3.1 A concentração da Competência tributária; 2.3.2 Problemas decorrentes da concentração da competência tributária; 2.3.3 O Ato Adicional de 1834: o surgimento da competência tributária provincial e a guerra fiscal; 2.3.3.1 O Ato Adicional de 1834; 2.3.3.2 Invasões de Competência Tributária; 2.3.3.3 Crise Fiscal; 2.3.3.4 Receitas Gerais e Receitas Provinciais: a repartição da competência tributária; 2.3.3.5 O Controle de Constitucionalidade na Charta Magna Imperial e a Guerra Fiscal; 3 Limites ao Poder de Tributar; 3.1 Legalidade; 3.1.1 Leis Orçamentárias; 3.1.2 Tratados Internacionais; 3.2 Anualidade; 3.3 A Igreja Católica e a Questão da Incidência de Tributos Sobre Os Templos Religiosos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Direito Constitucional Tributário no Império do Brasil. Trata-se de artigo que tem por finalidade estudar o sistema tributário brasileiro vigente durante o Império do Brasil, sobretudo entre os anos de 1822 e 1840, que marca o período das grandes definições fiscais imperiais, relacionadas sobremaneira com a fixação das competências tributárias nacionais, sem deixar de analisar problemas jurídicos surgidos relacionados com estas escolhas políticas. Por se pretender analisar a repartição do poder de tributar, almejou-se estudar o direito constitucional tributário então vigente, bem como as limitações ao poder de tributar opostas ao Estado imperial brasileiro. Por meio de tal análise buscou-se também vislumbrar a construção do Império do Brasil e suas turbulências, nestas primeiras décadas, relacionadas, sobretudo, com o tipo de Estado adequado para atender aos conflitos entre as pretensões provinciais e a Monarquia centralizadora.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Tributário. Império do Brasil.

ABSTRACT: Constitutional Tax Law in the Empire of Brazil. This article aims to study the Brazilian tax system in force during the Empire of Brazil, especially during the years between 1822 and 1840, which marks the period of important imperial tax definitions, greatly related to the setting of the national taxing, while analyzing legal problems that arise related to these policy choices. In order to analyze the distribution of power to tax, it is also studied the constitutional tax law then in force as well as the limitations on the taxing power opposed to the Brazilian Imperial State. Through this analysis we sought to also study the construction of the Empire of Brazil and its turbulences in those early decades, mainly related to the proper type of state to meet the conflicts between the provincial claims and that centralized monarchy.

KEYWORDS: Constitutional Law. Tax Law. The Empire of Brazil.

INTRODUÇÃO

O direito, em qualquer sociedade, não pode ser compreendido como um fenômeno isolado no tempo e no espaço. Não pode ser vislumbrado como um amontoado de normas que não estão relacionadas com os valores, as visões de mundo e as expectativas de um grupo social (que o cria e que por ele é governado), em determinado momento da sua história¹.

A percepção deste fenômeno fica mais evidente quando se estuda o direito contemporâneo, pois, de certo modo, vive-se sob a égide destas normas e se consegue compreender os institutos e o alcance deles, sendo possível vislumbrar-se a alteração da interpretação do Direito e como as normas se relacionam para construir um sistema jurídico.

Os indivíduos que integram a nossa sociedade, sejam ou não operadores do Direito, percebem as normas jurídicas, isto é, tem uma mínima compreensão dos principais limites impostos pelo ordenamento às suas condutas, inferindo também os direitos que lhes são assegurados.

Em outras palavras, por se viver sob o império do direito, é possível senti-lo; consegue-se perceber a sua dinâmica.

Para o operador do Direito, ao se ler as grandes obras jurídicas, ao conversar com os demais colegas, ao trocar informações na faculdade, ao se defrontar com a jurisprudência dos Tribunais ou ao se atualizar com as informações colhidas na *internet*, fica manifesta a vivacidade do ordenamento jurídico que está em vigor.

Entretanto, quanto mais se recua no tempo, ao se estudar o direito do passado, algo começa a desaparecer: a percepção de “vida” das normas começa a se esvaír.

Não se detecta, com mais facilidade como estas normas se organizavam, de como era construído o sistema jurídico, qual era o alcance e a sua aplicação.

1 FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1975. p.31.

Por exemplo, por constar nos livros dos grandes autores clássicos, como Pontes de Miranda² ou Aníbal Bruno³, compreende-se como era aplicado e lido o Código Penal, quando dos primeiros anos da sua origem. Ainda se é possível perceber como era a sua essência e a sua conexão com o direito penal atual, pois, além deste diploma legal está em vigor (apesar da reforma da sua parte geral e de inúmeros dispositivos da parte especial), houve uma constante aplicação, sem rupturas, desde a sua criação, com a interpretação das suas normas, tomando por base as inúmeras constituições vigentes, em cada um dos períodos históricos (Constituições de 1937, de 1946, de 1967/69 e de 1988).

Em outras palavras, um leitor que desejasse fazer a leitura do Código Penal, na sua redação original, não estranharia o seu conteúdo, pois se trata de diploma legal que ainda guarda pontos de contato com o pensamento jurídico contemporâneo e com a própria sociedade brasileira, em alguns de seu aspectos, apesar de tal Código ser datado da década de 40, no século XX, já possuindo algumas de suas partes, quase 70 anos.

No direito tributário, vive-se uma experiência um pouco mais complicada.

O Código Tributário Nacional (Lei nº. 5.172/66), decorrente da Emenda constitucional nº 18/66, foi um diploma revolucionário na história do Brasil, por ter conseguido, de forma sucinta, clara e precisa, apresentar alicerces para a construção de uma teoria do tributo e das novas bases para a relação entre Fisco e contribuinte⁴.

Toda a teoria contemporânea do direito tributário, por óbvio, foi edificada sobre os alicerces lógicos do nosso Código Tributário de 1966.

Em outras palavras, o operador do direito, quando busca estudar o Direito Tributário, irá sempre tentar visualizar as normas jurídicas sob as categorias lógicas fornecidas pelo nosso Código Tributário: competência tributária, capacidade tributária, limitações ao poder de

2 MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. p.25.

3 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal, parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.106.

4 MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao código tributário nacional*. Coordenação de: Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe. São Paulo: MP, 2005. p. 29-31.

tributar (princípios e imunidades), conceito de tributo, elementos da norma tributária, espécies tributárias, legislação tributária, obrigação tributária, crédito tributário etc.

Em outras palavras, a legislação fiscal brasileira pré-Código Tributário, para alguns, pode até se parecer com leis de civilizações desaparecidas, como se fora o Código de *Hamurabi*, da Babilônia, pelo seu exotismo e estranha forma de se apresentar, não guardando, aparentemente, nenhum contato com o nosso direito atual.

De fato, ao se estudar o direito tributário do Império do Brasil, o operador do direito se defronta com obstáculos que devem ser transpostos, sendo que o primeiro deles é que alguns dos parâmetros interpretativos contemporâneos não se conectam às estruturas fiscais do Brasil imperial, isto é, a doutrina jurídica não cria pontos de enlace entre o direito tributário brasileiro atual e o que vigia no século XIX.

O segundo empecilho reside no fato de que estudar o direito vigente no Império do Brasil é se defrontar com normas jurídicas que foram criadas para reger uma sociedade que possui significativas diferenças econômicas (e culturais) em relação ao Brasil contemporâneo, logo, as bases para compreensão não podem se fundamentar em valores vigentes atualmente.

As categorias lógico-jurídicas que regiam o direito brasileiro no Império do Brasil são, em demasia, distintas das que vigoram atualmente, a começar pela inexistência de um Código Civil, pela manutenção do odioso instituto jurídico da escravidão como alicerce do trabalho produtivo (pelo menos até 1860), e pelo fato de que o Império era um Estado unitário *sui generis*, sobretudo após o Ato Adicional de 1834, que reformou a Constituição de 1824.

Adverte-se que, assim como no estudo do direito romano⁵, não se pode vislumbrar o Império do Brasil como um conjunto monolítico de normas, inalteradas no tempo.

As necessidades fiscais do reinado de D. Pedro I, sem dúvidas, não se assemelham às da Regência, muito menos às existentes durante o longo reinado em que D. Pedro II governou a nação, no qual o Brasil

5 ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 67-74.

se envolveu muito na política interna dos seus vizinhos do cone sul, culminando no conflito armado no Paraguai.⁶

Para saciar estas necessidades fiscais, o Império criou tributos (e as províncias também) sobre novos fatos geradores, instituiu alíquotas adicionais sobre tributos já existentes, abusou da bitributação, mas, sobretudo, buscou taxar as principais atividades econômicas da sociedade brasileira: a exportação, a importação e o consumo de bens não-duráveis.

Entretanto, o Império, apesar do seu desequilíbrio fiscal, deixou de tributar significativamente a renda e a propriedade territorial rural, se abstendo de impor taxaço sobre a acumulação de riqueza da elite brasileira.

Estudar o direito do Império do Brasil é assaz interessante pelo fato de que nos fornece as perspectivas da sociedade brasileira que estava, após a independência, tentando construir uma nação continental, sendo possível perceber o nascer de algumas das estruturas do Brasil contemporâneo.

No estudo que será realizado, por óbvio, tenta-se sistematizar o conhecimento à luz de algumas das categorias lógicas do direito tributário contemporâneo, para que o leitor possa compreender o direito vigente naquele período, tentando-se adentrar na essência das normas tributárias.

Assim como nas obras de direito romano⁷, didaticamente, apresentam-se aos operadores do direito as facetas de como era a estrutura e a aplicação do direito em uma sociedade que existiu há quase dois séculos.

Evidente que não se busca cair no erro do anacronismo, mas apenas utilizar as ferramentas dadas pela moderna ciência do estudo do Direito Tributário para entender a realidade passada, a fim de compreender as normas então vigentes, segundo os valores da sociedade brasileira do século XIX.

6 BALHAZAR, Ubaldó César. *História do Tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005. p. 93.

7 CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 19-20.

Este passo é necessário, pois, por óbvio, não seria possível ao autor, simplesmente, estudar o direito do passado com os olhos do homem daquele contexto histórico, já que tanto o leitor deste trabalho, quanto o seu autor, integram a sociedade brasileira do início do século XXI, ou seja, pertencem ao presente.

Por esta razão, ao longo desta pequena obra, buscou-se estudar o Direito imperial do Brasil à luz das interpretações do Marquês de São Vicente, que talvez possa ser considerado o grande Constitucionalista do período imperial. A visão e a compreensão deste autor acerca do ordenamento jurídico serviu de ponto de partida para nossas reflexões.

Não obstante esta forma de fazer a leitura da legislação, não nos furtamos a tentar adequar os institutos tributários com a tecnologia lingüística do direito contemporâneo, sobretudo a fim de decifrar as disposições legais estabelecidas.

Deve-se frisar que o estudo da legislação tributária imperial, com a utilização de alguns dos arquétipos construídos pela doutrina de direito tributário contemporâneo, não é algo estranho ao estudo de temas relacionados com a história do direito.

Este mesmo método é utilizado pelos autores quando se busca a compreensão do direito romano⁸: realiza-se a divisão da matéria em uma parte geral e especial, analisando os institutos civilísticos romanos, sob os parâmetros dados pela codificação do direito civil moderno, apesar de o direito romano clássico (aproximadamente, de 140 a.C, com a criação da Lei *Aebutia*, até o término do reinado de Diocleciano, em 305 d.C.) não ter construído nenhum código ou instrumento legal similar, já que, neste período, surgiram duas ordens distintas: o *ius civile* (direito aplicável apenas aos cidadãos romanos) e o *ius honorarium* (criado pela atuação dos pretores peregrinos, com o advento da Lei *Aebutia*, os quais eram magistrados que dirimiam os conflitos entre gentios, ou entre estes e os romanos).⁹

Feitas estas considerações iniciais, convida-se o leitor a vislumbrar o nascimento do Império do Brasil, com a outorga da Constituição de 1824.

8 CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. Rio de Janeiro: SADEGRA/Livros cadernos Ltda, 1996. p. 32.

9 ALVES, op.cit., p. 69-70.

1 O NASCIMENTO DO IMPÉRIO DO BRASIL

1.1 A INDEPENDÊNCIA E A CONSTRUÇÃO DE UMA NAÇÃO

O Império do Brasil não nasceu pronto e acabado: trata-se de um projeto político das elites das províncias do sul ao qual se associou a figura do Imperador D. Pedro I.

A proclamação da independência por sua majestade imperial, um ato derivado, sem dúvidas, da sua impetuosidade¹⁰ não foi suficiente, por si só, para promover a adesão das demais capitanias (e futuras províncias) do então restante Reino do Brasil, sobretudo no norte da América lusitana.

Não existia uma nação brasileira, não existia um Estado brasileiro.

Em verdade, ao longo da história colonial, a metrópole lusitana buscou fazer com que os principais portos e zonas econômicas tivessem laços imediatos apenas com Portugal e não entre si. Pode-se afirmar que os principais pólos econômicos da colônia brasileira estariam mais interligados ao contexto de exploração econômica do Atlântico sul (Luanda, Guiné etc.), devido ao intercâmbio escravista, do que de regiões interioranas do Brasil¹¹.

Nas palavras de Evaldo Cabral de Mello¹²: “Como observava Horace Say, ao tempo da Independência, o Brasil era apenas ‘a designação genérica das possessões portuguesas na América do Sul’, não existindo ‘por assim dizer unidade brasileira’”.

A inexistência de uma nação brasileira, de um país denominado de Brasil, fica mais claro ainda quando se vislumbra o surgimento da Confederação do Equador (1824), quando as capitanias de Pernambuco, Paraíba, Alagoas, Rio Grande do Norte e do Ceará não compactuaram com o projeto político de criação do Império do Brasil, que faria com que estas passassem a se subordinar à Corte imperial, no Rio de Janeiro.

10 LUSTOSA, Isabel. *D. Pedro I: um herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 152-153.

11 ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O trato dos viventes: formação do Brasil no atlântico sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 9.

12 MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência e o federalismo pernambucano de 1817 a 1824*. São Paulo: Ed. 34, 2004. p. 18.

Entretanto, a Corte necessitava da Bahia, de Pernambuco e das demais capitânicas do norte, tendo em vista que estas ricas regiões poderiam financiar tanto a independência da América portuguesa, quanto os projetos políticos de D. Pedro I e a guerra na província Cisplatina.¹³

1.2 A HERANÇA LEGISLATIVA COLONIAL

O Império do Brasil não herdou apenas a estrutura econômico-social vigente durante o seu período de vínculo para com Portugal colônia, mas também a legislação metropolitana portuguesa que foi recepcionada pela Lei de 20 de outubro de 1823:

Art. 1.º As Ordenações, Leis, Regimentos, Avaras, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brazil, em quanto reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negócios do interior deste Império, emquanto se não organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas.

O Império do Brasil, no seu nascedouro, recepcionou a legislação portuguesa inclusive a legislação tributária da metrópole.

Por esta razão os mesmos defeitos que constavam no sistema de tributação da metrópole portuguesa, no que se refere a sua lei vigente no Brasil, também assolavam a estrutura tributária brasileira quando da ocorrência da independência do Brasil:

[...] a Independência não significava um rompimento com a estrutura patrimonialista, tendo em vista o interesse de determinados setores de manter o *status quo*. Desta forma, quanto aos tributos, herdou-se a frágil estrutura colonial, embora a mudança na excessiva carga tributária constasse como um dos objetivos do movimento patriótico.¹⁴

13 MELLO, Evaldo Cabral de. *O norte agrário e o império: 1871-1889*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999. p. 249-250.

14 BALTHAZAR, op.cit., p. 78.

D. Pedro I proclamou expressamente que uma das razões para independência era a necessidade de um novo regime de tributação, diferente do existente na metrópole, que não asfixiasse a vida econômica do Brasil:

[...] grande dose de verdade havia na afirmativa que o então príncipe regente constitucional fizera, dias antes do grito do Ipiranga, de que Portugal, em suas relações com a antiga colônia, queria “que os brasileiros pagassem até o ar que respiravam e a terra que pisavam.”¹⁵

O então Príncipe regente alardeava os seus desejos:

[...] os brasileiros teriam um sistema de impostos que respeitaria os suores da agricultura, os trabalhos da indústria, os perigos da navegação e a liberdade do comércio”, sistema esse tão “claro e harmonioso” que facilitaria “o emprego e a circulação dos cabedais”, desvendando “o escuro labirinto das finanças”, que não permitia ao cidadão “lobrigar o rosto do emprego que se dava às rendas da Nação.”¹⁶

Evidente que tal promessa não foi cumprida, tendo em vista a impossibilidade de reforma profunda da legislação lusitana que havia sido recepcionada, pelos sucessivos *déficits* fiscais e pelos tratados internacionais que fixavam as alíquotas do imposto de importação em patamares insignificantes.

O brilhante Procurador da Fazenda Nacional Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, ao analisar a tributação no período joanino, expõe as razões dadas pelo príncipe regente (o futuro rei D. João VI) para a diminuição da alíquota do imposto de importação em face de mercadorias portuguesas (Decreto de 11 de junho de 1808):

Sendo conveniente ao bem público remover todos os embaraços que possam tolher o livre giro e a circulação do comércio: e tendo consideração ao estado de abatimento, em nome de que presente se acha o nacional, interrompido pelos conhecidos estorvos e atuais circunstâncias da Europa: desejando animá-lo e promovê-lo em benefício da causa pública, pelos proveitos, que lhe resultam de se aumentarem os cabedais da Nação por meio de um maior número de trocas e transações mercantis, e de se enriquecerem os meus fiéis

15 ELLIS, Miriam *et al.* *Brasil monárquico: declínio e queda do império*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. p. 62.

16 *Ibidem*, p. 62.

vassalos que se dão a este ramo de prosperidade pública e que muito pretendo favorecer como uma das classes úteis ao Estado: e querendo outrossim aumentar a navegação que prospere a marinha mercantil, e com ela a de guerra, necessária para a defesa dos meus Estados e Domínios: sou servido ordenar que todas as fazendas e mercadorias que forem próprias dos meus vassalos, e por sua conta carregadas em embarcações nacionais, e entrarem nas Alfândegas do Brasil, pagarem por direito de entrada dezesseis por cento somente.¹⁷

Tendo em vista este desequilíbrio estrutural na legislação fiscal, o Império do Brasil nasceu tendendo a não conseguir organizar seu orçamento, já que, além das inúmeras obrigações político-militares que teve de assumir, em face do rompimento com a metrópole lusitana, ainda recepcionou tratados internacionais que lhe impediam de tributar, de modo significativo, a importação de mercadorias, então a mais significativa atividade econômica do país.

1.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1824: A CONSTRUÇÃO DE UM ESTADO UNITÁRIO

1.3.1 A DISSOLUÇÃO DA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DE 1823

Pelo Decreto de 12 de novembro de 1823, D. Pedro I dissolveu a Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, que havia sido convocada, pelo próprio soberano, pelo Decreto de 03 de junho de 1822.

Segundo o nosso Imperador, tal fato se deu porque este órgão (fundante do próprio Estado brasileiro) teria perjurado o solene juramento de defender a integridade do Império, sua independência e a dinastia de D. Pedro I. Tal ato extremo, segundo o soberano, deu-se para a salvação do Império, como consta no referido instrumento normativo.

Observe-se que Frei Caneca, na edição natalina do periódico *Typhis Pernambucano*, de 25 de dezembro de 1823, demonstra que as decisões políticas cristalizadas no título 1º, arts. 1, 2 e 3, da abortada Constituição de 1823, não agrediam o juramento feito pelos constituintes de defender a integridade do Império, sua independência e a dinastia de D. Pedro I.¹⁸

17 GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História da tributação no período joanino*. Brasília: Esaf, 2008. p. 31.

18 CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. *organização e introdução de Evaldo Cabral de Mello*. São Paulo: 34, 2001. p. 309.

Pela Proclamação de 13 de novembro de 1823, S. Majestade Imperial comunicou ao povo brasileiro, que a Assembléia Constituinte de 1823 foi dissolvida e, em seguida, pelo Manifesto de 16 de novembro de 1823, explicitou as razões da prática de tal ato: o “fel da desconfiança”, que elaboravam planos ocultos para semear a discórdia no Brasil, ameaçando o futuro e a própria existência da Nação.

Em 17 de novembro do mesmo ano (de 1823), também por meio de Decreto, o Defensor Perpétuo do Brasil ratificou mandou proceder à realização de eleições para composição de nova Assembléia Geral Constituinte e Legislativa, que como se sabe, nunca promulgou nova Constituição.

Coube ao Conselho de Estado, sobretudo pelo trabalho de José Joaquim Carneiro de Campos (o futuro Marquês de Caravelas, integrante da futura regência trina provisória, constituída em 07 de abril de 1831), influenciado pelo pensamento de Benjamin Constant, preparar um anteprojeto de Constituição, sobre os escombros dos trabalhos da Assembléia Constituinte de 1823.

Este anteprojeto foi apresentado à Câmara Municipal do Rio de Janeiro, que, ao declarar que o seu texto era *imelhorável*, apresentou respectiva proposta de juramento (em 08 de janeiro de 1824), para coincidir com o Dia do Fico.

O Imperador rejeitou a proposta e fixou o juramento da Constituição para 25 de março daquele ano (1824).¹⁹

Ao povo brasileiro, por meio da Carta de Lei de 25 de março de 1824, o Imperador do Brasil apresentou o teor da Constituição do Império do Brasil que deveria ser jurada por ele e pelos representantes das Câmaras (advindas de diversas províncias), em local e data já fixados: no dia 25.03.1824, na Câmara do Rio de Janeiro, como consta no Decreto de 13 de março de 1824.

É interessante observar que o Imperador buscou legitimidade para a outorga da sua carta política não em uma Assembléia Constituinte (ou Legislativa), mas nas Câmaras municipais, a começar, pela Câmara do Rio de Janeiro, o que era de se estranhar, já que tais órgãos não eram representantes do povo, mas do próprio Rei, tendo em vista a sua natureza jurídica oriunda da legislação metropolitana portuguesa:

19 MELLO, op. cit., 2004, p. 169.

No direito português, o poder das Câmaras, como o das antigas Cortes, não advinha da nação mas do Rei, pois uma e outras 'não são representantes dos povos; representam sim *pelos* povos. A Câmara do Rio, [...], tomava-se pelo Senado romano e decidia pelo Brasil, como havia feito em 1822 o Conselho de Procuradores, que tampouco tivera competência para aclamar d. Pedro fosse Defensor perpétuo, fosse Imperador. (grifos do autor)²⁰

Portanto, por ato do Defensor Perpétuo do Brasil, foi outorgada a Constituição de 1824.

1.3.2 O ESTADO UNITÁRIO

A natureza jurídica do Império do Brasil era a de um Estado Unitário²¹, resultante de uma proclamada

associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia. (art. 1, da Constituição de 1824)

As províncias eram órgãos administrativos decorrentes da desconcentração do órgão central, sendo, portanto, uma extensão deste, que tinham por atribuição a gestão das regiões do Império, na forma da Lei (arts. 165 e 166 da Constituição de 1824)

Tais Províncias, por serem órgãos responsáveis pela gestão de parcela do território da Nação, poderiam ser alteradas, isto é, a sua amplitude territorial poderia ser modificada sem consulta aos habitantes destas regiões: “*art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na forma em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.*”.

Como exemplo, menciona-se o Decreto de 07 de julho de 1824, da lavra de Sua Majestade Imperial, que, após parecer do Conselho de Estado (art. 137 da Constituição de 1824), “desligou” da província de Pernambuco a comarca do Rio de São Francisco.

²⁰ MELLO, op. cit., 2004, p. 170.

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 313.

A Constituição que em cada Província seria assegurado aos cidadãos o direito de intervir nos seus negócios, tendo em vista os interesses peculiares destas regiões.

Tal direito deveria ser exercitado pelos Conselhos Gerais de cada Província (art. 71 e 72 da Constituição de 1824), cujas resoluções deveriam ser submetidas ao Poder Executivo (art. 77 da Constituição de 1824), não podendo estes órgãos deliberativos dispor sobre: assuntos de interesse geral; ajustes interprovinciais; criação de imposições (tributos); ou execução das leis (art. 83 da Constituição de 1824).

1.4 A REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DE 1824: O ATO ADICIONAL DE 1834

1.4.1 O PROCEDIMENTO DE REFORMA DA CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição de 1824 estabelecia que durante determinado período (04 anos) ela seria imutável²², podendo a partir daí ser reformada (art. 174 da Constituição de 1824):

Se passados quatro annos, depois de jurada a Constituição do Brazil, se conhecer, que algum dos seus artigos merece reforma, se fará a proposição por escripto, a qual deve ter origem na Camara dos Deputados, e ser apoiada pela terça parte delles.

Apesar desta imutabilidade transitória, a Constituição de 1824 poderia ser classificada como uma constituição semi-rígida (ou semi-flexível): isto é, parte do seu texto poderia ser alterado pelo procedimento das leis ordinárias.²³

A Constituição declarava que existiam determinados temas contidos no seu corpo que eram *materialmente constitucionais*: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e attribuições respectivas dos Poderes Politicos, e aos Direitos Politicos, e individuaes dos Cidadãos” (art. 178, 1ª parte, da Constituição de 1824).

Tais normas que dispunham sobre tais temas representavam o núcleo constitucional desta *Charta* e só poderiam ser alteradas sob o rito previsto nos seus arts. 175, 176 e 177.

²² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 39.

²³ *Ibidem*.

Todas as demais matérias eram consideradas apenas *formalmente constitucionais* e, portanto, não se submetiam a este rito especial de reforma: “*Tudo, o que não é Constitucional, pôde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas ordinarias.*” (art. 178, 2ª parte, da Constituição de 1824).

1.4.2 A ABDICAÇÃO DE D. PEDRO I

Por uma ironia do destino, o reinado do Defensor Perpétuo do Brasil D. Pedro I se encerrou com a sua abdicação, em favor de seu filho, às 10 horas, de 07 de abril de 1831, praticado no Senado brasileiro, onde se encontravam presentes 26 senadores e 30 deputados.

Além de ter ocorrido durante as férias parlamentares (art. 18 da Constituição de 1824)²⁴, a abdicação trazia um problema em si: não existia previsão de a Assembléia Geral eleger um Regente para esta situação (art. 15, II, da Constituição de 1824), pois a *Charta* política apenas elencava tal possibilidade em caso de falecimento do soberano, se não fosse possível a coroação do seu sucessor (art. 47, IV c/c arts. 121 e 122, da Constituição de 1824).

Ou seja, a sucessão deveria se dar apenas na forma do art. 117 da *Charta* imperial, o que se apresentava como outro problema.

O Regente deveria ser o parente mais próximo do soberano com mais de 25 anos e, se não houvesse, deveria ser instituída uma Regência provisória composta por dois Ministros (Estado e Justiça) e dois dos mais antigos membros do Conselho de Estado, sob a presidência da Imperatriz viúva (e, na sua ausência, pelo mais antigo membro do Conselho de Estado). Esta Regência provisória se manteria até a escolha da Regência permanente pela Assembléia Geral, na forma do art. 123 da Constituição de 1824.

Entretanto, os fatos do turbulento dia de 07 de abril de 1831 atropelaram as disposições constitucionais, já que a Imperatriz havia falecido (em 11.12.1826), não existiam outros herdeiros maiores de 25 anos e o Imperador, que deveria ter sido o Defensor Perpétuo do Brasil, havia subitamente abdicado:

A regulamentação constitucional, como se vê, pressupunha situações normais, enquanto o que acontecera naquele tumultuado

24 VIANNA, Hélio. *História do Brasil: monarquia e república*. São Paulo: Melhoramentos, 1967. p. 104.

7 de abril fora anormalíssimo, excepcional, reclamando, desta sorte, tratamento diferente.²⁵

No mesmo ato de abdicação foi constituída provisoriamente uma Regência Trina, composta pelos seguintes membros: Brigadeiro Francisco de Lima e Silva, José Joaquim Carneiro de Campos (o Marques de Caravelas) e pelo Senador Nicolau Pereira do Santos Vergueiro.

Iniciava-se o período regencial no Brasil e com ele aguçaram-se os debates sobre a reforma constitucional.

1.4.3 O ADVENTO DO ATO ADICIONAL DE 1834

Com o advento da era regencial, a pressão por maior autonomia provincial se intensificou, culminando na edição de uma verdadeira tentativa de revolução constitucional: o Ato Adicional de 1834.

O Ato Adicional de 1834 que instituiu a Regência Una, foi o resultado de um processo de negociação que se iniciou em 1831 e que concedeu autonomia às Províncias, estabelecendo a existência nelas de dois centros de poder: a Assembléia Legislativa – que substituiu os Conselhos Gerais, e a presidência provincial.²⁶

Nas palavras do Padre Feijó, Regente do Brasil, vislumbrava-se os limites da autonomia político-legislativa concedida às províncias:

Somente os negócios gerais, quais os direitos e obrigações dos cidadãos, o código criminal e de processo, o emprego das forças e do dinheiro foram excluídos da ação das assembleias provinciais. Hoje as províncias têm em seu meio a potência necessária para promover todos os melhoramentos materiais e morais. A seus filhos está encarregada a espinhosa tarefa, mas honrosa, de fazer desenvolver os recursos necessários a seu bem ser.²⁷

Ou seja, a Constituição do Império foi alterada de tal forma que já se nota o despontar do embrião da futura federação brasileira.

²⁵ PORTO, José da Costa. *Os tempos da Praia*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1981. p. 10.

²⁶ DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005. p. 93 e 97.

²⁷ *Ibidem*, p. 100.

O Ato Adicional de 1834, a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, foi votado observando os ritos previstos para a reforma da Constituição²⁸, bem como ao disposto na Lei de 12 de outubro de 1832, que determina que os eleitores, ao elegerem os membros da Câmara dos Deputados, para legislatura seguinte, lhes concederiam poderes para a reforma de inúmeros dispositivos da Constituição Imperial.

Devido a problemas gerados pela aplicação de normas jurídicas contidas no Ato Adicional de 1834, foi editado uma Lei Interpretativa deste diploma, Lei nº 105, de 12 de maio de 1840, restringindo os excessos desta experiência semi-federalista ocorrida durante o período regencial²⁹, inclusive com a possibilidade revogação de leis provinciais, por ato praticado pelo Poder Legislativo Geral (art. 8º), se afrontarem as interpretações autênticas conferidas por este diploma legal; bem como a faculdade de o presidente da província negar sanção a projeto de lei local que venha contrariar a Constituição do Império (art. 7º da Lei Interpretativa combinado com o art. 16 do Ato Adicional de 1834).³⁰

Evidente que a história legislativa imperial não se encerra neste momento, mas a partir daqui o leitor já possui subsídios para a compreensão dos temas que serão a seguir estudados.

Nos capítulos seguintes pretende-se adentrar no estudo do Direito Tributário no Império do Brasil.

2 A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

2.1 A CONSTITUIÇÃO E O PODER DE TRIBUTAR

A partir da ascensão da doutrina constitucionalista³¹, no século XVIII, o poder de tributar, assim como qualquer espécie de poder, tem a sua origem no Povo, que se apresenta como o seu titular.

O Povo, por meio de seus representantes, reunido em assembléia constituinte, poderá instituir um Estado, por meio de uma Constituição:

A Constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-

28 DOLHNIKOFF, op. cit., p.97.

29 Ibidem, p. 125.

30 VIANNA, op.cit., p. 111.

31 MORAES, op.cit., p.35.

se unidade política e tarefas estatais ser exercidas. Ela regula procedimentos de vencimento d conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria as bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade.”³²

Pelo fenômeno do constitucionalismo, o Povo, por meio da Constituição por ele proclamada, edificaria o Estado, delegaria poderes às entidades políticas do Estado, repartiria atribuições entre os órgãos estatais, criaria limites e os respectivos instrumentos para assegurar as liberdades individuais.

Dentro da perspectiva da delegação de poderes e a sua repartição entre os órgãos estatais, pode-se vislumbrar um dos fundamentos do Direito Tributário: o exercício da competência tributária.

2.2 O PODER DE TRIBUTAR E A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA NA CHARTA MAGNA DE 1824

O Direito Tributário, como nós conhecemos, também só pode ser compreendido a partir dos eventos das revoluções burguesas do século XVIII que ensejaram o surgimento do fenômeno do constitucionalismo.

Pode-se afirmar, sem muitos receios, que um dos marcos, do direito tributário, foi a revolta popular contra a Lei do Selo de 22 de março de 1765, que impunha a obrigatoriedade de obtenção de selo público em todos os contratos, jornais e cartazes, mediante pagamento de taxa nas colônias americanas da Inglaterra. A Declaração dos colonos, oferecida ao rei Jorge III, se inspirou na idéia de que o Parlamento inglês não poderia impor uma tributação à sociedade (da colônia), pelo simples fato de que neste órgão legislativo não existiam representantes populares das colônias americanas, as quais sofreriam a imposição fiscal: *not taxation without representation*. A lei foi revogada em 1766.

Mais adiante, como o Parlamento metropolitano inglês pretendia instituir tributação adicional sobre o chá que seria exportado desta colônia para a metrópole, a comunidade de Boston reputou por injusta e abusiva a incidência deste tributo, o qual prejudicaria o seu comércio,

32 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 37.

bem como a vida econômica daquela sociedade: estava armado o palco para a deflagração da revolta, que culminou com o Massacre de Boston, em 5 de maio de 1770.³³

O tributo passou a ser compreendido como uma exceção a dois direitos fundamentais, o de livre obrigar-se e o de propriedade: ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude lei (art. 179, I, da Constituição de 1824) e é assegurado a todos o direito de possuir patrimônio (art. 179, XXII, da Constituição de 1824).

Ou seja, o indivíduo só estaria obrigado a pagar algo, contra a sua vontade, transferindo parte do seu patrimônio, se a lei (em sentido formal) assim o declarasse.

A *Charta Magna* de 1824 incorporava estes princípios, ao estabelecer, em seu art. 36, I, que era da competência privativa da Câmara dos Deputados, cujos representantes eram eleitos (para mandato provisório) pelo voto dos cidadãos habilitados (art. 35 e 90 da Constituição de 1824), a instauração do processo legislativo sobre impostos:

Os impostos e o recrutamento são dois gravames que pesam muito sobre os povos, são dois graves sacrifícios do trabalho ou propriedade, do sangue e da liberdade, são dois assuntos em que a nação demanda toda a poupança, meditação e garantias.

[...]

Se a Câmara rejeita a medida, a rejeição é peremptória, pois que o Senado não pode propô-la; se adota, os termos da adoção vêm já acompanhados do juízo expressado, das circunstâncias dos debates, de uma influência moral ou predomínio importante, que gera impressão sobre a opinião pública e que deve ser bem considerado pelo Senado, que antes disso não é chamado a manifestar suas idéias. Acresce que, por uma conseqüência lógica e rigorosa, o senado não pode mesmo emendar tais projetos no fim de aumentar por forma alguma o sacrifício do imposto [...], ou de substituir a contribuição por outra mais onerosa, pois que seria exercer uma iniciativa nessa parte. Seu direito limita-se a aprovar, rejeitar ou emendar somente no sentido de diminuir o peso ou duração desses gravames

33 KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2008.

[...]

Tal é o privilégio que a Câmara dos Comuns mais zela na Inglaterra; ela não tolera que nenhuma medida que tem relação direta ou estreita com *money-bill* possa ser iniciada na Câmara dos Lordes.³⁴

Este poder conferido à Câmara dos Deputados se justificava, em verdade, pela natureza da composição deste órgão, no qual se faziam presentes os mandatários que representavam o Povo, de modo mais imediato:

Os deputados são os mandatários, os representantes os mais imediatos e ligados com a nação, com os povos. Tema a missão sagrada de expressar as idéias e desejos destes, de defender suas liberdades,, poupar os seus sacrifícios, servir de barreira a mais forte contra os abusos e invasões do poder, em suma, de substituir na Assembléia Geral a presença dessas frações sociais e da nação inteira cumpre pois que sejam escolhidos e eleitos por aqueles que lhes cometem tão importante mandato, cumpre que dependam só e unicamente daqueles de cujas idéias, necessidades e interesses, de cujo bem ser e progresso têm o destino de ser órgãos imediatos e fiéis.³⁵

Portanto, apesar do silêncio (e concordância tácita) sobre a escravidão (art. 94, II), apesar da manutenção do padroado (art. 102, II e XIV) *et cetera*, a Constituição de 1824 estava (formalmente) em plena sintonia com os baluartes liberais do século XIX, como vangloria LIMA:

A monarquia no Brasil achava-se estreitamente ligada ao sistema parlamentar e foi, até, no século XIX, sem falar na Inglaterra, *alma mater* do regime representativo e não obstante defeitos procedentes das deficiências políticas do meio, uma das expressões mais legítimas e pode mesmo dizer-se mais felizes.³⁶

A competência tributária, portanto, seria o poder delegado pela Constituição para que órgãos do Estado pudessem, mediante Lei, instituir tributos. O exercício de tal competência, em última análise,

34 SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de. *Organização e introdução de Eduardo Kugelmas*: São Paulo: 34, 2002. p. 172-173.

35 *Ibidem*, p. 112.

36 LIMA, Oliveira. *O movimento da Independência, o Império brasileiro: 1821-1889*. São Paulo: Melhoramentos, 1962. p. 371.

pressupõe que aquele órgão teria, também, atribuição legiferante, já que o tributo deveria ser instituído mediante Lei em sentido formal³⁷:

Após a Independência constituiu-se, no Brasil, o estado fiscal. A principal característica deste estado consiste em um “novo perfil da receita pública, que passou a se fundar nos empréstimos, autorizados e garantidos pelo legislativo, e principalmente nos tributos” em vez de estar consubstanciada nos ingressos originários do patrimônio do príncipe. Além disso, o tributo deixa de ser cobrado transitóriamente, vinculado a uma determinada necessidade conjuntural (ainda que, às vezes, continuasse sendo cobrado mesmo quando não existia mais necessidade, como se verificou no caso de dotes nupciais), para ser cobrado permanentemente.³⁸

A Lei (em sentido formal) é espécie legislativa que, por meio de determinado processo realizado pelos representantes políticos (art. 52 *usque* art. 70 da Constituição de 1824), a vontade do Estado fica cristalizada. A Lei, portanto, seria um instrumento de inserção, no ordenamento jurídico, daquelas normas que o Estado entende por criar, após a observância de determinado procedimento.

Em outras palavras, a lei é fruto da vontade popular, que, por meio de determinado procedimento, e concretiza as decisões políticas tomadas pelos mandatários do povo (deputados, senadores etc.), inserindo novas normas no ordenamento jurídico, permitindo que o povo se governe.

2.3 A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA NO IMPÉRIO DO BRASIL

2.3.1 A CONCENTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Como exposto, a Constituição de 1824 instituiu um Estado Unitário, em que as províncias não gozavam de autonomia, não participavam do exercício do poder político, o qual estava concentrado no ente central, que representava a Nação.

Se não existia repartição deste poder, sendo as Províncias mera extensão do ente político central, é evidente que não faria sentido que o legislador constituinte as dotasse de parcela do poder de tributar.

37 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

38 BALTHAZAR, op.cit., p.79.

De fato, os Conselhos Gerais, que eram órgãos colegiados de deliberação sobre assuntos provinciais (art. 71 da Constituição de 1824), foram expressamente proibidos de instituir tributos³⁹:

Art. 83. Não se podem propôr, nem deliberar nestes Conselhos Projectos.

I. Sobre interesses geraes da Nação.

II. Sobre quaesquer ajustes de umas com outras Provincias.

III. Sobre imposições, cuja iniciativa é da competencia particular da Camara dos Deputados.

IV. Sobre execução de Leis, devendo porém dirigir a esse respeito representações motivadas á Assembléa Geral, e ao Poder Executivo conjunctamente. (grifos nossos)

Somente a Câmara dos Deputados detinha a atribuição privativa para iniciar os debates sobre a instituição de tributos, na forma do art. 36, I, da *Charta* imperial, logo, nenhum outro órgão estatal (central ou provincial) poderia iniciar o processo legislativo para a criação da lei tributária.

Note-se que a deliberação e a aprovação de uma lei (inclusive a tributária) era da atribuição da Assembléia Geral (arts. 13 e 15, VIII, da Constituição imperial), a qual era composta pela Câmara dos Deputados e pelo Senado (art. 14, da Constituição imperial).

Apesar de a atribuição para instituir a Lei tributária residir na Assembléia Geral, o exercício da iniciativa para apreciação de propostas de criação de lei tributária partia, necessariamente, da Câmara dos Deputados.

O Poder Legislativo, consoante a *Charta Magna* imperial, era delegado à Assembléia Geral, com a sanção do Imperador (art. 13 da Constituição imperial), isto é, o Imperador participava do exercício deste Poder, como se infere da interpretação dos arts. 64 a 70 da Constituição imperial.⁴⁰

2.3.2 PROBLEMAS DECORRENTES DA CONCENTRAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Tendo em vista a concentração da competência tributária no Ente central, as Províncias ficaram na dependência de decisões políticas

39 ELLIS, op.cit., p.64.

40 SÃO VICENTE, op.cit., p.111.

de repasses do tesouro público, algo que não ocorria com frequência, tendo em vista o *déficit* fiscal crônico que assolava o governo imperial⁴¹ e que praticamente impedia a realização de significativas transferências.

Ademais, como exposto, o Império do Brasil recepcionou a legislação tributária lusitana e as Províncias, tendo em vista a penúria fiscal crônica, além de continuarem a cobrar tributos antigos, em flagrante agressão à *Charta Magna*, instituíram, dissimuladamente, novos tributos, inclusive sobre as mesmas hipóteses de incidência de tributos gerais (isto é, instituídos pelo ente central)⁴²: “A Constituição de 1824 não resolveu o problema de competências tributárias. Alguns impostos eram cobrados várias vezes sobre o mesmo gênero.”⁴³

A situação se agravou a ponto que, em 1835, o Ministro da Fazenda Miguel Calmon du Pin e Almeida, por meio da Circular, de 17 de dezembro de 1827 (decisão nº 126), veio a exigir que as Juntas de arrecadação, nas províncias, elaborassem uma lista completa e circunstanciada de todos os “tributos e impostos”, com a indicação da denominação, da data da criação, do ato normativo que o instituiu, do valor arrecadado líquido (nos últimos três anos), bem como a indicação da despesa pública e do estado atual da dívida ativa da Nação, naquela Província.

Dois dias depois, por meio da Circular, de 19 de dezembro de 1827 (decisão nº 129), o mesmo Ministro da Fazenda exigiu que os presidentes das províncias informassem, minuciosamente os impostos “mais gravosos aos contribuintes e por isso mais nocivos ao desenvolvimento da riqueza pública”, de modo a ser possível determinar quais poderiam ser arrecadados diretamente pela Fazenda pública e quais poderiam ser arrematados por contratos. Requereu também informações sobre eventuais abusos quando da cobrança e fiscalização dos tributos e como corrigir estes excessos, tudo isto a fim de diminuir as despesas e aumentar as receitas.

Com o advento da primeira Lei orçamentária brasileira, a Lei de 14 de novembro de 1827, buscou-se organizar a precária relação entre despesas e receitas.

41 LIMA, op.cit. , p. 452.

42 BALTHAZAR, op.cit, p.82.

43 Ibidem, p.81.

Apesar desta lei expressamente se referir ao Tesouro público da Corte e da Província do Rio de Janeiro, ela também conferia parâmetros para as demais províncias.

Note-se que as províncias deveriam concorrer para custear as despesas gerais, sendo que seus eventuais saldos existentes deveriam servir para o financiamento do governo central (art. 4º), tendo em vista o *déficit* público existente (art. 5º). Foram mantidos em vigor, para o exercício de 1828, todos os tributos que estavam sendo exigidos (art. 6º).

2.3.3 O ATO ADICIONAL DE 1834: O SURGIMENTO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PROVINCIAL E A GUERRA FISCAL

2.3.3.1 O ATO ADICIONAL DE 1834

O Ato Adicional de 1834, a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, transformou os Conselhos Gerais em Assembléias Legislativas (art. 1º) e delegou a estes órgãos diversas competências legislativas (art. 10), dentre elas as de fixar as “despesas municipais e provinciais e os impostos para elas necessários, contanto que não prejudiquem as imposições gerais do Estado”.

Recebendo esta competência legislativa, bastante genérica, o legislador, no art. 12, do mesmo Ato Adicional, também estabeleceu outro limite ao exercício do poder de tributar por aqueles órgãos legislativos provinciais: “As Assembléias Provinciais não poderão legislar sobre impostos de importação [...]”.

Com o advento deste Ato Adicional ocorreu que as Províncias receberam poderes para instituir quaisquer tributos, desde que não prejudicassem as imposições gerais do Estado e que não se confundissem com os impostos de importação.⁴⁴

2.3.3.2 INVASÕES DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

Evidente que estas vedações genéricas não bastavam para impedir os excessos dos legisladores provinciais, que reiteradamente invadiam a competência tributária do ente central:

É que as Assembléias Provinciais, contrariando proibição expressa da lei de 12 de agosto de 1834 (Ato Adicional), continuavam a

⁴⁴ SÃO VICENTE, op.cit., p. 252.

legislar sobre importação e exportação, bem como sobre outras contribuições [...] ‘A circulação dos produtos da indústria nacional é gravada em algumas Províncias com imposições quase proibitivas; em outras os próprios gêneros que já pagaram direitos de importação são novamente tributados, segundo a sua natureza e qualidade, com o intuito de proteger algumas fábricas estabelecidas nas ditas Províncias’. Impunha-se, assim, uma decisão sobre o assunto, pois, do contrário, não só seria perturbado o sistema fiscal, “como prejudicada profundamente a riqueza pública.”⁴⁵

Em verdade, ao se dotar às províncias de competência tributária sem se estruturar um sistema tributário nacional, que de modo eficaz impedisse os conflitos no exercício deste poder de tributar, criou-se uma grande guerra fiscal no Império do Brasil, pois as províncias, em busca de novas fontes de receitas, instituíam muitas vezes adicionais aos impostos gerais ou então estabeleciam dissimuladamente impostos de importação ou de exportação (o que era vedado), ou tributavam o comércio interprovincial.

A razão para este fenômeno era, sem dúvidas, a escassez de fontes significativas de receitas provinciais:

Dois anos depois, Sales Tôrres Homem acentuava, também, e igualmente na posição de ministro da Fazenda, as distorções causadas pela exorbitância legislativa das Assembléias Provinciais, em matéria de impostos, com grave reflexo nas atividades do país. Mas esse era, sem dúvida, o resultado, que se agravava com o decorrer do tempo, do excessivo poder de tributar que detinha o governo central, em detrimento das províncias, as quais, na falta de recursos, exigidos pela evolução de sua própria economia, não viam outro meio para obtê-los senão desrespeitar os limites fiscais que lhes haviam sido traçados.⁴⁶

2.3.3.3 CRISE FISCAL

Esta falta de recursos, justificada pela impossibilidade de criação de tributos, que pudessem incidir sobre relevantes fatos econômicos se agrava pelo fato que a sociedade brasileira do século XIX continuava a ter por principais atividades econômicas aquelas relacionadas com

45 SÃO VICENTE, op.cit. p. 252.

46 ELLIS, op.cit., p.73.

a monocultura agrícola, fundada no trabalho escravo, bem como, e a exportação destes produtos primários:

[...] podemos dizer que o Período Imperial se assemelhou ao Período Colonial em três aspectos: a economia do Brasil conservava-se monocultora, agro-exportadora e escravocrata. Outro ponto em comum residiu na importância dada ao imposto de importação, alterado conforme as necessidades e anseios protecionistas da Coroa.⁴⁷

As Províncias, portanto, eram praticamente compelidas a invadir a competência tributária do ente central, em busca de fontes de financiamento, tendo em vista que significativamente muito pouco restava para a incidência de eventuais tributos locais:

Na área provincial, como se viu, os governos locais, premidos pela falta de meios, eram levados a recorrer com frequência, a impostos que conflitavam, ostensivamente, com sua reduzida competência tributária.⁴⁸

Este conflito ficava mais evidente quando se tinha em conta que, antes mesmo do advento do Ato Adicional de 1834, por meio de leis ordinárias, o Império discriminou as competências tributárias do ente central e das Províncias, classificando-as em Receitas Gerais e Receitas Provinciais.

2.3.3.4 RECEITAS GERAIS E RECEITAS PROVINCIAIS: A REPARTIÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA.

O conceito de Receita Geral e de Receita Provincial foi inicialmente previsto na Lei nº 58, de 08 de outubro de 1833, que era a lei orçamentária para o exercício financeiro que foi de 1º de julho de 1834 a 30 de junho de 1835.

Inicialmente, como era de praxe nas leis orçamentárias imperiais, determinou-se que todos os impostos que haviam sido instituídos pela lei orçamentária de 24.10.1832 continuariam em vigor naquele exercício financeiro (art. 30, Lei nº 58, de 08 de outubro de 1833).

⁴⁷ BALTHAZAR, op.cit., p.101.

⁴⁸ Ibidem, p.101.

Por Rendas públicas integrantes da Receita geral (art. 36, da Lei nº 38, de 03 de outubro de 1834), enquanto lei geral não viesse a dispor especificamente sobre o tema, consideravam-se todos as receitas (inclusive os impostos) a que se referiam a Lei nº 58, de 08 de outubro de 1833, bem como os impostos provinciais da Corte e do Município do Rio de Janeiro.

Ou seja, a especificação das receitas gerais era discriminada de forma taxativa, *numerus clausus*, sendo que na Corte e no Município do Rio de Janeiro havia uma competência tributária cumulativa do ente central (art. 36, §1º, da Lei nº 38, de 03 de outubro de 1834) para cobrar os impostos provinciais, com exceção de alguns impostos que eram de competência da Câmara Municipal do Rio de Janeiro: os arrecadados pela Polícia e os foros anuais decorrentes de terreno de marinha, art. 37, §§1º e 2º, da Lei nº 38, de 03 de outubro de 1834.

As Rendas Provinciais (art. 39 da Lei nº 38, de 03 de outubro de 1834) eram as demais rendas que eram cobrados pelas Províncias e que não eram abarcadas pela competência tributária do ente central, passando a pertencer o produto da arrecadação à Receita Provincial, sendo possível a sua alteração pelas respectivas Assembléias Legislativas.

Ressalte-se que antes mesmos das alterações na competência tributária instituídas pelo Ato Adicional de 1834, a Lei orçamentária nº 58, de 08 de outubro de 1833 já fazia referência expressa ao poder de tributar das Províncias (art. 35), isto é, todos os impostos não inclusos dentro do conceito de Receita Geral, sendo permitido que os Conselhos Geras (das províncias) fixassem o orçamento local.

A partir da Lei orçamentária nº 99, de 31 de outubro de 1835, que fixava as despesas e receitas para o exercício financeiro compreendido entre 1º de julho de 1836 e 30 de junho de 1837, ficou melhor delineado a amplitude das receitas gerais (art. 11).

Por este diploma legislativo, as províncias recebiam uma espécie de competência tributária residual, que deveria ser exercida por sua Assembléia Legislativa (art. 12, da Lei nº 99, de 31 de outubro de 1835):

Ficam pertencendo à Receita Provincial todas as imposições não delineadas nos números do art. 11 antecedente; competindo às Assembleas Provinciaes legislar sobre a sua arrecadação e alteralas, ou aboli-las, como julgarem conveniente.

O complicador na delimitação das competências tributárias residia no fato de que não existiam normas constitucionais dispendo sobre o tema, ficando ao arbítrio do legislador ordinário, ao elaborar as leis orçamentárias, definir a repartição do poder de tributar e também na existência de um efetivo sistema de controle de constitucionalidade das leis provinciais.

2.3.3.5 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CHARTA MAGNA IMPERIAL E A GUERRA FISCAL

Ao contrário das Constituições republicanas que adotaram, na sua evolução, um misto do sistema americano-germânico para o Controle de Constitucionalidade das leis, a ser exercido pelo Judiciário, de forma difusa (por qualquer órgão jurisdicional, a partir de 1891) ou concentrada (pela nossa Corte Suprema, a partir de 1946), a *Charta Magna* imperial adotou o sistema britânico de controle, isto é, somente o Parlamento, órgão composto por representantes populares, poderia realizar a fiscalização dos atos normativos à luz da nossa Constituição.⁴⁹

Competia à Assembléia Geral velar pela guarda da Constituição, bem como interpretar, suspender ou revogar as Leis (art. 15, IX e X, da Constituição de 1824), pelo fato de que, pelos ensinamentos de SÃO VICENTE⁵⁰:

O art. 15, §9º da Constituição confirma uma atribuição que o direito de fazer as leis por certo importa; ele inclui necessariamente o direito de inspecionar, de examinar se elas são ou não fielmente observadas [...].

De todas as leis as que demandam maior inspeção, por isso mesmo que demandam o mais alto respeito, são as leis constitucionais, pois que são o fundamento de todas as outras e da nossa existência e sociedade política. São os títulos dos direitos dos poderes políticos, e não são só títulos de seus direitos, mas também de suas obrigações, não são só brasões de autoridades, são também garantias dos cidadãos; ligam o súdito e o poder; é por isso que a Constituição ordena que a Assembléia Geral *que vele na guarda de seus preceitos*.

Competia também à Assembléia Geral controlar os atos do Poder Executivo, limitando os seus poderes:

49 MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo. Saraiva, 2007, passim.

50 SÃO VICENTE, op.cit., p. 168.

A principal vigilância que a Assembléia Geral deve exercer é que o poder executivo se encerre em sua órbita, que não invada o território constitucional dos outros poderes, é a primeira condição da pureza do sistema representativo e que decide das outras; que respeite as liberdades individuais.

A exata observância das leis ordinárias, das leis fiscais, cujos abusos são mui opressivos, das que promovem os melhoramentos vitais do país, como suas estradas e colonização, cuja omissão tanto pode afetar a sorte do povo, enfim de todas as normas da sociedade, muito interessada, ao seu desenvolvimento e bem-estar.⁵¹

A *Charta Magna* de 1824 originariamente, por instituir um estado Unitário, sem delegar aos Conselhos Gerais provinciais competências legislativas, estabeleceu que as resoluções tomadas por estes órgãos deveriam ser remetidas ao Poder Moderador (o Imperador), por meio do Presidente da Província (art. 84, da Constituição imperial), o qual poderia mandar executar ou suspender a eficácia da resolução até ulterior deliberação da Assembléia Geral (arts. 86, 87, 88, e 101, IV, da Constituição imperial).

Se a Assembléia Geral estivesse reunida, deveria ser enviada diretamente para este órgão a resolução do Conselho geral provincial, nos termos do art. 85 (da Constituição imperial), para que fosse a proposta debatida como projeto de lei.

Em outras palavras, como os Conselhos Gerais tinham sua atribuição legislativa limitadíssimas, o risco de haver leis provinciais inconstitucionais também era (em tese) reduzido.

Com o advento do Ato Adicional de 1834 e a criação de Assembléias provinciais dotadas de competência legislativa, inclusive tributária, a situação se modificou, pois o risco de surgimento de leis inconstitucionais provinciais aumentou em muito (art. 10, da Lei nº 16, de 12, de agosto de 1834).

Este risco ficou tão evidente para SÃO VICENTE que ele analisa, de modo enérgico, a natureza de uma lei provincial inconstitucional:

§ 2º Das leis provinciais ofensivas da Constituição:

51 São Vicente, op. cit. p. 168.

235. É evidente que qualquer lei provincial que ofender a constituição, ou porque verse sobre assunto a respeito de que a Assembléa Provincial não tenha faculdade de legislar, ou porque suas disposições por qualquer modo contrariem algum preceito fundamental, as atribuições de outro poder, os direitos ou liberdades individuais ou políticas dos brasileiros, é evidente, dizemos, que tal lei é nula, que não passa de um excesso ou abuso de autoridade.

Um ato tal é uma espécie de rebelião da autoridade provincial contra seu próprio título de poder. A própria Assembléa Geral não tem direito para tanto, as Assembléas Provinciais não podem, pois, pretendê-lo. No caso de se dar tal abuso ele deve ser desde logo cassado.⁵²

Como se daria esta *cassação* da lei provincial inconstitucional?

O art. 20, do Ato Adicional de 1834 (que reformou a Constituição imperial) atribuiu à Assembléa Geral poderes para revogar apenas as leis provinciais que ofendessem a Constituição, os impostos gerais, os direitos de outras províncias ou os tratados.

Entretanto, esta revogação não era automática, dependendo de expressa prática de ato pelo Poder legislativo (art. 8º da Lei nº 105, de 12 de maio de 1840 (Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1834)).

A Lei nº 105, de 12 de maio de 1840 (Lei de Interpretação do Ato Adicional de 1834), estabelecia, no seu art. 10, §8º, a possibilidade de o Presidente provincial vetar (não sancionar) lei aprovada pela Assembléa Legislativa, por inconstitucionalidade (art. 7º).

O problema envolvendo esta forma de controle de constitucionalidade era manifesta: a revogação (ou suspensão da eficácia) de uma Lei provincial, pela Assembléa Geral, necessitava de articulação política para que resultasse em deliberação no legislativo nacional, como ocorreu com o imposto de consumo (de giro) instituído pela Assembléa Legislativa pernambucana (1885), em manifesta afronta ao disposto no art. 10, §5º, do Ato Adicional de 1834. O Governo imperial preferiu manter-se inerte, não comprando esta briga, tendo em vista que a existência destas espécies de imposto provinciais era um “mal menor”: o Poder Executivo não desejava intervir para não gerar conflito com as Assembléas Provinciais.⁵³

⁵² São Vicente, op. cit., p. 251.

⁵³ MELLO, op.cit., 1999, p.277-278.

Diante deste deficiente sistema de controle de constitucionalidade, o estudo dos limites ao poder de tributar ganha um realce maior.

3 LIMITES AO PODER DE TRIBUTAR

À luz do constitucionalismo, o poder de tributar, como qualquer outra forma de poder, tem como seu titular o próprio Povo, que o delega, pela Constituição a órgãos do Estado.

Evidente que o Povo não delega o poder de tributar de forma absoluta, ao contrário, limita o exercício destes poderes a fim de proteger os direitos fundamentais à liberdade e ao patrimônio.

Neste momento, busca-se estudar quais os limites ao poder de tributar que existiam no Direito do Império do Brasil.

3.1 LEGALIDADE

Não existia, no art. 179, da Constituição do Império, uma previsão explícita de que os tributos apenas poderiam ser instituídos por meio lei, em sentido formal.

Entretanto, facilmente se extrai este princípio da leitura da Constituição de 1824: estava assegurado, como direito fundamental dos cidadãos, que ninguém está obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo senão em virtude lei (art. 179, I, da Constituição de 1824) e é que seria assegurado, a todos, o direito de possuir patrimônio (art. 179, XXII, da Constituição de 1824).

Esta proclamação do império da Lei também se percebe quando se está diante da criação de tributos.

Nos termos da Constituição do Império, a atribuição privativa para se iniciar o processo legislativo para criação de tributos, nos termos do art. 36, I, era da Câmara dos Deputados, cujos representantes eram eleitos (para mandato provisório) pelo voto dos cidadãos habilitados (art. 35 e 90 da Constituição de 1824). Entretanto, a criação da Lei deveria se dar após procedimento que previa debate e deliberação em ambas as Casas do Poder Legislativo (arts. 55 e 60, da Constituição de 1824), com posterior sanção do Imperador, no exercício do Poder Moderador (art. 101, III, da Constituição de 1824).

Portanto, para a criação de tributos, nos termos da Constituição de 1824, exigia-se Lei, em sentido formal.

3.1.1 LEIS ORÇAMENTÁRIAS

Uma prática muito comum, durante o Império do Brasil, a partir da Lei orçamentária nº 58, de 08 de outubro de 1833, era a descrição e a possibilidade de instituição de tributos por meio das leis orçamentárias que iriam vigorar no exercício fiscal seguinte.

Nas próprias leis orçamentárias vinha a descrição dos tributos existentes e, em alguns casos, a instituição de outros ou a alteração das alíquotas dos tributos existentes.

3.1.2 TRATADOS INTERNACIONAIS

Os tratados internacionais podem ser considerados como o calcanhar de Aquiles do 1º Reinado e merecem um estudo mais detalhado.

Nos termos do art. 102, VII e VIII, da Constituição de 1824, competia ao Poder Executivo entabular negociações com outros Estados, no plano internacional, e com eles celebrar tratados (de aliança militar (ofensiva ou defensiva), de subsídios ou de comércio).

Tais tratados firmados pelo Poder Executivo deveriam ser levados a conhecimento da Assembléia Geral, se não houvesse risco à segurança e ao interesse público (art. 102, VIII, da Constituição de 1824).

SÃO VICENTE fundamenta as razões para apreciação dos tratados pelo Legislativo:

Se um tratado de aliança se estipularem cláusulas que estabeleçam prestações do tesouro Nacional, estas não produzirão direito s e obrigações senão depois de aprovadas pelo poder legislativo, porquanto pela Constituição e só a este compete exclusivamente o autorizar despesas públicas, e porque as atribuições do poder executivo não derogam as do legislativo, antes sim entendem-se em harmonia. [...]

Se a título de celebrar tratados fosse permitido tal abuso, então o poder executivo se erigiria em supremo ditador: poderia por este

meio alterar toda a Constituição e leis nacionais, pactuar por exemplo a intolerância religiosa, suprimir a liberdade de imprensa, alterar o sistema de impostos, de heranças, enfim anular as instituições e os outros poderes políticos.⁵⁴

De fato, competia à Assembléia Geral instituir a lei orçamentária, fixando despesas e receitas, nos termos do art. 15, X, da Constituição imperial.

O Imperador, mesmo após a Constituição de 1824, passou a introduzir diretamente no ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais firmados por ele ou pelos representantes imperiais por meio de Cartas de Lei, que eram espécies legislativas editadas pelo Imperador, que prescindiam da deliberação da Assembléia Geral.

A assinatura dos tratados de comércio anteriores ao convencionado com os Estados Unidos, que, evidentemente, envolviam matéria tributária, instituindo privilégios em favor de determinadas nações, irritara sobremodo a Câmara dos Deputados, que se julgava diminuída em suas prerrogativas constitucionais.

Portanto, para cortar o mal pela raiz, a Lei de 24 de setembro de 1828, em seu art. 1º estipulava: “Os direitos de importação de quaisquer mercadorias, e gêneros estrangeiros, ficam geralmente taxados para todas as nações em quinze por cento, sem distinção de importadores, enquanto uma lei não regular o contrário.”⁵⁵

Em verdade, os tratados internacionais firmados pelo Brasil em matéria tributária, desde a época da vinda do Regente D. João VI ao Brasil, com o advento do tratado de 1808, tenderam, a partir da Independência a desequilibrar as contas públicas da Nação.

O denominado Tratado de Pães e Vinhos, de 1808, e a sua renovação após a independência, repercutiram nas contas públicas brasileiras porque interferiram diretamente em um dos principais impostos do Império do Brasil: o imposto de importação.

Se pudéssemos retrospectivamente analisar a política tributária em relação ao imposto de importação, no primeiro reinado, seria possível

54 SÃO VICENTE, op.cit., p.326-327.

55 ELLIS, op.cit., p.64.

concluir que o que a definiu foi este tratado firmado com a Inglaterra, em que se almejava o reconhecimento da Independência por esta nação.

Por tal tratado era fixado em 15% a alíquota do imposto de importação para todos os produtos importados pelo Brasil, da Inglaterra, ratificada a cláusula da reciprocidade.

Nos termos do texto que determinava a abertura de nossos portos, uma relação de “paz e harmonia com a Coroa” era o requisito que justificava a autorização para a entrada de mercadorias estrangeiras [...] A medida beneficiava diretamente a Inglaterra, que poderia escoar seus produtos em território brasileiro, mantendo-se tradição de dependência que vingou até a Primeira Guerra Mundial, quando se processou incipiente modelo de substituição de importações.⁵⁶

Baseada na cláusula da nação mais favorecida, as demais Nações que começaram a firmar tratados de livre comércio, amizade e navegação, passaram a ter seus produtos, quando importados pelo Brasil, tributados sob alíquota de 15% (quinze por cento).

Foi catastrófica para o Brasil a adoção deste regime tributário, pois, além de praticamente impedir o nascimento da indústria nacional (apesar do alvará de 1º de abril de 1808, conhecido como alvará da liberdade industrial, que revogava o Alvará de 05 de janeiro de 1785)⁵⁷, já que, sem a menor proteção fiscal, não teria como haver competição com as mercadorias produzidas no estrangeiro, ademais, o valor da alíquota deste tributo era baixíssima, o que impedia uma relevante arrecadação, em relação a um dos mais importantes tributos da Nação.

Deve-se ressaltar que, na inexistência de mercado consumidor interno significativo, tendo em vista que grande parte da mão-de-obra ou era escrava ou trabalhava em lavouras no campo, em regime de subsistência, não havia como tributar significativamente o consumo.

As principais atividades econômicas, portanto, eram a exportação de matéria prima, sobretudo oriundas da lavoura monocultora, e a importação de mercadorias manufaturadas. Incidiam sobre estes produtos os impostos de importação e de exportação.

⁵⁶ GODOY, op.cit., p.30.

⁵⁷ *Ibidem*, p.51.

Como exposto, ao se fixar a alíquota padrão em 15% ocorreu o duplo fenômeno da perda de potenciais receitas, tendo em vista o tamanho da alíquota e a criação de obstáculo para a indústria nacional.

Em verdade, a natureza extrafiscal do imposto de importação, foi manuseada de forma deletéria para o país.

O Brasil, durante o primeiro reinado, apenas não adotou esta alíquota quando, em manifesta retaliação a Portugal, fixou alíquotas bem superiores para seus produtos importados pelo Brasil, com a finalidade manifesta de utilizar o tributo como sanção pela conduta do Estado português de não reconhecimento da Independência brasileira.

Se pudéssemos retrospectivamente analisar a política tributária em relação ao imposto de importação no 1º reinado poderia se concluir que o que a definiu foi o tratado firmado com a Inglaterra e que buscava o reconhecimento da Independência brasileira por esta nação.

Com a denúncia de alguns tratados e o encerramento do prazo de vigência de outros, pela década de 1840, o Brasil passou a ter a oportunidade de interferir decisivamente na sua política fiscal: daí adveio a tarifa Alves Branco, que fixou a alíquota do imposto de importação entre o mínimo de 30% e o máximo de 60% *ad valorem*.

A política tributária relacionada com o imposto de importação, na verdade, sobretudo no segundo reinado, foi concebida apenas para atender às finalidades fiscais do império sem haver uma percepção dos efeitos desta política no desenvolvimento da indústria nacional:

[...] as tarifas, não obstante os elementos protecionistas que chegavam a conter, com favoráveis reflexos na evolução da indústria nacional, deixavam de servir, em grande parte, a outros propósitos que não fosse o de carrear para o Tesouro maiores recursos financeiros, sem especial vinculação com o desenvolvimento econômico do país.⁵⁸

3.2 ANUALIDADE

Não existia, nas formas jurídicas do ordenamento jurídico brasileiro vigente durante o Brasil Império um princípio da anterioridade.

58 ELLIS, op.cit., p. 84.

No Direito tributário, vigente durante o Império do Brasil, havia um debate sobre a possibilidade de os tributos instituídos passarem a ser cobrados indefinidamente, ou em exercícios financeiros subsequentes, sem a necessidade de uma nova lei prevendo-o.

Tinha-se a idéia de que o tributo era uma criação excepcional, uma intervenção extraordinária do Estado no patrimônio dos indivíduos. O tributo seria um mal que recaía sobre a riqueza da sociedade⁵⁹ e que, portanto, a sua duração deveria se ater ao exercício financeiro em que indicado na respectiva lei orçamentária que mencionava as receitas decorrentes da sua arrecadação.

Portanto, entendia-se que deveria vigorar uma espécie de Princípio da Anualidade.

Este debate foi inclusive enfrentado por SÃO VICENTE, que entendia a natureza perene da lei tributária, até que outra lei viesse a revogá-la:

Cumprimenta examinar qual é a duração das contribuições brasileiras, ou o tempo pelo qual os súditos do Império estão adstritos a solvê-las; se só pelo ano financeiro, salva sua renovação periódica, ou se sem limitação de tempo, enquanto a lei constitutiva de cada uma não for expressamente revogada?

O art. 171 da Constituição declara, quanto às contribuições diretas, à exceção daquelas que estiverem aplicadas aos juros e amortização da dívida pública, que elas serão anualmente estabelecidas pela Assembléia Geral, mas que continuarão até que se publique a sua revogação, ou que sejam substituídas por outras; revogação ou substituição que já se vê que depende de sanção. Assim, combinando este artigo com o §10º do art. 15 *ibi*, repartir (anualmente) a contribuição direta, parece que esta classe de contribuições é de duração ilimitada ou indefinida, e que somente a sua repartição é que depende de lei ânua.⁶⁰

Em verdade, as leis orçamentárias brasileiras mantiveram a fórmula de determinar a manutenção da cobrança dos tributos do exercício anterior no exercício em que esta lei orçamentária vigoraria (exemplo: art. 26 da Lei nº 164, de 26 de setembro de 1840).

59 SÃO VICENTE, *op.cit.*, p.151.

60 *Ibidem*, p.150.

Ressalte-se que o ano fiscal, ao longo de quase todo Império do Brasil, ia de 1º de julho de um ano à 30 de junho do ano seguinte, não coincidindo, portanto, com o ano civil. Este exercício financeiro foi previsto a partir de 1827 e perdurou até quase o final do Império.

3.3 A IGREJA CATÓLICA E A QUESTÃO DA INCIDÊNCIA DE TRIBUTOS SOBRE OS TEMPLOS RELIGIOSOS

O Brasil Imperial não era um estado laico, ao contrário, tinha uma religião oficial, a católica apostólica romana:

Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

Segundo SÃO VICENTE, adotar esta religião constituía um direito fundamental dos brasileiros⁶¹, razão pela qual aqueles que não a observassem não poderiam ser eleitos deputados da Nação (art. 93, §3º, da Constituição de 1824).

Era assegurada a liberdade religiosa, entretanto não era possível a edificação de templos de outras denominações, devendo o culto ser praticado no domicílio dos praticantes. Era vedada a perseguição religiosa (art. 191 do Código Criminal do império), bem como a zombaria de qualquer culto estabelecido Brasil (art. 277, do Código Criminal do Império):

Art. 191. Perseguir por motivo de religião ao que respeitar a do Estado, e não offender a moral publica.

Penas - de prisão por um a tres mezes, além das mais, em que possa incorrer.

Art. 277. Abusar ou zombar de qualquer culto estabelecido no Imperio, por meio de papeis impressos, lithographados, ou gravados, que se distribuirem por mais de quinze pessoas, ou por meio de discursos proferidos em publicas reuniões, ou na occasião, e lugar, em que o culto se prestar.

61 São Vicente, op. cit., p.83.

Penas - de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente á metade do tempo.

A religião Católica Apostólica Romana deveria ser protegida, sob juramento, pelo Imperador (art. 103 da *Charta* de 1824), o que era óbvio tendo em vista a existência do padroado, herdado pelos imperadores do Brasil, que eram descendentes das dinastias portuguesas:

O padroado era “aquele privilégio oneroso concedido à Nação portuguesa, em gratidão pelo muito que ela fez em prol da religião e da fé” e graças ao qual gozavam os Monarcas da faculdade de “indicar os nomes dos Bispos, prover as diferentes dignidades”, com o encargo de sustentar os missionários e velar pelas igrejas e pelo culto [...].⁶²

Ademais, pela bula *Praeclara Portugalliae*, de 1827, o Papa Leão XII, criou a Ordem de Cristo no Brasil, conferindo o título de Grão-Mestre ao Imperador brasileiro, sendo mantido o direito ao padroado pelo monarca brasileiro.⁶³

Portanto, fica evidente que, como o Império detinha o dever de manter e gerenciar a Igreja Católica, não faria sentido impor tributos sobre esta instituição religiosa, já que ela poderia ser considerada como uma extensão do próprio Estado.

4 CONCLUSÃO

Evidente que, para os contornos deste trabalho, seria inalcançável abordar todo o sistema tributário brasileiro vigente durante todo período imperial brasileiro, que perdurou entre 1822 e 1889.

Por esta razão, trata-se apenas de uma introdução ao estudo do tema.

Note-se que, por possuir tal natureza, buscou-se desvendar como as principais normas tributárias do Brasil Imperial eram compreendidas pelos juristas daquele momento histórico.

62 PORTO, PORTO, Costa. *O Sistema sesmial no Brasil*. V.1. Brasília: Editora UnB. 1997, p. 39.

63 MOESCH, Eduardo Preto. *O Padroado e a Igreja no Rio Grande do Sul Portugêis*. In: <<http://www.forumdaigrejacatolica.org.br/artigos/Padroadoelgrejanorsport.pdf>>. Acesso em: 20.01.2009.

Tendo isto por objetivo, o foco foi inegavelmente o estudo combinado da Constituição de 1824 com as leis fiscais brasileiras, sobretudo as que estabeleciam o orçamento da Nação brasileira.

Isto posto, demonstrou-se que durante o Império do Brasil o grande foco de conflitos fiscais residiam em duas questões fundamentais: os conflitos de competência tributária existentes entre o ente central e as províncias (e estas entre si) e a ausência de tributação das principais riquezas da elite rural brasileira, a terra e a renda.

É inegável que o Império não conseguiu superar estes conflitos, não apresentou saídas para tais problemas, e por isso a situação fiscal brasileira se agravou: as províncias viviam em constante declínio de rendas, já que, como a Corte possuía *déficits* fabulosos, havia imensa dificuldade em se descentralizar as rendas públicas e ratificar qualquer autonomia fiscal provincial; por sua vez, já que não se tributava a renda e as terras dos latifundiários, a incidência tributária recaía, sobretudo, sobre o consumo e as atividades econômicas de importação e exportação.

Como demonstrado, o estudo das experiências fiscais do Brasil imperial revela como uma sociedade escravista e agrária tentava solucionar um dilema: manter uma centralização administrativa e fiscal com a constante pressão de descentralização política; ou seja, como manter o Estado unitário e, ao mesmo tempo, aceitar as pressões das oligarquias agrárias regionais.

Trata-se de um sistema jurídico que buscou alternativas para estas contradições, mas que não conseguiu encontrá-las.

Neste trabalho, pretendeu-se dar os primeiros passos para a compreensão do Direito Tributário brasileiro de outra época, expondo as suas contradições e suas formas jurídicas: os primeiros passos de um estudo mais aprofundado.

Por fim, é curioso notar que, atualmente, existem mais livros de estudo do Direito Romano do que obras relativas ao direito vigente no Brasil imperial, ou seja, estuda-se com mais intensidade os restos jurídicos de uma sociedade que existiu há 2.000 anos, em outro continente, do que o próprio direito que governou a vida do Brasil no século XIX.

Tendo em vista que as nossas raízes se encontram de forma bem clara na forma como a aristocracia do século XIX buscou construir

uma nova Nação a partir da fragmentada América portuguesa, seria razoável que a produção jurídica sobre o Brasil Império fosse muito mais expressiva.

Também é de surpreender a ausência de muitas obras sobre este tema quando se vê que a construção do Estado Nacional brasileiro foi um processo complexo que não se encerrou com a Independência, tendo em vista que dentro do império do Brasil existiam várias regiões que possuíam forte senso de autonomia.

Isto fica bem evidente quando se nota que a Cisplatina (o atual Uruguai) se emancipou do Império do Brasil, após uma luta que arruinou o imperador D. Pedro I, apesar de ter sido anexada ao império português pelo seu pai, o Rei D. João VI.

O mais interessante ao se vislumbrar a estrutura tributária nascente do Império do Brasil é que, talvez, os próprios governantes percebiam que não existia uma única “sociedade brasileira”, mas várias sociedades, diferentes em hábitos e costumes, em tradições, com riquezas e atividades econômicas distintas que não se comunicavam e que estavam espalhadas pelo que sobrou da América lusitana.

Por esta a razão a necessidade de se criar um Estado Unitário que centralizaria a competência legislativa (e a tributária) no Parlamento nacional, impedindo a atuação das forças políticas centrífugas, as quais poderiam destroçar esta Nação que estava nascendo.

Em outras palavras, o Estado unitário imperial que nasceu em 1824 não governava uma única nação, mas uma pluralidade de regiões que possuíam identidades sociais e econômicas próprias.

Somente a partir da ascensão de D. Pedro II pode-se vislumbrar a formação de uma noção de sociedade nacional, que passou a aceitar ser gerida pelo Poder Central, mas então, o Estado Unitário não mais existia na forma prevista e idealizada pela Constituição de 1824, tendo as províncias, ao longo do século XIX adquirido cada vez mais autonomia legislativa.

Este processo de gradativa busca da autonomia provincial não foi bem compreendido pelo Império, o que, somado às grandes crises surgidas após o fim da Guerra do Paraguai (a questão religiosa e a militar, bem como a abolição da escravatura), culminou em uma ruptura

política: no golpe de estado de 15 de novembro de 1889, com o posterior surgimento dos Estados Unidos do Brasil, da federação brasileira.

REFERÊNCIAS

- ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O trato dos viventes: formação do Brasil no atlântico sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. V. 1, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11.ed ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BALTHAZAR, Ubaldo César. *História do Tributo no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2005.
- BANDEIRA, Antonio Herculano de Souza. *Novo Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda*. Rio de Janeiro: Laemmert & C. – Livreiros, 1888.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal - parte geral: introdução, norma penal, fato punível*. t.I. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. organização e introdução de Evaldo Cabral de Mello. São Paulo: 34, 2001.
- Collecção das Leis do Império do Brasil de 1834*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*. 5. ed. Rio de Janeiro: Sadegra/Livros Cadernos Ltda, 1996.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DOLHNIKOFF, Miriam. *O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil do século XIX*. São Paulo: Globo, 2005.
- ELLIS, Miriam *et al.* *Brasil monárquico: declínio e queda do império*. 5 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995 (História geral da civilização brasileira; t. 2, v.4)
- FERREIRA, Luís Pinto. *Teoria Geral do Estado*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975.

- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *História da tributação no período joanino*. Brasília: ESAF, 2008.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KARNAL, Leandro et al. *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2008.
- LIMA, Oliveira. *O movimento da Independência, o Império brasileiro: 1821-1889*. São Paulo: Melhoramentos, 1962.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LUSTOSA, Isabel. *D. Pedro I: um herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários ao código tributário nacional*. Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacombe, coordenadores. São Paulo: MP, 2005.
- MELLO, Evaldo Cabral de. *A outra independência e o federalismo pernambucano de 1817 a 1824*. São Paulo: 34, 2004.
- _____. *O norte agrário e o império: 1871-1889*. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.
- MENDES, Gilmar et al. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. Tomo LIII, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.
- MOESCH, Eduardo Pretto. *O Padroado e a Igreja no Rio Grande do Sul Português*. Disponível em: <<http://www.forumdaigrejacatolica.org.br/artigos/padroadoeigrejanorsport.pdf>>. Acesso em: 20.01.2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PORTO, Costa. *O Sistema sesmarial no Brasil*. V.1. Brasília: UnB, 1997.

PORTO, José da Costa. *Os tempos da Praieira*. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1981.

SÃO VICENTE, José Antônio Pimenta Bueno, marquês de. *Organização e introdução de Eduardo Kugelmas*. São Paulo: 34, 2002.

VIANNA, Hélio. *História do Brasil: monarquia e república*. V. II, 6. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1967.

CRÍTICA À TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO OU OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO OU DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

*CRITISM OF THE THESIS OF ABSTRATIVIZAÇÃO OR
OBJECTIFICATION OF THE CONTROL CONCRETE OR
DIFFUSE CONSTITUTIONALITY*

*Anderson Ricardo Gomes
Procurador da Fazenda Nacional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Dos Fundamentos Teóricos da Abstrativização ou Objetivação do Controle Concreto ou Difuso de Constitucionalidade; 1.1 O papel do Senado Federal na suspensão de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto ou difuso: caso de mutação constitucional? 2 Críticas à Tese da Abstrativização ou Objetivação do Controle Concreto ou Difuso de Constitucionalidade: Inconstitucionalidade da Mutação Constitucional do Art. 52, X, da Constituição Federal; 2.1 Da mutação constitucional e seus limites; 2.2 Da inconstitucionalidade da mutação do art. 52, X, da Constituição Federal de 1988; 3 Conclusão. Referências.

RESUMO: O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade pauta-se no controle jurisdicional misto, disciplinando diferentemente a extensão subjetiva de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, uma vez que no controle abstrato ou concentrado sua decisão, por si só, terá eficácia vinculante e *erga omnes*. No controle concreto ou difuso, como a questão principal (questão de mérito) consiste na existência ou não de determinado direito subjetivo da parte, a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo não valerá para outros senão os sujeitos parciais do processo, salvo se nos moldes do art. 52, X, da Constituição Federal, o Senado Federal determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional. A teoria da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade propõe a equiparação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade proferido no controle concreto ou difuso pelo Supremo Tribunal Federal aos da decisão prolatada em sede de controle abstrato, com base uma diferente interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição, resultante de mutação constitucional. Entretanto, à vista do atual ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, tal equiparação de efeitos é inválida.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Difuso. Mutação. Abstrativização.

ABSTRACT: The Brazilian model of judicial review is guided in court control mixed different disciplines to extend their subjective declaratory judgments of unconstitutionality, since in an abstract or concentrate its decision, by itself, will be effective and binding *erga omnes*. In the control concrete or diffuse, as the main issue (issue of merit) is the existence or absence of certain subjective right of the party, the declaration of unconstitutionality of the legislative act will not be valid for other than the partial subject of the proceedings, unless in the templates art. 52, X of the Federal Constitution, the Senate determine the suspension of a law declared unconstitutional. The theory of abstrativização or objectification of concrete or diffuse control of constitutionality proposes to equate the effects of the decision of unconstitutionality ruling in actual control or diffuse the Supreme Court decision handed down in the seat of abstract control, based on a different interpretation of the clause X Art. 52 of the Constitution, the result of constitutional mutation. However, in view of the current Brazilian law-constitutional, this assimilation effect is invalid.

KEYWORDS: Fuzzy Control. Mutation. Abstrativização.

INTRODUÇÃO

O inciso X do art. 52 da Constituição Federal de 1988 prescreve que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal”.

Segundo a doutrina constitucionalista clássica, a citada regra jurídica consiste no meio pela qual o Senado Federal, por ato de natureza política, discricionariamente, edita resolução senatorial conferindo eficácia genérica à declaração de inconstitucionalidade, resolvida incidentalmente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, como questão prejudicial ao julgamento de questão principal (mérito da causa) de um caso concreto submetido à jurisdição do egrégio tribunal.

Dito de outra forma, o Senado Federal estende a eficácia subjetiva da resolução da questão constitucional que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo a todas às pessoas, atribuindo eficácia *erga omnes* a essa parte da fundamentação ou motivação da decisão judicial prolatada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício do controle concreto ou difuso de constitucionalidade.

A maioria da doutrina assevera que a referida declaração de inconstitucionalidade somente opera efeitos *ex nunc* (não retroativos ou prospectivos) a contar da publicação da resolução senatorial, comungando desse posicionamento autores como Themístocles Brandão Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Afonso da Silva dentre outros¹.

Contraopondo-se a esses encontramos o entendimento defendido por Dirley da Cunha Júnior² e Gilmar Ferreira Mendes³, segundo os quais a declaração de inconstitucionalidade *in casu* gera efeitos *ex tunc* (retroativos), pois a resolução do Senado Federal apenas outorga generalidade à declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, fazendo cessar daí em diante os efeitos normativos (comando geral e abstrato) do ato violador da Constituição. No entanto, como o Brasil adota o sistema de nulidade *ab initio* do ato inconstitucional, coerentemente, há que

1 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 312.

2 CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 313.

3 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 259.

se reconhecer que todo ato concreto resultante da aplicação do ato normativo declarado inconstitucional e objeto de resolução senatorial já nasce inválido (sendo juridicamente um natimorto), eis que fundado em inconstitucionalidade originária⁴.

Logicamente que a desconstituição dos atos jurídicos concretos realizados com fundamento jurídico em ato inconstitucional demandará a propositura de ação judicial pelos interessados (já que deve haver a demonstração de que sofreu a incidência daquele ato normativo), o que não infirma a alegação de que a extensão da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes*, realizada pelo Senado Federal, é retroativa, uma vez que a resolução da questão prejudicial sobre inconstitucionalidade do ato normativo já se encontra resolvida de antemão, e de forma vinculativa.

Assim, tem-se que o controle concreto ou difuso de constitucionalidade tem caráter eminentemente subjetivo, eis que, como afirma Gilmar Ferreira Mendes, “o controle de constitucionalidade difuso, concreto ou incidental caracteriza-se, fundamentalmente, também no Direito brasileiro, pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário”⁵. Dessa forma, a inconstitucionalidade declarada nesse processo subjetivo somente valerá para os sujeitos parciais que participaram da relação jurídica processual.

Vê-se, pois, que a extensão da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, proferida incidentalmente pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto ou difuso de constitucionalidade, depende de um ato complementar que, segundo a redação do inciso X do art. 52 da Constituição Federal, consiste na edição de resolução do Senado Federal, determinando a suspensão da aplicação da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do referido Tribunal.

4 “Afirmava-se quase incontestadamente, entre nós, que a pronúncia de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, contendo a decisão judicial caráter eminentemente declaratório. Se assim fora, afigurava-se inconcebível cogitar de ‘situações juridicamente criadas’, de ‘atos jurídicos formalmente perfeitos’ ou de efeitos futuros dos direitos regularmente adquiridos’, com fundamento em lei inconstitucional. De resto, é fácil de ver que a constitucionalidade da lei parece constituir pressuposto inarredável de categorias como direito adquirido e ato jurídico perfeito.” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 259).

5 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245.

Contrapondo-se a essa índole eminentemente subjetiva do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, uma moderna corrente doutrinária e jurisprudencial defende que se deve conferir um caráter objetivo ou abstrato na resolução das questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo que tal resolução se opere incidentalmente no bojo de um processo subjetivo.

É essa tendência que se identifica como *abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade*.

1 DOS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ABSTRATIVIZAÇÃO OU OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO OU DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Nos últimos anos, surgiu no Direito Constitucional brasileiro uma tendência doutrinária e jurisprudencial em se conferir efeitos típicos de decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade em tese ou abstrato a resoluções de questões de constitucionalidade, que reconhecem a inconstitucionalidade de ato normativo, proferidas em processos subjetivos, em sede de controle concreto ou difuso.

Essa corrente teórico-jurisprudencial defende que a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente no controle concreto ou difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, por si só, tem eficácia vinculante sobre os demais órgãos do Poder Judiciário e *erga omnes*, independentemente da edição de resolução senatorial suspendendo a execução do ato normativo declarado inconstitucional, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal.

Na seara doutrinária brasileira, a tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade tem como grande expoente o constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, que em obras individuais⁶ e coletiva em co-autoria com Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco⁷, desenvolve os fundamentos dessa teoria. Ainda no

6 MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41 n.º 162, abr./ jun. 2004; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

7 MENDES; COELHO; BRANCO. 2008.

âmbito acadêmico, podemos citar como outro adepto dessa corrente o constitucionalista André Ramos Tavares⁸.

No plano jurisprudencial, encontramos alguns precedentes no Supremo Tribunal Federal; no entanto, ainda não há definição sobre o posicionamento da corte acerca da questão, uma vez que os processos nos quais proferidos os votos que adotaram a tese ainda estão pendentes de julgamento definitivo.

Objetiva-se com a aplicação da tese a economia processual, celeridade e presteza na tutela jurisdicional constitucional, a isonomia entre os jurisdicionados, bem como a segurança jurídica em relação à solução de determinada questão constitucional, evitando-se diferentes decisões do Estado-juiz acerca da mesma questão.

A operacionalização da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade se dá por meio do fenômeno processual da transcendência dos (fundamentos) motivos determinantes da decisão (*ratio decidendi*) do Supremo Tribunal Federal que, incidentalmente, resolve a questão constitucional, declarando a inconstitucionalidade do ato normativo. A partir da análise da *ratio decidendi*, induz-se uma norma geral que será utilizada como paradigma, aplicável *erga omnes* e de forma vinculada, para a resolução daquela mesma questão constitucional para todos os demais casos concretos cujo suporte fático coincida com as circunstâncias fáticas do caso tomado como precedente. Nesse sentido, leciona Gilmar Ferreira Mendes:

Observe-se, ainda, que nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade de leis municipais, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma postura significativamente ousada, conferindo efeito vinculante não só à parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, mas também aos próprios fundamentos determinantes. É que são numericamente expressivos os casos em que o Supremo Tribunal tem estendido, com base no art. 557, caput. e § 1.º - A do Código de Processo Civil, a decisão do plenário que declara a inconstitucionalidade de norma municipal a outras situações idênticas, oriundas de municípios diversos. Em suma, tem-se considerado dispensável, no caso de modelos idênticos, a submissão da questão ao Plenário.

[...]

8 TAVARES, 2007, p. 272.

Tal procedimento evidencia, ainda que de forma tímida, o efeito vinculante dos fundamentos da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade do direito municipal. Evidentemente, semelhante orientação somente pode vicejar caso se admita que a decisão tomada pelo Plenário seja dotada de eficácia transcendente, sendo, por isso, dispensável a manifestação do Senado Federal.⁹

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco sustentam a abstrativização ou objetivação controle concreto ou difuso de constitucionalidade na circunstância de a Constituição Federal de 1988 conferir ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião e intérprete supremo de suas normas, competindo-lhe, em última instância, a tarefa de dar a última e definitiva palavra em relação às questões constitucionais.

Outrossim, a partir de uma orientação implícita de diversas decisões judiciais e legislativas no sentido de objetivar as resoluções de questões constitucionais, independentemente da natureza dos processos nos quais é proferida a decisão sobre essa questão (se processo objetivo ou subjetivo), bem como a postura de atribuir força vinculante aos precedentes sobre questões constitucionais, os autores defendem que o inciso X do art. 52 sofreu mutação constitucional, para atribuir ao ato do Senado Federal o mero efeito de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo em controle concreto ou difuso de constitucionalidade. Para esclarecer, citamos as palavras dos doutrinadores acima mencionados, *in verbis*:

Parece legítimo entender que a formula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida

9 MENDES, 2004, p. 162.

de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler Federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia.¹⁰

Pelos argumentos expostos linhas acima, percebe-se de forma bastante clara que o exame de juridicidade da aplicação da tese da abstrativização ou objetivação controle concreto ou difuso de constitucionalidade, nos moldes em que o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade está estruturado na Constituição Federal de 1988, necessariamente passa pela definição do real significado da norma insculpida no inciso X do art. 52 da carta política.

Isso porque, a característica marcante da tese ora tratada está na atribuição de eficácia vinculante e *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade, resolvida *incidenter tantum*, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concreto ou difuso.

Tais efeitos, nos termos da literalidade do inciso X do art. 52 da Constituição e do que entende a doutrina constitucionalista clássica, somente se verificarão se o Senado Federal editar resolução suspendendo a aplicação do ato normativo declarado inconstitucional. A prevalecer essa interpretação, inexoravelmente, há que se concluir pela invalidade da abstrativização ou objetivação controle concreto ou difuso, eis que afrontaria a Carta Magna.

Ciente dessa circunstância, os defensores da teoria, a fim de conferir a essa fundamentação constitucional, propõem uma interpretação diversa à norma constante do art. 52, X, da Constituição Federal, afirmando que o dispositivo foi objeto de mutação constitucional, para atribuir ao ato do Senado Federal o mero efeito de dar publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal.

Assim, cumpre examinarmos os argumentos em prol dessa mutação constitucional, assim como a função do Senado Federal na suspensão da lei declarada inconstitucional.

10 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1090.

1.1 O PAPEL DO SENADO FEDERAL NA SUSPENSÃO DE ATO NORMATIVO DECLARADO INCONSTITUCIONAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCRETO OU DIFUSO: CASO DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL?

Gilmar Ferreira Mendes defende que houve mutação constitucional sobre a norma constante no inciso X, do art. 52 da Constituição federal, de forma que, atualmente, o ato senatorial previsto no citado dispositivo possui tão-somente o efeito de conferir publicidade à decisão do Supremo Tribunal Federal, que exercendo controle concreto ou difuso, declara inconstitucional ato normativo. Aduz, ainda, que a única razão plausível para que a Constituição Federal de 1988 tenha previsto a suspensão pelo Senado Federal com a literalidade do art. 52, X, tem cunho exclusivamente histórico¹¹.

Explica o doutrinador que a previsão de suspensão pelo Senado Federal, órgão dotado de supremacia política à época, da lei declarada inconstitucional pela Corte Constitucional surgiu com a Constituição brasileira de 1934, como mecanismo destinado a conceder generalidade à declaração de inconstitucionalidade, em época na qual o controle de constitucionalidade era exclusivamente o concreto ou difuso. E o ato senatorial de extensão da eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade ostentava natureza de ato político¹², por meio do qual o Senado Federal tomava uma “decisão de calibragem”, no que tange à data dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, em relação à suspensão da eficácia normativa da lei inconstitucional¹³.

Explica o autor que, se sob a égide das anteriores constituições, quando o modelo de controle de constitucionalidade brasileiro era pautado de maneira predominante no controle concreto ou difuso, o ato de extensão *erga omnes* do Senado Federal possuía um sentido substantivo, sendo *conditio sine qua non* para a obtenção do efeito geral. No entanto, a partir da promulgação da Constituição de 1988, com a previsão de diversas ações constitucionais para o exercício do controle abstrato ou concentrado, a serem julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a ampliação dos legitimados para propor essas medidas judiciais, o modelo brasileiro de fiscalização constitucional outorgou prevalência ao controle abstrato ou concentrado de

11 MENDES, 2004. p. 155.

12 Idem, 154.

13 Idem, 156.

constitucionalidade, possibilitando que a grande maioria das questões constitucionais seja decidida por via de ação ou *principaliter*.

E continua o professor, asseverando que nas decisões de controle abstrato ou concentrado a eficácia vinculante e *erga omnes* são próprios da manifestação do Supremo Tribunal Federal, independentemente de qualquer ato do Senado Federal.

Indaga, então, que se em ações diretas de inconstitucionalidade a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional tem eficácia vinculante e *erga omnes*, independentemente da resolução do Senado Federal, qual seria razão a justificar que, se a mesma questão tivesse sido resolvida pela mesma Corte, mas em controle concreto ou difuso, somente haveria a extensão dos efeitos dessa decisão com a edição do ato senatorial¹⁴, ao que o mesmo responde que assim o é somente por razões de caráter histórico.

Mais adiante, Gilmar Ferreira Mendes defende que a Constituição de 1988 provocou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade brasileiro, conferindo ênfase ao modelo concentrado, e permitindo a apreciação pelo Supremo Tribunal Federal de praticamente todas as controvérsias judiciais, por meio de controle abstrato de normas¹⁵. E 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*”¹⁶.

Para defender a mutação constitucional pretendida, o doutrinador argumenta, amparado na doutrina Lúcio Bittencourt, que a atribuição de um sentido substancial à resolução do Senado Federal relacionada à extensão subjetiva *erga omnes* da decisão da Corte Constitucional de inconstitucionalidade de ato normativo, vai de encontro à regra da nulidade *ab initio* do ato inconstitucional e da eficácia *ex tunc* (retroativa) da decisão que reconhece esse vício, e que fora consagrada em nosso modelo de controle de constitucionalidade. Isso porque, se somente é a resolução do Senado Federal que confere efeitos vinculante e *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade, reconhecida incidentalmente, aceita-se a situação de que o ato normativo inconstitucional, que trás em si a mácula de nulidade desde seu nascimento, somente fará parte do

14 MENDES, 200⁹, p. 155.

15 Idem, p. 158.

16 Idem, p. 158.

ordenamento jurídico (por natural, irradiando seus efeitos normativos) até a data em que o Senado Federal, por decisão política¹⁷, dê efeito vinculante e *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal¹⁸.

Gilmar Ferreira Mendes ainda ressalta a existência de um movimento legislativo nas duas últimas décadas, tendente a conferir eficácia vinculante para os demais órgãos judiciais aos precedentes jurisprudenciais emanados do Supremo Tribunal Federal, de que são exemplos a previsão para edição de súmulas vinculantes (Emenda Constitucional n.º 45/2004) e a previsão de súmulas impeditivas de recurso extraordinário (Lei n.º 8.033/1990) e de recursos em geral (art. 481, parágrafo único e art. 557, ambos do Código de Processo Civil).

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco reforçam esse entendimento aduzindo que a adoção da súmula vinculante no sistema constitucional brasileiro corrobora a superação do art. 52, X, da Constituição ao permitir a eficácia *erga omnes* e vinculante de determinada orientação do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de ato normativo, sem que seja necessária qualquer interferência do Senado Federal. Ademais, ponderam que *“a adoção da técnica de declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o Tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão”*¹⁹.

Embasado nos argumentos acima expostos, o Gilmar Ferreira Mendes assevera que a norma constitucional constante do inciso X do art. 52 foi objeto de mutação constitucional, sendo que a mesma, hodiernamente, no tocante à suspensão do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concreto ou difuso, atribui ao Senado Federal a mera função de dar publicidade

17 “Ainda que se aceite, em princípio, que a suspensão da execução da lei pelo Senado retira a lei do ordenamento jurídico com eficácia *ex tunc*, esse instituto, tal como foi interpretado e praticado, entre nós, configura antes a negação do que a afirmação da teoria da nulidade da lei inconstitucional. A não-aplicação geral da lei depende exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito. Tal fato reforça a idéia de que, embora tecêssemos loas à teoria da nulidade da lei inconstitucional, consolidávamos institutos que iam de encontro à sua implementação.” (MENDES, 2004, p. 160).

18 MENDES, 2004, p.160.

19 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1090.

à decisão definitiva proferida pela Corte Constitucional brasileira, adotando entendimento a muito já defendido por Lucio Bittencourt²⁰.

A partir de tal raciocínio, o constitucionalista equipara os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida em controle concreto ou difuso de constitucionalidade aos de suas decisões em controle abstrato ou concentrado, abstrativando ou objetivando, destarte, o controle concreto ou difuso de fiscalização constitucional.

Tal entendimento teve aplicação em concreto pelo eminente constitucionalista, quando, como Ministro do Supremo Tribunal Federal proferiu voto na Reclamação 4.335-5/AC, admitindo a propositura da medida judicial proposta para garantir a da autoridade de sua decisão proferida no HC 82.959/SP, manifestando-se nos seguintes termos:

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, [...]. A ênfase passou a residir, porém, não mais no modelo difuso, mas nas ações diretas. O advento da Lei 9.882/99 conferiu conformação à ADPF, admitindo a impugnação ou a discussão direta de decisões judiciais das instâncias ordinárias perante o Supremo Tribunal Federal. Tal como estabelecido na referida lei (art. 10, § 3º), a decisão proferida nesse processo há de ser dotada de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Ora, resta evidente que a ADPF estabeleceu uma ponte entre os dois modelos de controle, atribuindo eficácia geral às decisões de perfil incidental. Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade e da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal. O Supremo Tribunal Federal percebeu que não poderia deixar de atribuir significado jurídico à declaração de inconstitucionalidade proferida em sede de controle incidental,

20 “Se o Senado não agir, nem por isso ficará afetada a eficácia da decisão, a qual continuará a produzir os seus efeitos regulares que, de fato, independem de qualquer dos poderes. O objetivo do art. 45, IV, da Constituição – a referência é ao texto de 1967 – é apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos. Dizer que o Senado ‘suspende a execução’ da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica, uma vez que o ato, sendo ‘inexistente’ ou ‘ineficaz’, não pode ter suspensa a sua execução”. (BITTENCOURT, 1997).

ficando o órgão fracionário de outras Cortes exonerado do dever de submeter a declaração de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial, na forma do art. 97 da Constituição. Não há dúvida de que o Tribunal, nessa hipótese, acabou por reconhecer efeito jurídico transcendente à sua decisão. [...] independente da intervenção do Senado. Esse entendimento está hoje consagrado na própria legislação processual civil. Essa é a orientação que parece presidir o entendimento que julga dispensável a aplicação do art. 97 da Constituição por parte dos Tribunais ordinários, se o Supremo já tiver declarado a inconstitucionalidade da lei, ainda que no modelo incidental. Na oportunidade, ressaltou o relator para o acórdão, Ilmar Galvão, no já mencionado RE 190.728, que o novo entendimento estava ‘em perfeita consonância não apenas com o princípio da economia processual, mas também como da segurança jurídica, merecendo, por isso, todo encômio, como procedimento que vem ao encontro da tão desejada racionalização orgânica da estrutura judiciária brasileira, ressaltando que se cuidava ‘de norma que não deve ser aplicada com rigor literal, mas, ao revés, tendo-se em mira a finalidade objetivada, o que permite a elasticidade de seu ajustamento às variações da realidade circunstancial’. E ela também demonstra que, por razões de ordem pragmática, a jurisprudência e a legislação têm consolidado formas que retiram do instituto da ‘suspensão da execução da lei pelo Senado Federal’ significado substancial ou de especial atribuição de efeitos gerais à decisão proferida no caso concreto. Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/69 (art. 42, VIII). Portanto, é outro o contexto normativo que se coloca para a suspensão da execução pelo Senado Federal no âmbito da Constituição de 1988. Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. [...] De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de

constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para o modelo difuso e concentrado, não mais parece legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental. Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem efeito transcendente às decisões do STF tomadas em controle difuso. [...] É possível, sem exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica reforma da Constituição sem expressa modificação do texto. [...] A multiplicação de processos idênticos no sistema difuso – notória após 1988 – deve ter contribuído, igualmente, para que a Corte percebesse a necessidade de atualização do aludido instituto. [...] No mesmo contexto situa-se a decisão que outorgou ao relator a possibilidade de decidir, monocraticamente, os Recursos Extraordinários vinculados às questões já resolvidas pelo Plenário do Tribunal. [...] A prática dos últimos anos, especialmente após o advento da Constituição de 1988, parece dar razão, pelo menos agora, a Lúcio Bittencourt, para quem a finalidade da decisão do Senado era, desde sempre, ‘apenas tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos’. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão da execução de lei pelo Senado Federal, há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa ‘força normativa’. [...]. Esta solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se, assim, também, as incongruências cada vez mais marcantes entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa

e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988. Ressalte-se ainda o fato de a adoção da súmula vinculante ter reforçado a idéia de superação do referido art. 52, X da CF na medida em que permite aferir a inconstitucionalidade de determinada orientação pelo próprio Tribunal, sem nenhuma interferência do Senado Federal. Por último, observe-se que a adoção da técnica da declaração de inconstitucionalidade com limitação de efeitos parece sinalizar que o tribunal entende estar desvinculado de qualquer ato do Senado Federal, cabendo tão-somente a ele – Tribunal – definir os efeitos da decisão.²¹

Não obstante a consistência da argumentação apresentada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes e demais autores que defendem a abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, discordamos da tese e a consideramos inaplicável no Brasil por ser contrária a expresse mandamento constitucional.

2 CRÍTICAS À TESE DA ABSTRATIVIZAÇÃO OU OBJETIVAÇÃO DO CONTROLE CONCRETO OU DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: INCONSTITUCIONALIDADE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A validade constitucional da tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade depende da aferição da legitimidade da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, o que, com a devida vênia, entendemos não estar presente *in casu*, na medida em que a referida mutação proposta extrapola os limites constitucionais impostos para sua validade, como passamos a expor.

2.1 DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E SEUS LIMITES

Visando a propiciar estabilidade institucional ao Estado, a constituição sempre é instituída com vocação de permanência. No entanto, as demandas surgidas na realidade fática social exigem a adaptação das normas constitucionais, ao novo contexto factual existente na sociedade.

A fim de permitir a adequação normativa à realidade social, as Constituições em geral prevêm mecanismo de modificação de suas normas.

²¹ Rcl 4.335-5/AC.

De um lado, a alteração da norma constitucional pode se dar pela via formal, com a modificação do texto da Constituição, por meio de um procedimento legislativo mais complexo do que o exigido para a edição da legislação ordinária, em que serão utilizadas as figuras da emenda e revisão constitucional.

Por outro lado, é possível que alteração ocorra de maneira informal, por meio do mecanismo da *mutação constitucional*, o qual consiste na alteração do sentido e do alcance das normas constitucionais, sem qualquer modificação formal em seu texto, acarretando uma modificação substancial no conteúdo da norma²², sendo manifestação do chamado poder constituinte difuso.

Seu fundamento reside na plasticidade da norma constitucional e na necessidade de adaptação da previsão normativa da Constituição às novas realidades verificadas na sociedade, conforme a teoria de Konrad Hesse, exposta em sua obra *A força normativa da Constituição*.

Como modo de alteração informal do conteúdo da Constituição, a mutação constitucional se submete a limitações jurídicas, que, se não observadas, retiram-lhe sua validade e eficácia modificadora da ordem constitucional. Tais limitações são trazidas por Luis Roberto Barroso:

Por assim ser, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.²³

Há que se mencionar, ainda, que um dos instrumentos pelos quais a mutação constitucional é realizada é a interpretação constitucional da norma, com a extração de seu sentido e alcance, com vistas à sua aplicação.

E é nesse processo hermenêutico desenvolvido pelos defensores da mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal que verificamos a inobservância dos limites jurídicos para a alteração informal da Constituição, pelo que, seu resultado é inválido e ineficaz, eis que inconstitucional.

²² BARROSO, 2009, p. 125.

²³ Idem, p. 127.

2.2 DA INCONSTITUCIONALIDADE DA MUTAÇÃO DO ART. 52, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A alegada mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal, proposta por Gilmar Ferreira Mendes e demais autores que defendem a abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, é juridicamente inválida em nosso ordenamento jurídico positivado.

Com efeito, a mencionada mutação constitucional, ao atribuir à redação do inciso X do art. 52 da Constituição (cuja literalidade prescreve que *compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*) o sentido que a resolução do Senado Federal somente tem o efeito de dar publicidade aos cidadãos acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal que declarou definitivamente a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado, não obedece às possibilidades semânticas da norma constitucional citada.

Isso porque, dos vários sentidos lingüísticos que podem ser extraídos do dispositivo constitucional, nenhum permite a conclusão de que não é ao Senado Federal que compete determinar a suspensão do ato normativo inconstitucional. Pelo contrário, a Constituição Federal possui dispositivo expresso exigindo a intervenção do Senado Federal para que se dê efeito *erga omnes* à decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal de inconstitucionalidade, e que não foi objeto de qualquer modalidade de alteração formal apta a embasar o sentido buscado por aqueles autores.

Destarte, por não respeitar as possibilidades semânticas do dispositivo constitucional, a pretendida mutação é inválida.

Mas é ao submeter a proposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal à análise da preservação dos princípios fundamentais de nossa Carta Política é que se destaca a sua insubsistência.

Sob um primeiro aspecto, verifica-se que o caminho interpretativo percorrido pelos defensores da aludida mutação desprezou princípios basilares da hermenêutica constitucional, tais como: o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, já que impede a total incidência normativa do inciso X do art. 52 à hipótese que

abstratamente regula; o princípio da unidade da Constituição, na medida em que despreza o modelo híbrido de controle de constitucionalidade brasileiro, no qual convivem os controles concreto ou difuso e abstrato ou concentrado; o princípio da força normativa da Constituição, *uma vez que*, sem observar o conteúdo semântico do inciso X do art. 52, desconsidera a sua norma; e, por fim, o princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade), já que o sentido resultante da aludida mutação é irrazoável em face da redação do dispositivo constitucional.

Quanto ao resultado interpretativo, segundo os questionados doutrinadores, o conteúdo da norma constante no inciso X do art. 52 da Constituição é de que o Senado Federal tem a mera função de dar publicidade à decisão definitiva proferida pela Corte Constitucional brasileira, sem qualquer natureza substancial em sua manifestação.

Tal interpretação exclui a competência política conferida exclusivamente ao Senado Federal, pelo poder constituinte originário, caracterizando uma interferência constitucionalmente vedada do Poder Judiciário no Poder Legislativo e, por corolário, afrontando o Princípio da Separação dos Poderes, consagrado no art. 2.º da Constituição Federal.

Cabe lembrar que o mencionado princípio foi adotado em nossa Constituição como mecanismo para impedir o fortalecimento em demasia de um dos Poderes em face dos outros, situação que criaria um ambiente institucional propício à afronta dos direitos fundamentais dos cidadãos pelo Estado, assim como já advertia Montesquieu em sua obra clássica *O espírito das leis*.

Há que se considerar a decisão política fundamental do poder constituinte originário que optou por instituir um modelo de controle de constitucionalidade jurisdicional misto, no qual há convivência harmônica entre os modos de controle de constitucionalidade concreto ou difuso e o abstrato ou concentrado.

Por outro lado, não há como deixar de observar que o constituinte originário efetivamente conferiu poder político e substancial ao Senado Federal para aquilatar a conveniência e oportunidade (num juízo político, pautado pelo critério do interesse social e segurança jurídica das relações estabilizadas) da extensão *erga omnes* da decisão definitiva de inconstitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle concreto ou difuso de constitucionalidade.

Na mesma esteira desses argumentos, citamos Sérgio Resende de Barros, *in verbis*:

A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem de ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviver em harmonia. Se não, o misto se torna confuso. Exatamente para manter a lógica do controle difuso, coerente com a separação de poderes, é que se teoriza que o Senado subtraí exiçuibidade à lei, porém não a revoga. [...].²⁴

Destarte, por ir de encontro ao Princípio da Separação dos Poderes, fragilizando o sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais, entendemos ser inconstitucional a mutação da norma constante do inciso X do art. 52 da Constituição.

Registre-se, também, o entendimento de Uadi Lammêgo Bulos, para quem sequer é possível falar em mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição, asseverando que a norma apenas caiu em desuso, em vista de sua inadequabilidade social²⁵.

Aliás, a pretendida mutação constitucional fica ainda mais carente de defesa ao constatarmos que por ocasião da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o poder constituinte derivado, mesmo dispondo acerca da eficácia vinculante e *erga omnes* de súmulas editadas a partir de reiterados precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre questões constitucionais resolvidas em casos concretos sujeitos à apreciação da Corte Constitucional, manteve intocado o inciso X do art. 52 da Constituição, fato que demonstra que o sentido original e histórico da mencionada norma constitucional persiste incólume.

Assim, concluímos pela invalidade, e conseqüente inaplicabilidade, da tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade, na medida em que tem seu fundamento jurídico-constitucional de validade em nova interpretação da norma constante no inciso X do art. 52 da Constituição Federal, resultante de mutação constitucional abusiva, nos termos dos fundamentos retro expostos.

²⁴ BARROS, 2003, p. 236.

²⁵ BULOS, 2009, p. 148.

3 CONCLUSÃO

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade jurisdicional adota forma híbrida, em que coexistem o controle concreto ou difuso e o controle abstrato ou concentrado.

Nos moldes em que formulado, o modelo brasileiro prevê fundamentais diferenças no que se refere à extensão subjetiva de suas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, uma vez que no controle abstrato ou concentrado sua decisão, por si só, terá eficácia vinculante e *erga omnes*, porquanto seu efeito principal será a exclusão da norma inconstitucional do ordenamento jurídico, o que afeta todos aqueles que estavam sujeitos à eficácia normativa abstrata do ato. No controle concreto ou difuso, como a questão principal (questão de mérito) consiste na existência ou não de determinado direito subjetivo da parte, sendo a questão constitucional somente uma questão prejudicial ao mérito, a declaração de inconstitucionalidade do ato normativo não valerá para outros senão os sujeitos parciais do processo, salvo se, nos moldes do art. 52, X, da Constituição Federal, o Senado Federal determinar a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional.

A teoria da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade propõe a mudança dessa sistemática de extensão subjetiva da decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concreto de constitucionalidade, no sentido de dispensar o ato senatorial para dar efeitos vinculantes e *erga omnes* a essa decisão (uma vez que haveria a transcendência de sua *ratio decidendi*), atribuindo ao órgão legislativo tão-somente o papel de dar publicidade à decisão judicial da Corte Constitucional, numa interpretação do inciso X do art. 52 da Constituição, resultante de mutação constitucional.

É indubitável que a tese da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade seja extremamente atraente pela funcionalidade que proporciona ao sistema de jurisdição constitucional, com a instituição de instrumentos para o alcance de valores processuais buscados pela Constituição Federal de 1988 como economia processual, celeridade e presteza na tutela jurisdicional constitucional, a isonomia entre os jurisdicionados, e a segurança jurídica em relação à solução de determinada questão constitucional, com o que se obsta diferentes decisões do Estado-juiz acerca da mesma questão.

No entanto, a referida tese tem seu fundamento jurídico em mutação de norma constitucional realizada de forma abusiva, o que acarreta a invalidade dessa mutação e do sentido normativo que extraiu do citado art. 52, X.

Anote-se que a juridicidade da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade somente seria consentânea com o ordenamento jurídico após alteração formal do texto constitucional (art. 52, X), por meio de emenda à constituição, o que não ocorreu.

Assim, nos alinhamos ao entendimento daqueles que consideram a aplicação da abstrativização ou objetivação do controle concreto ou difuso de constitucionalidade desprovida de fundamentação constitucional, sendo, destarte, inválida sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro atual.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*. São Paulo: RT, 2002.

BARROS, Sérgio Resende de. Constituição, artigo 52, X: reversibilidade? *Revista de Informação Legislativa, Brasília*: Senado Federal, n. 158, ano 40, abr./jun. 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. Os precedentes judiciais no Brasil e a transcendência dos motivos determinantes em sede de fiscalização normativa abstrata. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2519, 25 maio 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14915>>

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. (Arquivos do Ministério da Justiça)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BULOS, Lammêgo Bulos. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. I, 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. Salvador: Jus Podivm. 2007.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Prejudicialidade*. São Paulo; RT, 1988.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo* – v. I, São Paulo: RT. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 162 abr./ jun. 2004.
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mértires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAIS, Dalton Santos. Crítica à caracterização da atuação senatorial no controle concreto de constitucionalidade brasileiro como função de publicidade. A importância da jurisdição constitucional ordinária e os limites da mutação constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2547, 22 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=15074>>.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de Reiteração noutro processo. *Temas de direito processual civil*. 4.ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Alfonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

**NOVO MODELO DE CONCESSÃO PARA OS
PORTOS PÚBLICOS: INTELIGÊNCIA DO
ART. 34, LEI 10.233/2001**

***THE NEW MODEL FOR CONCESSIONS REGIME PUBLIC
PORTS, INSPIRED BY THE DETERMINATIONS
OF ART. 34 OF LAW NO. 10,233***

*Carlos Afonso Rodrigues Gomes
Procurador Federal com pós-graduação
em Direito Processual Civil, pela UNISUL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Concessão de Portos: nova modelagem, segundo inteligência do art. 34, da lei nº 10.233; 2 Das Novas Concessões: da modicidade tarifária; 3 Atividade Portuária: da prorrogação do contrato de concessão; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Com o fim de regulamentar a exploração dos “portos”, a Lei nº 8.630/93 promoveu a descentralização desse serviço público, sob a configuração jurídica dos portos organizados, administrados e explorados por uma autoridade portuária, todavia, com o encargo daquela delegatária de afastar-se da operação portuária, com a constituição de subconcessões – arrendamento portuário. Em 2001, nova re-estruturação foi implementada pela Lei nº 10.233, criando, inclusive, uma Agência Reguladora, encarregada de implementar as políticas públicas para o setor. A par da constatação da impossibilidade jurídica de transposição do modelo de “porto organizado” para as novas concessões, o presente trabalho busca estabelecer novo modelo, baseado nas disposições especiais da Lei de Criação da Agência Reguladora, na Lei nº 8.987/95, e regulamento a ser editado, segundo inteligência do art. 34, da Lei nº 10.233.

PALAVRAS-CHAVE: Portos. Concessões. Reestruturação. Novo modelo

ABSTRACT: In order to regulate the ports activite, law No. 8.630/93 promoted the decentralization of public service, under the “organized ports area”, operated by the port authority, however, with the commitment assumed by delegate to withdraw your activities away from the port operation itself, with the establishment of sub-concessions. In 2001, new re-structuring was implemented by law No. 10.233, creating a regulatory Agency, responsible for implementing public policies for the sector. Keeping in mind the legal impossibility of transposing the model of “organized port” for the new concessions, this paper seeks to establish a new model, based on specific provisions of the Law that created the Regulatory Agency (No. 8.987/95) and following acts, inspired by the determinations of art. 34 of law No. 10,233.

KEYWORDS: Ports. Public. Concessions. Restructuring. New model.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 8.630 tratou de disciplinar a exploração “portos”, atividade essa qualificada como serviço público de titularidade da União. Definiu que a exploração de instalação portuária de uso público ficaria restrita à área do porto organizado, sendo este construído e aparelhado para atender às necessidades da navegação, da movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de cargas, cujo tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária. Ainda, dotado de um órgão gestor de mão-de-obra (OGMO) e de um Conselho da Autoridade Portuária.

Recentemente, a Secretaria Especial de Portos (SEP), sob o pretexto de dar concreção ao trespasse da exploração de “portos organizados” diretamente a concessionários privados, editou a Portaria nº 108/2010. Esse Estatuto prescreve o direito a qualquer interessado requerer a concessão para construção e exploração de porto organizado. A condição é que tal empreendimento esteja previsto na lista de referência do Plano Geral de Outorgas (PGO), ou haja manifesto interesse na indução do desenvolvimento regional reconhecido pela SEP.

Tratamos do tema noutro artigo¹, evidenciando-se uma impossibilidade jurídica de transposição para as indigitadas concessões do modelo instituído pela Lei de Portos; a dizer, a forma de exploração denominada de “porto organizado” não promove apenas e tão-somente a delegação da execução da atividade portuária, mas a delegação de atividade típica de Estado, insuscetível de trespasse direto ao concessionário privado. É o que ocorre com o exercício do poder de polícia de que trata a lei de portos. De fato, a autoridade portuária é muito mais do que mero administrador e explorador do porto. É a *longa manus* da União a intervir no dia a dia das atividades desenvolvidas nos portos, fazendo escolhas próprias do titular do serviço.

Nesse sentido, com vistas a conferir segurança jurídica na exploração da atividade, com a realização de novas concessões baseadas predominantemente nas disposições da Lei nº 8.987/95, restou proposta a alteração da legislação em vigor, em especial da Lei nº 10.233/2001. Isso não só para a correção de determinadas atecnias da norma, mas também com o fim de tornar realidade jurídica a intenção de consagrar a concessão portuária pública como gênero, que teria como espécies: (a) o porto organizado, trespasado à exploração de terceiros por meio

1 Portos Públicos: descentralização do serviço mediante concessão, segundo a Lei nº 10.233/2001.

de arrendamentos de áreas, na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de unidades específicas (portos públicos *stricto sensu*), com base nas disposições da Lei nº 8.987/95 e regramento específico a ser editado pela Agência Reguladora.

Uma das razões para a constituição de concessionárias de direito privado, e, por conseguinte, dar continuidade ao processo de descentralização das decisões na atividade, é possibilitar maior competitividade, mediante o aumento da eficiência e dos ganhos de produtividade na operação portuária, com a aplicação de técnicas e métodos privados, usualmente aplicados nas atividades industriais/comerciais.

Outra razão seria o reconhecimento do esgotamento do modelo denominado “porto organizado”, já que, considerado forma exclusiva de exploração de instalação portuária pública, não mais atende as necessidades hodiernas.

É certo que a alteração legislativa proposta há de contar com o apoio das autoridades políticas vinculadas à exploração do serviço, em especial do Poder Executivo Federal, quer por meio de edição de medida provisória; quer por meio do encaminhamento de projeto de lei.

Todavia, há de se considerar a hipótese de fracasso da proposta, mantendo-se a demanda sobre novas estruturas portuárias, com vistas ao atendimento das necessidades da coletividade, conforme já manifestado na Portaria nº 108/2010.

Nesse passo, colocado o operador do direito em estado de perplexidade, há de se buscar alternativa, com a interpretação sistemática do ordenamento pátrio, principalmente pela aplicação de princípios gerais de direito², da proporcionalidade e da razoabilidade, embora reconheça-se invulgar aquela proposta de alteração normativa.

É o que pretendemos com o presente trabalho. A dizer, segundo inteligência da Lei nº 10.233, buscar a máxima operatividade da norma, com vistas a atender às necessidades atuais e futuras, quanto ao serviço de “portos”. De outro modo, busca-se conferir máxima eficácia à vontade política do Estado, para a constituição de nova modelagem de concessão do porto público, mediante o trespasse direto à pessoa jurídica de direito privado, em paralelo à delegação de portos organizados na disciplina da

2 GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: SARAIVA, 2004, p. 30. O autor informa sobre os princípios gerais de Direito como fonte do Direito Administrativo.

Lei nº 8.630, tanto quanto para redefinir o âmbito de poderes e encargos que serão conferidos àquela concessionária privada.

1 CONCESSÃO DE PORTOS: NOVA MODELAGEM, SEGUNDO INTELIGÊNCIA DO ART. 34, DA LEI Nº 10.233

É competência da União a exploração dos portos marítimos, lacustres e fluviais, conforme dispõe o art. 21, XII “f”, da Constituição Federal/88. Da interpretação do artigo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem a exploração da atividade portuária como *serviço público federal*³, já que eleita como tal por quem de direito, o legislador constitucional. De fato, como manifestação máxima do poder político, a Constituição relacionou a exploração de portos como atividade própria da União, cuja prestação poderá ocorrer de forma direta ou indireta, mediante a concessão, permissão e autorização. Ou seja, sua prestação é atribuição do Estado, na forma definida pela CF/88.

O entendimento é reafirmado por Maria Sylvia Zanella de Pietro que define serviço público como “*toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”⁴ (destaque do autor)

Ademais, sustenta a autora a possibilidade de instituição pelo Estado de determinado serviço público, via lei, ante a necessidade ou utilidade da sua prestação para a coletividade. Vale dizer, o rol apresentado pelo legislador constituinte é apenas exemplificativo, não podendo olvidar da hipótese de constituição de novos serviços públicos, mediante edição de lei ordinária.

Assim, quer seja pela inexistência de recursos, ou de pessoal, quer seja pela maior capacidade de organização empresarial do particular, o Estado – titular do dever de fornecer o serviço – pode transferir o seu exercício para um terceiro, que assume a posição de prestador do serviço, muito embora a titularidade permaneça na pessoa política outorgante.

É exatamente por essa necessidade coletiva que tal atividade fica jungida a determinados princípios que condicionam a sua prestação, direta ou indireta, o que lhe imprime um regime jurídico diverso daquele incidente sobre atividades com expressão econômica, porém com predomínio do

3 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiras, 1999. p. 305.

4 ZANELLA, *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: ATLAS, 2002. p. 99.

interesse privado. Diz-se de predomínio do interesse privado porquanto toda atividade capaz de gerar riqueza é do interesse do Estado. De fato, é essa geração de riqueza que permite a realização dos objetivos da vida em sociedade, e, portanto, realiza os fins próprios do Estado.

Bem a propósito, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que *“só merece ser designado serviço público aquele concernente à prestação de atividade e comodidade material fruível singularmente pelo administrado, desde que tal prestação se conforme a um determinado e específico regime: regime de Direito Público, o regime jurídico-administrativo”*⁵.

Aliás, é exatamente desse regime prevalecente de Direito Público que subjaz a incidência de determinados princípios que conformam a prestação do serviço público⁶. Princípio da eficiência, da segurança, conforto, regularidade, pontualidade, generalidade, atualidade e modicidade de tarifas, no caso da atividade portuária, segundo disposto nos arts. 20, II “a” e 28 “I”, da Lei nº 10.233/2001, lei essa que dispõe sobre a re-estruturação dos serviços regulados pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários –ANTAQ.

Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, incidem também outros princípios: *“dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; da supremacia do interesse público; da adaptabilidade, ou seja, a sua atualização e modernização; universalidade; impessoalidade; da continuidade, entre outros”*⁷.

Nessa altura, importa acrescentar o reconhecimento de que não há que se falar em direito adquirido, em face da contratualização da prestação do serviço por privados (concessionários). Isto porque ao estabelecer a relação jurídica com o titular do serviço, o administrado se insere num regime de sujeição especial, no qual a sua única garantia é a preservação da equação econômico-financeira inicial⁸, sob pena de desconsideração da incidência do princípio da adaptabilidade e da

5 MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004. p. 622.

6 Para o Ministro Eros Grau “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, com muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”. (A ordem econômica na Constituição de 1988. 13ª ed., São Paulo: MALHEIROS, 2008. p. 117).

7 MELLO, op. cit., p. 626.

8 Bem por isso, a própria Lei nº 10.233/2001 estabelece a obrigatoriedade de inclusão de cláusula no contrato de concessão, dispondo sobre a revisão tarifária, inclusive com a previsão de transferência aos

supremacia do interesse público, o que, por consequência, acabaria por esvaziar o próprio núcleo do conceito de serviço público.

Implica dizer que, caracterizada determinada atividade como serviço público, do fato, *de per se*, atrai-se a incidência de determinados princípios, diversos daqueles incidentes sobre a atividade meramente econômica. Implica dizer, o regime jurídico é diverso, razão pela qual não se sujeitam ao regime de direito privado, mas ao prevalecente regime de direito público.

Feitas essas breves considerações, cumpre então retornar ao ponto central do presente trabalho.

A par de estabelecer a disciplina para a exploração da infraestrutura de transporte público (inclusive portuária), a Lei nº 10.233/2001 prevê como diretriz a descentralização das ações, sempre que possível, promovendo sua transferência a *outras entidades públicas*, mediante convênios de delegação, *ou a empresas públicas ou privadas*, mediante outorgas de autorização, *concessão ou permissão*, conforme dispõe o inciso XII do art. 21 da Constituição Federal (art. 12, I).

No caso específico da infraestrutura portuária, precedida ou não de obra pública, ficou definida pelo legislador ordinário a concessão como forma adequada para o trespasse do serviço à exploração de particulares, mediante atos de outorgas que poderão estar vinculados a contratos de arrendamento de ativos e a contratos de construção, na forma disciplinada pela Lei nº 8.630/93.

De outro lado, a Lei nº 9.277/96 estabeleceu a possibilidade de celebração de convênios de delegação entre a União e os demais entes federados, com vistas a permitir a exploração dos portos por estes últimos. A par da importância de tais estruturas para o interesse nacional, não resta dúvidas sobre a conveniência da descentralização, visando compatibilizar a exploração também com os interesses regionais. De outro lado, a tomada de decisão de forma descentralizada, em razão da maior proximidade dos fatos, confere maior efetividade ao dirigismo estatal imperante. Nesse caso, sujeitando-se à legislação federal, notadamente à Lei nº 8.630/93, e as alterações da Lei nº 10.233/2001.

usuários de perdas ou ganhos econômicos decorrentes de fatores que afetem custos e receitas e que não dependam do desempenho e da responsabilidade do concessionário (art. 35, § 1º).

Pode-se, ainda, acrescentar outros dois modos de exploração de instalações portuárias. O primeiro, mediante a descentralização com a incidência do princípio da especialização, com a constituição de pessoas jurídicas específicas (descentralização por serviços⁹), que podem constituir-se sob a forma de autarquia, sociedade de economia mista ou empresas. No caso, a União decidiu pela criação de sociedades de economia mista, as companhias docas.

Um segundo modo, mediante a constituição de delegação por colaboração¹⁰, com a celebração de contrato de concessão, com pessoas jurídicas públicas ou privadas, por inteligência do art. 28 e ss, da Lei nº 10.233, que estabelece, *in verbis*:

Art. 28. A ANTAQ e a ANTT, em suas respectivas esferas de atuação, adotarão as normas e os procedimentos estabelecidos nesta Lei para as diferentes formas de outorga previstas nos arts. 13 e 14, visando a que:

I – a exploração da infraestrutura e a prestação de serviços de transporte se exerçam de forma adequada, satisfazendo as condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço, e modicidade nas tarifas;

II – os instrumentos de concessão ou permissão sejam precedidos de licitação pública e celebrados em cumprimento ao princípio da livre concorrência entre os capacitados para o exercício das outorgas, na forma prevista no inciso I...

[...]

Art. 33. Os atos de outorga de autorização, concessão ou permissão a serem editados e celebrados pela ANTT e pela ANTAQ obedecerão ao disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nas subseções II, III, IV e V desta Seção e nas regulamentações complementares a serem editadas pelas Agências.

[...]

9 Conforme Maria Sílvia Zanella Di Pietro. Op. Cit., p. 351.

10 *Ibidem*; p. 353: “descentralização por colaboração é a que se verifica quando, por meio de contrato ou ato administrativo unilateral, se transfere a execução de determinado serviço público a pessoa jurídica de direito privado, previamente existente, conservando o Poder Público a titularidade do serviço”.

Art. 34-A. As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital

Considerando a finalidade da referida Lei, qual seja de promover a re-estruturação do transporte aquaviário, inclusive no que tange à exploração de estruturas conexas indispensáveis ao embarque e desembarque de cargas para o referido modal (instalações portuárias), estreme de dúvidas que a lei buscava inovar quanto às formas de delegação da atividade, permitindo-se, desse modo, a aplicação da Lei de Concessões. Note-se o quanto disposto nos artigos retrotranscritos, que definem o escopo da concessão das instalações, sujeitando os atos administrativos à observância do disposto na Lei nº 8.987/95, e regulamentações complementares a serem editadas pela ANTAQ.

Todavia, o que se considerou num primeiro momento um avanço em relação à legislação anterior, acabou não se refletindo em ações concretas para a modificação do *status* reinante. Vale dizer, a exploração da atividade permaneceu condicionada à constituição de autoridade portuária, nos termos da Lei nº 8.630/93, mantidas as regras e condições ditadas pela referida lei.

Explica-se. Inadvertidamente, ao relacionar as atribuições conferidas à Agência Reguladora do transporte aquaviário, o legislador ordinário condicionou a exploração das instalações portuárias públicas à forma de “porto organizado”. Veja:

Art. 27. Cabe à ANTAQ, em sua esfera de atuação:

[...]

XV – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração dos portos organizados em obediência ao disposto na Lei no 8.630, de 25 de fevereiro de 1993;

Ora, se na Seção IV (arts. 28 a 37, da Lei nº 10.233/2001), que trata especificamente dos procedimentos e do controle das outorgas,

não se vinculou a exploração das instalações portuárias ao modelo ditado pela Lei nº 8.630/93, o mesmo não ocorreu com o rol de atribuições de que trata o art. 27. Aqui, a atribuição conferida à ANTAQ foi para promover as licitações e celebrar os contratos de concessão para exploração *exclusivamente* dos portos organizados. Desse modo, vinculou a descentralização da atividade unicamente à exploração de “porto organizado”.

E, conforme demonstrado em outro recente artigo, deixou-se claro que porto organizado constitui-se em estrutura *sui generis*, notadamente por tratar-se de infra-estrutura, construída e aparelhada para a movimentação de passageiros ou da movimentação e armazenagem de mercadorias, *cujos tráfego e operações portuárias estejam sob a jurisdição de uma autoridade portuária* (art. 1º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.630/93).

Mas não só. Como porto organizado estará tal “condomínio” marcado por outras características ditas pela própria Lei dos Portos. Assim, estará sujeito à exigência de constituição do CAP (Conselho da Autoridade Portuária), do OGMO (Órgão Gestor da Mão de Obra), órgãos esses que se inter-relacionam com as autoridades relacionadas no art. 3º, da Lei nº 8.630/93.

De outro ângulo, o espírito da lei está fundado na exclusão da autoridade portuária da realização da operação portuária, devendo promover tantos arrendamentos quanto bastem para a transferência da atividade a particulares, mediante contratos de arrendamento portuário (subconcessões). Tal propósito está reiterado no disposto no art. 4º, do Decreto nº 2.184/97, que fixa a obrigação do delegatário de desempenhar exclusivamente as atribuições da autoridade portuária.

Todavia, demonstrou-se a inviabilidade lógico-jurídica de trespasse da atividade inerente à autoridade portuária a mero concessionário privado, porquanto aquele órgão (autoridade portuária) ter como atribuição maior tornar presente o próprio Poder Concedente (condição de *longa manus*), numa posição de supremacia em relação ao administrado. Autoridade como uma espécie de poder contínuo, estabilizado, em que o administrado o reconheça como legítimo e capaz de impor, unilateralmente, determinadas condutas. Então, poder que repousa na crença da legitimidade para o seu exercício. Portanto, capaz de exercer a atividade discricionária de divisar condutas aceitáveis, pois abstratamente admitidas no ordenamento jurídico, e condutas não

aceitáveis, contrárias ao interesse público, ou vedadas aos administrados, no âmbito do serviço recebido em delegação.

De fato, conforme disposto no art. 33, da Lei nº 8.630/93, é a autoridade portuária responsável por tornar a União, titular do serviço público, presente na fiscalização das operações portuárias, zelando para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Estreme de dúvidas que tais poderes de fiscalização, na amplitude conferida à autoridade portuária, não podem ser delegados ao concessionário privado, por constituir-se em atividade típica de Estado, insusceptível de transferência para o particular.

Com efeito, há atividades que não podem ser delegadas. É o que dispõe o art. 4º, III, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece a indelegabilidade das funções de *regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado*.

É o caso vertente. Não há dúvidas de que, por vias oblíquas, quer-se conferir poderes ao concessionário, incompatíveis com o arcabouço jurídico, trespassando-lhe funções típicas de Estado.

Conforme expressado anteriormente, a disciplina da Lei dos Portos coloca a autoridade numa posição de supremacia (com as prerrogativas do poder *de imperii*), porquanto terá jurisdição¹¹, com poderes para fazer cumprir as leis nos limites da área do porto, fiscalizando as operações portuárias, e tudo o mais quanto necessário para que os serviços se realizem com regularidade, eficiência, segurança e respeito ao meio ambiente.

Destarte, o exercício de tais poderes de fiscalização, na amplitude conferida à *autoridade portuária*, não poderá ser delegado ao concessionário privado, sob pena da violação da ordem jurídica em vigor.

Em razão disso, foi proposto a alteração da Lei nº 10.233/2001, com o fim de tornar realidade jurídica a intenção de consagrar as concessões portuárias públicas como gênero, que teriam como espécies (a) o porto organizado, dirigido por autoridade portuária regularmente constituída, trespassado à exploração de terceiros por meio de arrendamentos de áreas na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de

11 Art. 1º, da Lei nº 8.630/93.

unidades específicas (portos públicos *stricto sensu*), sem as mesmas características do porto organizado, já que orientado pelas disposições da Lei nº 8.987/95 e sujeito a regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora, conforme deixou antevê o legislador ordinário no art. 34, da Lei de criação da ANTAQ.

Isso decorre da necessidade de reconhecer o esgotamento da entidade “porto organizado” como estrutura suficiente para resolver todas as situações exigidas pelo mercado, na movimentação de mercadorias do e para o meio aquaviário. De fato, não resolve. Daí a necessidade de criar novas estruturas portuárias, voltadas para o atendimento das necessidades da coletividade geral, dotadas de elevado interesse social, em paralelo ao que se denominou pelo legislador ordinário de “porto organizado”.

Assim, tais concessões, unidades específicas, ora denominadas de “porto público *stricto sensu*”, poderiam ser qualificadas como “Instalação Portuária Pública de Grande Porte (IPPGP)”, constituiriam uma modalidade de porto público, submetido ao prevalecente regime jurídico de direito público, cuja exploração estaria condicionada à prévia licitação, como de regra.

É certo que a alteração legislativa proposta há de ser encampada pelas autoridades políticas vinculadas à exploração do serviço, em especial do Poder Executivo Federal, quer por meio do encaminhamento de projeto de lei (regime ordinário), ou, excepcionalmente, por meio de edição de medida provisória. Dessa forma, ter-se-ia a continuidade da reestruturação e modernização do serviço de exploração da infraestrutura portuária, com vistas ao atendimento das necessidades presentes e futuras.

Todavia, há de se considerar a hipótese de fracasso da proposta, mantendo-se a demanda sobre a Agência Reguladora, para a licitação de novos portos públicos, conforme já manifestado na Portaria nº 108/2010, da Secretaria Especial de Portos. Contudo, tendo por substrato jurídico somente a legislação já em vigor, acrescida do superveniente regulamento da Agência Reguladora, *ex-vi* art. 34, da Lei nº 10233.

Nesse passo, colocado o operador do Direito em estado de perplexidade, há de se buscar alternativas com a interpretação sistemática do ordenamento pátrio, mediante a eleição de princípios

gerais de direito¹², embora tal caminho, não raras vezes, acabe por gerar mais insegurança jurídica, do que propriamente a solução adequada para o problema proposto. Espera-se não ser esse o caso presente.

Aliás, como solução adequada, repita-se, a recomendação é para a alteração dos dispositivos da Lei nº 10.233/2001, com o fim de consagrar a possibilidade de concessões de infraestruturas autônomas públicas (desvinculadas dos portos organizados), exploradas diretamente por concessionários privados, com base em regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora. De ver que tal regramento deverá basear-se na prevalência do disposto na lei de criação da Agência, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95; a dizer, sem subsumir-se às disposições inerentes e peculiares aos portos organizados (aplicável exclusivamente aos portos organizados).

Mas, promovendo um alentado esforço interpretativo¹³, é possível divisar como alternativa à solução proposta, menos técnica é verdade, a promoção da concessão de novos portos (não “portos organizados”¹⁴), contudo, restringindo-se as atribuições e competências da concessionária privada, considerando a Lei nº 8.630/93 parcialmente derogada, por incompatibilidade com as concessões de que trata a Lei nº 10.233/2001, com espeque nos artigos 28 a 37, em especial o disposto no art. 34.

Repita-se, não haverá, na espécie, a concessão de portos organizados segundo a disciplina daquela Lei de Portos. Mas sim de portos públicos *stricto sensu*, com base em regramento próprio, a partir do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. Tais concessões, unidades específicas, que, como já dito, poderiam ser denominadas ora denominadas “*Instalação Portuária Pública de Grande Porte (IPPGP)*”, constituindo-se espécie (modalidade) de porto público.

12 Diogenes Gasparini informa acerca da utilização dos princípios gerais de Direito como fonte do Direito Administrativo. (Op. Cit., pág 30).

13 Conforme Min. Eros Grau “a interpretação do direito tem caráter constitutivo – não, pois, meramente declaratório – e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar é dar concreção (=concretizar) ao direito...Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular”. (op. cit., p. 161).

14 Observe-se que é a denominação na sua acepção técnica, conforme conceito legal contido na Lei nº 8.630; não se contrapõe a “portos desorganizados”.

Destarte, não haveria a figura da autoridade portuária propriamente dita, haja vista que tal órgão desempenha uma atividade típica de Estado, intransferível ao concessionário privado, conforme largamente demonstrado no anterior artigo em que se defendeu a alteração normativa. Assim, à concessionária, pessoa jurídica de direito privado, caberia tão-somente a administração e exploração do porto organizado, recaindo sobre ela a responsabilidade integral pela prestação do serviço.

Nesse passo, com vistas a garantir a efetividade do trespasse do serviço público a particulares, garantindo-se eficácia da fiscalização e controle sobre a atividade, restaria vedada a possibilidade de arrendamentos portuários previstos na Lei nº 8.630, enquanto espécie de subconcessão, concentrando-se toda a operação portuária na figura da própria concessionária, que responderá perante a Administração Pública pela qualidade, segurança, continuidade e adequação do serviço prestado¹⁵.

Assim, admitir-se-ia a celebração de contratos entre a concessionária e outros privados. Todavia, tais os instrumentos serviriam tão-somente para a contratação de serviços acessórios, complementares, ou mesmo para projetos associados, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o Poder Concedente. Tais instrumentos não seriam oponíveis aos direitos da Administração Pública, nem poderiam restringir ou afetar as cláusulas regulamentares (cláusulas do serviço) ou a supremacia do interesse público, como sói ocorrer na prestação de serviço público.

A propósito do tema, José dos Santos Carvalho Filho destaca que *“o concessionário desempenha uma atividade delegada por sua conta e risco. Trata-se de característica própria da concessão. Por essa razão, o concedente nenhuma responsabilidade tem no que se refere às contratações firmadas pelo concessionário”*¹⁶.

Poderá contratar operador portuário? Até poderá, porém mediante contrato regido pelo direito privado, sem possibilidade de transferência da responsabilidade pela adequação do serviço, que é peculiar do concessionário. Vale dizer, não haverá a figura da habilitação do operador portuário, porquanto é o concessionário que responde

15 MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões privatizações de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: SARAIVA, 1997. p. 5.

16 *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2010. p. 431.

pela operação portuária. Por certo, a administradora do porto zelará pela capacidade do contratado, uma vez que será de sua conta e risco a indigitada avença.

Na verdade, considerando o modelo proposto, operador portuário nato seria a própria concessionária, podendo-se constituir em operador único, dependendo de sua organização empresarial. Haveria a faculdade de contratação de operador portuário, se e quando convier ao concessionário, repisando que tal avença não alcançará de modo algum a regulamentação do serviço, vertida no contrato de concessão. Vale dizer, o operador portuário não se caracteriza como figura (requisito) essencial no caso de porto público objeto de concessão, segundo disciplina da Lei nº 10.233/2001, embora possa ocorrer de forma accidental.

Note-se que a qualificação da pessoa jurídica como “operador portuário” é ato solene de manifestação da vontade da autoridade portuária (atividade típica de Estado), inconciliável com a mera figura do concessionário privado.

Nesse sentido, há de se ter por parcialmente revogado o disposto no art. 9º, da Lei nº 8.630/93, pois inaplicável em relação aos portos concedidos nessa ‘nova’ modelagem, uma vez incompatível com o disposto na Lei nº 10.233/2001, para os casos da espécie. Ou seja, não haverá pré-qualificação, ou qualificação, de operador portuário pela Administração do Porto. Será ela, concessionária, a única responsável pela operação portuária, qualidade especial e própria da licitante vencedora, quando da realização de licitação para a delegação de portos concedidos diretamente pela Agência Reguladora, em obediência aos art. 28 e 34, da Lei de criação da ANTAQ.

Implica dizer que a multiplicidade de operadores portuários só tem sentido no âmbito de portos organizados, porquanto ocorrente exploração de caís público de uso múltiplo (operado simultaneamente por vários operadores portuários pré-qualificados). Não há sentido falar-se em operador portuário no âmbito dos portos concedidos, senão na medida em que houver também pluralidade de concessionários, mediante regular fragmentação da atividade ali realizada (subconcessão), o que não se verifica no caso em testilha. Esta é mais uma particularidade do porto organizado, na medida em que voltado para a constituição de grande condomínio de estruturas físicas e de múltiplas atividades, sob a coordenação direta da autoridade portuária. Há, no caso, uma deliberada

fragmentação da atividade (subconcessão), o que não ocorrerá com a delegação do porto público *stricto sensu*.

De outro giro, dentro dessa nova concepção para os portos públicos concedidos, a fiscalização (policia administrativa) e, por consequência, o exercício do poder sancionatório seriam concentrados na própria Agência Reguladora. Quanto à primeira, haveria a possibilidade de celebração de convênios de cooperação com órgãos e entidades da Administração Pública Federal, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, *ex-vi* art. 28, § 1º “I”, da Lei nº 10.233.

Ordinariamente, no âmbito dos portos organizados, o Conselho da Autoridade Portuária (CAP) detém não somente a função consultiva, mas também a função deliberativa para determinadas situações, como no caso da homologação da tabela de tarifas incidentes nas operações portuárias.

Já nas concessões do porto público *stricto sensu*, isso não ocorre. De fato, só haverá compatibilidade com o novo regime, caso a função desse órgão fique restrita a atividade consultiva, com vistas à propositura de ações para promover a melhoria, racionalização e a otimização das instalações portuárias; representar contra a administração do porto, no caso de desvio do interesse público; manifestar-se sobre os programas de obras, aquisições e melhoramentos da infraestrutura portuária, cuja disciplina já não fosse objeto do edital e respectivo contrato de concessão; promover estudos objetivando compatibilizar o plano de desenvolvimento do porto com os programas federais, estaduais e municipais de transporte em suas diversas modalidades; pronunciar-se sobre outros assuntos de interesse do porto.

De observar que, no caso, suprir-se-ia a competência do CAP para a homologação dos valores das tarifas portuárias, porquanto tais valores seriam tão-somente aqueles fixados no contrato de concessão (relação contratual). Tarifas portuárias entendidas como os valores pagos pelos usuários do serviço, valores esses suficientes para cobrir o custo do serviço, a amortização do capital da concessão e o retorno do negócio (lucro). O modelo tarifário incidente sobre os portos organizados não seria aplicável à espécie, porquanto todo custo do serviço, inclusive a manutenção dos acessos, do calado, da sinalização, da utilização do cais de acostagem etc estariam abrangidos pelo preço público cobrado do usuário.

De outro turno, não caberia ao CAP a competência para baixar o regulamento da exploração do porto e respectivo horário de

funcionamento, porquanto esses encargos seriam atribuição da ANTAQ, via edição de Resolução, promovendo, se necessário, audiência pública para esse fim.

Incabível também falar-se em competência recursal do CAP, quanto à aplicação de penalidades no âmbito do serviço regulado, porquanto tal competência é da própria Agência Reguladora, instância administrativa final na espécie, conforme art. 3º, do Decreto nº 4.122/2002, cujo conteúdo normativo é decorrência da inteligência da Lei nº 10.233/2001, arts. 23 e 27.

De igual modo, há que ser revista pertinência das disposições legais no que tange à constituição do órgão gestor da mão-de-obra (OGMO), quando da concessão em testilha.

Inicialmente, de pontuar que no direito pátrio as relações de trabalho são ordinariamente submetidas à proteção regulamentada pela Consolidação das Leis Trabalhistas (regime celetista). Excepcionalmente, o legislador ordinário previu a convivência de mão-de-obra do trabalhador portuário com vínculo (por prazo indeterminado) e dos trabalhadores portuários avulsos (sem vínculo). Daí, como regra excepcional, deve ser interpretada restritivamente¹⁷ para declarar que a figura do órgão gestor só se compatibiliza dentro das atividades do “porto organizado”, na forma disciplinada pela Lei nº 8.630/93.

Com efeito. A existência do trabalhador avulso não pode ser jungida a mera manifestação de favorecimento, ou privilégio em favor de determinada corporação. Na verdade, a razão lógica da manutenção do trabalhador avulso foi o reconhecimento de que, no ambiente do porto organizado, qualificado pela multiplicidade de operadores portuários, a figura do avulso era benéfica para a atividade, na medida em que determinado trabalhador poderia atender a diversos operadores, sem a existência de vínculo empregatício, mas sim em decorrência da eleição

17 “Em regra, as normas jurídicas aplicam-se aos casos que, embora não designados pela expressão literal do texto, se acham no mesmo virtualmente compreendidos, por se enquadrarem no *espírito* das disposições: baseia-se neste postulado a exegese *extensiva*. Quando se dá o contrário, isto é, quando a letra de um artigo de repositório parece adaptar-se a uma hipótese determinada, porém se verifica estar esta em desacordo com o *espírito* do referido preceito legal, não se coadunar com o fim, nem com os motivos do mesmo, presume-se tratar-se de um fato da esfera do Direito Excepcional, interpretável de modo estrito. – Estriba-se a regra numa razão geral, a exceção, numa particular; aquela baseia-se mais na justiça, esta, na utilidade social, local, ou particular. As duas proposições devem abranger coisas da *mesma natureza*; a que mais *abarca*, há de constituir a *regra*; a outra, a exceção”. (Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: FORENSE, 2008. p. 183)

para o exercício da atividade de embarque e/ou desembarque de cargas. Ou seja, ao operador portuário eleito para a carga ou descarga de determinado navio caberia, como de fato cabe, requisitar a mão de obra ao OGMO, independentemente da manutenção de vínculo. Se por um lado, tal procedimento é suficiente para gerar maior retorno financeiro para o avulso, teria como contrapartida para o operador portuário a redução de encargos sem a manutenção de vínculo empregatício, mormente nos casos do não exercício da operação portuária.

Em determinadas situações, a atividade do operador portuário é acidental (ocasional), dependente da atracação de navios, e quando estes dependam da intervenção de mão-de-obra extra-tripulação com vista a sua descarga. Desde que eleito determinado operador portuário, é dessa escolha que resulta necessária a requisição de mão de obra ao OGMO. Noutros momentos, a manutenção do vínculo empregatício implica na existência de custos, sem necessidade de atuação da atividade obreira.

Ocorre que, como visto, no caso de concessão de portos públicos *stricto sensu*, resta afastada a característica da multiplicidade de operadores portuários. Acidentalmente pode atuar mais de um operador portuário, contudo, essa não é característica peculiar do porto concedido. Isto porque organização empresarial da atividade passa a ser exclusiva do concessionário, já que responde ele com exclusividade pela adequada prestação do serviço. Desse modo, parece evidente a impropriedade de se lhe impor a existência de múltiplos operadores.

Neste caso, há de se reconhecer uma acentuada redução do dirigismo do Estado, privilegiando a organização empresarial da atividade, com vista à garantia da prestação do serviço de forma adequada e, ainda, profissionalização do trabalhador, incumbência que passa a ser exercida, com propriedade, pelo empregador, concessionário privado, o que convergirá certamente para a efetivação da multifuncionalidade, meta albergada pelo legislador ordinário, no âmbito da exploração portuária, conforme a própria Lei nº 8.630/93, art. 57.

Destarte, resta afastada a razão lógica para a existência do trabalhador avulso, no âmbito do porto concedido na nova modelagem, ante a inexistência de multiplicidade de operadores portuários. Em resumo, o OGMO é órgão próprio e compatível com o porto organizado, o que também ocorre com o trabalhador portuário avulso. Nesse ponto, inteiramente aplicável a doutrina retromencionada, acerca da interpretação do Direito Excepcional. Ou seja, se não há a mesma

razão, não se pode aplicar o mesmo direito. De fato, a contratação sem vínculo (avulso) não encontra perfeita adequação no caso em testilha, constituição de concessionário privado, haja vista ser instrumento de realização da atividade dentro do porto organizado.

Com isso, tanto o recrutamento como o treinamento do trabalhador portuário é encargo próprio do concessionário, cuja relação de capital e trabalho deverá ser guiada pela Consolidação das Leis Trabalhista (CLT). Vale dizer, mediante a constituição do regular vínculo empregatício, como regra.

Não bastasse aquela razão de ordem lógica, convém ressaltar que a própria Lei nº 8.630/93 estabelece que, no caso de vir a ser celebrado contrato, acordo, ou convenção coletiva de trabalho entre os trabalhadores e tomadores de serviços, este precederá o órgão gestor e dispensará a sua intervenção nas relações entre capital e trabalho no porto (§ único, do art. 18).

Ora, a razão determinante para a constituição do OGMO foi exatamente a intervenção nas relações entre o capital e trabalho do porto organizado, cuja finalidade legal era a administração do fornecimento da mão-de-obra do trabalhador portuário (não avulso)¹⁸ e do trabalhador portuário-avulso. Na hipótese do item anterior, excluída essa atribuição, há de se perquirir sobre a própria essencialidade do órgão no âmbito de tais portos.

Isto porque a inteligência dos arts. 47 e 49 permite concluir sobre a obrigatoriedade do órgão somente ante a inércia das partes na formalização de contrato, convenção ou acordo coletivo de trabalho. Demais disso, enquanto não criado o órgão gestor, as competências deste seriam exercidas pela própria administração do porto.

Insisto também que a constituição do trabalhador portuário-avulso é resultado da determinação de oportunidade e conveniência da Administração Pública, porquanto, ainda em relação ao contingente existente à época da edição da Lei nº 8.630/93, foi incentivado o cancelamento do registro, mediante o pagamento de indenização, e outras vantagens (art. 59), demonstrando-se uma clara, inequívoca e deliberada intenção do legislador ordinário de extinção da categoria.

18 Trabalhador com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

Para tanto, criou-se inclusive um encargo para o serviço, com a constituição do Adicional de Indenização do Trabalhador Portuário Avulso (AITP), numa manifestação sobre a inconveniência da manutenção dessa figura no âmbito dos portos organizados. No mesmo sentido, há determinação legal para a busca progressiva da multifuncionalidade (art. 57), numa clara demonstração da necessidade de revisão das relações entre o capital e o trabalho portuário.

Sequer pode ser invocado o fato de o Brasil ser signatário da Convenção nº 137, da Organização Internacional do Trabalho, pois além de reconhecer a dinâmica e inovação tecnológica nas operações portuárias, demandando uma reformulação na relação capital/trabalho (multifuncionalidade), a referida norma apenas confere prioridade aos portuários matriculados nas categorias de profissionais portuários.

Dessa forma, a Agência Reguladora do serviço poderá editar regulamento, determinando a obrigatoriedade, *ou não*, de criação do órgão gestor de mão-de-obra, no âmbito dos novos portos concedidos a particulares, fundamentando adequadamente por uma, ou por outra solução, estabelecendo as suas atribuições, competências e as fontes de receitas daquele órgão.

Assim, pois conforme demonstrado acima, ainda que filie-se ao entendimento sobre a obrigatoriedade de constituição do OGMO, no âmbito dos portos organizados; que é órgão compatível com essa estrutura; o mesmo não ocorre com a concessão de porto público *stricto sensu*; neste caso, não se constitui em órgão essencial e necessário.

Em face de todo o exposto, revela-se evidente que a operação portuária, nos portos concedidos ao particular, prescinde da intervenção do trabalhador portuário avulso, sendo que a capatazia, estiva, conferência de carga, conserto de carga, bloco e vigilância de embarcações – privilegiada a multifuncionalidade – poderão ser realizados exclusivamente por trabalhador portuário com vínculo empregatício a prazo indeterminado, conforme regramento a ser editado pela Agência Reguladora, conforme inteligência dos artigos 28 a 37, da Lei nº 10.233/2001.

De fato, a inexistência de multiplicidade de operadores portuários é razão suficiente para afastar a aplicação dos dispositivos da Lei nº 8.630/93, que trata do trabalhador portuário avulso, por incompatibilidade com o “novo” modelo de delegação da atividade.

Repita-se, o trabalhador avulso não é pertinente e compatível com a concessão de portos ao particular, senão daquelas estruturas qualificadas como “portos organizados”, caracterizados pela multiplicidade de subconcessionários (arrendatários) e multiplicidade de operadores portuários.

2 DAS NOVAS CONCESSÕES: DA MODICIDADE TARIFÁRIA

Um ponto que nos chama a atenção, ante a disciplina da Portaria nº 108/2010, diz respeito ao critério de escolha do concessionário, que, segundo disposto naquela Norma, será sempre o de melhor oferta pela concessão, com esboço no art. 34-A, § 2º, inciso IV, da Lei nº 10.233.

Ainda. A referida portaria apresenta como receitas do concessionário: (a) tarifas portuárias; (b) de valores decorrentes de arrendamentos que realizar; (c) de receitas alternativas, complementares ou acessórias ou de projetos associados, conforme previsão em Edital e no contrato de concessão.

Sobre o assunto, note-se que o art. 11, da Lei nº 8.987/95, dispõe que “no atendimento às particularidades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade de tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei”.

No que tange às receitas alternativas, complementares e acessórias, Cármen Lúcia Antunes Rocha, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral, anota que tais fontes têm de ser identificadas no edital de licitação, como forma de garantir prévio conhecimento de todos os concorrentes, não só para a garantia do concorrente, mas para a consequente modicidade das tarifas advindas da prestação do serviço¹⁹.

Isto posto, convém transcrever o indigitado art. 34, da Lei nº 10.233/2001, para melhor examinar a validade da escolha do concessionário, com base no critério da melhor oferta. Veja:

Art. 34-A As concessões a serem outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ para a exploração de infra-estrutura, precedidas ou

19 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*. São Paulo: SARAIVA, 1996. p. 79.

não de obra pública, ou para prestação de serviços de transporte ferroviário associado à exploração de infra-estrutura, terão caráter de exclusividade quanto a seu objeto e serão precedidas de licitação disciplinada em regulamento próprio, aprovado pela Diretoria da Agência e no respectivo edital.

§ 2º O edital de licitação indicará obrigatoriamente:

[...]

IV - os critérios para o julgamento da licitação, assegurando a prestação de serviços adequados, e considerando, isolada ou conjugadamente, a menor tarifa e a melhor oferta pela outorga.

De ver que o dispositivo não traz qualquer preferência a um ou a outro critério, a par de estabelecer, porém, a possibilidade de conjugação dos mesmos. Todavia, numa interpretação sistemática, convém advertir que, além de apresentar os critérios numa determinada “ordem”, que é repetida pelo art. 15, da Lei nº 8.987/95, não se pode olvidar que a própria Lei nº 10.233/2001 estabelece como objetivo da ANTAQ a busca pela modicidade tarifária (art. 20).

Com efeito, naqueles dispositivos, o legislador indica, primeiramente, o critério de “menor tarifa”, fazendo crer que esse deva ser o critério a prevalecer. Por outro lado, há de se reconhecer ser esse o modo mais adequado de atingir um específico interesse coletivo, qual seja a modicidade tarifária. A dizer, permite a geração de riquezas com um menor custo, o que permite a repartição das vantagens econômicas diretamente com o usuário.

É sabido que toda concessão é, via de regra, onerosa. Isto é, mediante a celebração de contrato, é possível às partes contratantes anteverem os proveitos e encargos a que estarão sujeitos. É certo, ainda, que o concessionário é geralmente remunerado pelo usuário, mediante a fixação de tarifas²⁰. Nesse caso, qualquer encargo assumido é repassado nesse preço.

20 Lúcia Valle Figueiredo, “A justa remuneração do concessionário é, por conseguinte, imperiosa. A Administração, se o entender no estabelecimento de política social, poderá determinar tarifas menores e subsidiá-las. Porém, não poderá deixar de dar a justa retribuição do capital, que deverá ser amortizado ao longo de toda a concessão”. (Curso de Direito Administrativo. 7. ed. São Paulo: MALHEIROS, 2004. p. 94-95).

Esse é o desenho próprio das chamadas concessões comuns (autossustentáveis), em que, ordinariamente, o custo do serviço é totalmente absorvido pelo usuário. A propósito, de invocar a doutrina de Egon Bokmann Moreira²¹, que assevera *verbis*:

[...] uma coisa é o pagamento unitário pelo serviço prestado, a significar a contraprestação pecuniária adimplida pelo usuário (remuneração); outras são a amortização do investimento e o benefício econômico incorporado pelo concessionário ao patrimônio dos seus sócios (lucro). Nas concessões comuns, cujo projeto é autossustentável, a tarifa há de ser a principal fonte de remuneração, amortização e lucratividade. Em suma, ela advém da composição de ao menos cinco itens: (i) benefícios aos usuários; (ii) administração do serviço e respectivos custos operacionais; (iii) lucro do investidor; (v) tributos. O percentual dessas unidades variará de concessão a concessão.

Estreme de dúvidas de que a concessão em testilha, concessões de portos públicos *stricto sensu*, configuram-se como concessões comuns. No caso específico, então, com a eventual escolha do critério de melhor oferta, o que de fato ocorrerá é a incidência sobre a tarifa não só os custos da prestação do serviço, mas também da amortização do investimento e o lucro. A dizer, a contrapartida decorrente dos investimentos necessários para a modernização do serviço, juntamente como custo de oportunidade do negócio; isto é, a capacidade de gerar receitas e remunerar adequadamente o capital investido pelo concessionário, inclusive o valor pago ao concedente para a garantia do privilégio de execução dos serviços (melhor oferta). Assim, quanto maior for o valor de partida, ou seja, valor de oferta pelo objeto licitado, maior será o valor cobrado do usuário a título de equilíbrio entre encargos e benefícios. A dizer, maior será o valor da tarifa. De fato, o que se tem na concessão comum é a incidência não só dos custos, mas também do lucro sobre o preço pago a título de tarifa.

Destarte, parece evidente que o critério para a escolha do concessionário merece maior reflexão, notadamente pelos impactos que decorrerão da escolha equivocada. Estabelecer como critério de escolha do concessionário o da melhor oferta pela concessão pode não se revelar oportuno, nem eficaz para a exploração dos portos

21 *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995* (Parte Geral). São Paulo: MALHEIROS, 2010. p. 328.

que serão transferidos aos concessionários privados. Mormente porque tal valor, hodiernamente, é carreado para os cofres das Cias Docas (autoridades portuárias), deficitárias convictas²², sem que reflita em qualquer benefício para o usuário dos serviços.

Não há, de fato, qualquer benefício para o usuário com a incorporação do custo (da melhor oferta) nas concessões da espécie. A uma, porque não haverá autoridade portuária nas novas concessões na nova modelagem ora advogada (trespasse diretamente ao concessionário privado); a duas, tal componente em nada afetará a prestação do serviço propriamente dito, senão pelo ingresso de recursos no cofre único da União; a três, viola o princípio da repercussão restrita da política tarifária, que deve estar voltada para a melhoria própria do serviço, e não como fonte de captação do Estado; a quatro, concorre para a manutenção de custo do serviço em patamar superior ao praticado no mercado internacional (Custo Brasil).

Coloca-se como princípio da repercussão restrita da política tarifária como fenômeno que deve incidir sobre a exploração do serviço público, que não pode constituir-se em meio de geração de receitas gerais para o Concedente²³, cuja finalidade desvia-se da melhoria do específico serviço prestado.

Política tarifária como sinônimo de justa remuneração pelo capital investido pelo concessionário, direito intangível deste, que, por óbvio, não significa salvaguardá-los contra os insucessos econômicos, ou a má gestão de seus negócios.

Conforme destaca Diogenes Gasparini “O concessionário atua como empresário e como tal está sujeito aos azares da atividade desenvolvida, decorrentes de crises econômicas ou de sua própria ineficiência empresarial”²⁴

Estreme de dúvidas que o art. 34, da Lei nº 10.233, fornece a opção de utilizar tanto o critério de menor tarifa ou a melhor

²² Inexistência de critérios profissionais objetivos na constituição da direção das Cias Docas. Prevalência do critério político, com a repartição do comando entre aliados políticos (partidos políticos), como é o caso do Porto de Santos.

²³ De fato, a função fiscal, que se consubstancia na arrecadação de recursos financeiros para a manutenção financeira do Estado é própria dos tributos. Excepcionalmente, poder-se-ia valer dos recursos em testilha; mesmo nesses casos, inevitável seria a repercussão na composição tarifária.

²⁴ op. cit., p. 323.

oferta pela outorga, ou, ainda, a conjugação desses dois critérios. Não há, portanto, escolha do legislador ordinário. Este delegou à Administração Pública o encargo de fazer a opção no caso concreto, segundo o critério de conveniência e oportunidade. Todavia, a busca da tarifa ótima²⁵ na exploração do serviço portuário é aquela que, de um lado, remunera o serviço de forma equivalente com os custos internacionais; e, de outro, propicia o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda que se considere a escolha do critério decisão política para o setor, é importante ter-se em consideração qual o impacto e as vantagens decorrentes da definição, uma vez não restar dúvidas sobre os reflexos no preço cobrado do usuário, concorrendo, desse modo, para o não atingimento da tão almejada modicidade das tarifas, conforme o art. 20, da Lei nº 10.233.

De outro tanto, a Portaria faz referência expressa sobre a possibilidade de ingresso de receitas para o concessionário privado, a partir de arrendamentos portuários – para operação portuária propriamente (art. 12, II).

No caso, quanto à possibilidade de receitas da espécie, a dizer com o arrendamento de áreas portuárias, entende-se equivocada a pretensão. De fato, tal fenômeno, divisão do objeto lícitado em subconcessões (contratos de arrendamentos) revela-se inadequado com a figura do concessionário privado, conforme demonstrado noutra oportunidade, ressalvada hipóteses excepcionais.

Assim, pois a autoridade portuária a que se refere a Lei nº 8.630/93, para a eficácia da delegação, desenvolve uma atividade típica e própria de Estado, insuscetível de transferência ao privado. É o que ocorre com o procedimento de licitação para o arrendamento de áreas públicas no âmbito dos portos. Vale dizer, não é possível a simples transposição das regras incidentes nos portos organizados, quando da constituição de concessionária pessoa jurídica de direito privado. Sobre o assunto, reporte-se ao quanto exposto nos capítulos anteriores.

Especificamente sobre o regime financeiro das novas concessões portuárias, cabe uma última palavra. Digo respeito ao previsto na Lei nº 3.421, de 10 de julho de 1958, que criou o Fundo Portuário Nacional,

²⁵ Ainda segundo Egon Bockmann Moreira, tarifa ótima é aquela que maximiza o bem-estar social e mantém o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Op. cit., p. 331.

destinado a prover recurso para o melhoramento dos portos e das vias navegáveis do País, que muitos ainda sustentam a sua vigência.

A propósito do assunto, Benjamin Gallotti Beserra aduz *in verbis*:

Embora em aplicação às antigas concessões, ainda em vigor, os preceitos da Lei nº 3.421/58 para o regime financeiro das concessões portuárias já estão obsoletos. Assim, estão incluídas como despesas de exploração, além de sua amortização, a remuneração do capital investido pelo concessionário. Essa remuneração é fixa na base de 10% ao ano, sobre o valor dos investimentos resultantes da soma dos capitais inicial e adicionais, reconhecidos pela União em Tomadas de Contas²⁶

De observar que a disciplina da Lei nº 3.421/58, de fato, já se encontra superada, no que tange à estrutura das tarifas portuárias incidentes no âmbito dos portos organizados, conforme disposição do art. 51, da Lei nº 8.630, que estabelece:

Art. 51. As administrações dos portos organizados devem adotar estruturas de tarifas adequadas aos respectivos sistemas operacionais, em substituição ao modelo tarifário previsto no Decreto nº 24.508, de 29 de junho de 1934, e suas alterações.

Parágrafo único. As novas estruturas tarifárias deverão ser submetidas à apreciação dos respectivos Conselhos de Autoridade Portuária, dentro do prazo de sessenta dias.

Portanto, com a edição da referida lei, instaurou-se uma nova disciplina, rompendo com o modelo tarifário anterior, que restou inaplicável no âmbito dos portos organizados.

De igual modo, as novas concessões não se sujeitarão às disposições da Lei n. 3.421/58, porquanto tais delegações obedecerão o disposto na Lei nº 10.233/20011, Lei nº 8.987/95, com o complemento de regramento próprio a ser editado pela Agência Reguladora. Também por força do disposto no referido art. 51, da Lei nº 8.630/93, caso vigore o entendimento de que os novos portos concedidos também teriam a natureza de portos organizados. Na espécie, há de se ter por revogado aquele Estatuto, uma vez revelar-se incompatível com a legislação em

²⁶ *Ensaio para um compêndio básico de direito portuário*. Vol. I. Brasília: ALPHA, 2005, p. 82.

vigor incidente, conforme regra de direito intertemporal contida no parágrafo 1º, do art. 2º, da LICC.

Na modelagem de constituição de concessionário privado na exploração de portos, por inteligência dos arts. 28 e 34, da Lei nº 10.233/2001, o que prevalece é a equação financeira que vincula Administração Pública e Concessionária, nos moldes do edital e do respectivo contrato. Vale dizer, somente serão aceitáveis na composição das tarifas, os indicadores previamente indicados na definição da equação econômico-financeira que disciplina a concessão. Veja que, até mesmo o surgimento de novos tributos (imprevistos ou imprevisíveis), poderá, enfim, determinar a obrigação de reequilíbrio da equação original.

De outro lado, de observar que a referida Lei nº 3.421/58 dispõe sobre a criação do Fundo Portuário Nacional e da aplicação da Taxa de Melhoramento dos Portos. A par das revogações de trata o art. 9º, e seus parágrafos, da Lei nº 6.222/75, e leis posteriores, com a extinção do núcleo central daquele Estatuto, de notar que, nos novos portos concedidos, não haverá qualquer aplicação dos recursos originários de fundos ou taxas exigíveis no passado. Desse modo, também não haveria razão ou fundamentos para onerá-los na captação dos recursos dos quais não se beneficiarão.

Esse aspecto é de suma importância, já que, a partir dessa constatação, é possível divisar a não identidade das razões que levaram à criação do Fundo, em paralelo com as novas estruturas públicas destinadas à realização de operações portuárias. Ou seja, se não haverá aplicação dos recursos do Fundo nos novos portos públicos, não há porque incidir sobre eles a parcela relativa à disciplina daquele repositório.

Acrescente-se, por evidente, que toda a supra e infraestrutura para o novo modelo de concessão será responsabilidade do concessionário privado, ressalvada a excepcional hipótese de determinados investimentos, previamente estipulados, serem bancados pelo poder público. Todavia, trata-se de situação de exceção, que poderá ser utilização com o fim de fomentar a criação de instalações portuárias (atrair investimentos privados), para suprir determinada demanda, ou interesse social. A regra, no entanto, é que o investimento seja atribuição exclusiva do concessionário privado.

Diversamente do modelo anterior, não se cogita aqui de qualquer participação do Fundo Portuário Nacional. Inaplicável, portanto, o aludido regime tarifário. A dizer, não há razão para a aplicação do regime tarifário a que alude a Lei nº 3.421/58, que, mesmo não revogado expressamente, revela-se inaplicável – por incompatibilidade – aos portos organizados e às novas concessões de que trata o presente estudo. No caso, prevalece a máxima de que “*onde não exista a mesma razão fundamental, não pode prevalecer a mesma regra de direito*”²⁷

De outro tanto, nada impede que sejam estabelecidos *royalties* na composição da equação econômico-financeira original, em decorrência da exploração dos serviços (utilização do meio aquaviário, dos terrenos de marinha etc), que serão recolhidos ao Poder Concedente. Aliás, a própria Portaria nº 108/2010 estabelece no seu artigo 22, a competência para a ANTAQ inserir nos editais e contratos a cobrança de taxa de fiscalização, para custear as despesas da Agência Reguladora no exercício de suas atividades relacionadas à concessão outorgada. Não se pode olvidar, no entanto, que qualquer custo inserido na referida equação econômico-financeira repercutirá diretamente no preço do serviço, encargo esse de regra do usuário.

3 ATIVIDADE PORTUÁRIA: DA PRORROGAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Uma das polêmicas que circundam o exercício da atividade portuária por terceiros (desestatização) diz respeito à possibilidade de prorrogação dos contratos de arrendamento, polêmica essa que se estenderá para o âmbito das novas concessões de portos públicos, outorgados segundo inteligência do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. É saber se, no caso, há um ato vinculado da Administração; ou, de modo diverso, haverá necessidade de demonstrar que os fundamentos objetivos sob os quais se baseia a Administração Pública são hígidos o suficiente para a defesa e sustentação da legalidade da medida.

De início, cabe pontuar o disposto no art. 28, *caput* II “d”, da retromencionada lei de criação da ANTAQ, que obriga a inclusão dos prazos contratuais nos instrumentos de concessão. De igual modo, o

²⁷ Do brocardo latim *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositivo*: “Onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

disposto no art. 2º, da Lei nº 8.987/95²⁸, aplicável à espécie, informa que o contrato deverá ter entre suas cláusulas essenciais aquela relativa às condições de prorrogação do contrato, repisando a obrigatoriedade de prazo determinado, regra essa que vigora nos contratos administrativos.

Nesse passo, o art. 13, da Portaria nº 108/2010/SEP dispõe que “As concessões para exploração dos portos organizados terão prazo de até vinte e cinco anos, podendo, mediante justificativa, ser prorrogadas uma única vez, por prazo máximo igual ao período originalmente contratado”. Não é demais lembrar que o escopo primordial dessa norma era, como de fato é, o trespasse da exploração do serviço portuário diretamente ao concessionário privado.

Observe-se, nesse particular, que a Portaria, partindo da premissa de que a concessão, no caso, ocorreria sob a forma de “porto organizado” (art. 2º) transpôs para as novas concessões o dispositivo do inciso XI, do § 4º, do art. 4º, da Lei nº 8.630/93.

Seguindo-se o raciocínio até aqui desenvolvido, de acentuar que não haverá na espécie a concessão de portos organizados segundo a disciplina daquela Lei de Portos. Mas sim de portos públicos *stricto sensu*, com base em regramento próprio, a partir do art. 34, da Lei nº 10.233/2001. Esta nova modelagem, embora com o núcleo substancial próximo ao do porto organizado (instalação portuária de uso público), com ele não se confunde, haja vista a incidência de características próprias desta instalação (porto organizado), inaplicáveis no caso em testilha.

Todavia, não se vislumbra maiores óbices para a utilização da fórmula, na medida em que não se identifica propriamente um conflito de normas no particular. Aliás, tratando-se de institutos jurídicos próximos, na medida do possível é sempre salutar a convergência de regras, observado a preferência da legislação especial em face da geral. A dizer, observada inexistência de conflito com o espírito da norma especial.

28 Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Contudo, nessas concessões comuns (autossustentáveis), vigora o entendimento de que o prazo é decorrência lógica da equação econômico-financeira inicial. É dizer, nessa equação inicial, o prazo é componente indissociável, tomado em consideração, de modo a permitir a recuperação de todo o capital investido. A dizer, o prazo é definido no montante necessário para que o concessionário recupere os desembolsos realizados (amortização do capital), tenha a remuneração pela prestação do serviço, como também obtenha um justo lucro²⁹.

De outro modo, demonstrando-se que o prazo da contratação foi insuficiente para o retorno sobre o capital investido, estar-se-ia diante de justa razão para a prorrogação por prazo, mas de modo (quantidade) suficiente para a complementação da amortização ordinária.

Destarte, fixado o prazo de modo suficiente para a recuperação do investimento, qual a razão, então, para a prorrogação? Preterir a realização de novo certame para atualização objetiva projeto (atualidade do serviço) e das tarifas, inclusive, não contraria o interesse público?

Não há, por certo, que se argumentar sobre a incapacidade da Administração Pública realizar no tempo, modo e termos adequados, ou mesmo custos de certame da espécie, uma vez que tais contratações serão formalizadas com prazo de vinte e cinco anos. É injustificável que, na espécie, a falta de planejamento, organização e/ou de vontade administrativa deem azo à prorrogação, travestindo-se, em verdade, na ilegítima solução para o descaso.

Nessa medida, é certo que a legislação vigente deu guarida para a prorrogação do contrato de concessão em testilha. Todavia, não se trata de ato vinculado, na medida em que tal ato de prorrogação

29 Pela aplicação também nas concessões portuárias; concessões comuns que, via de regra, exigem grandes investimentos iniciais, de bom alvitre citar Egon Bockmann Moreira, *verbis*: "Devido ao motivo de que as concessões de serviço precedidas de obras exigem significativos investimentos e abrangem mais de uma ordem de serviço (a empreitada e aquele que é concedido), o retorno esperado pelo investidor envolve tanto sua remuneração (o ganho oriundo da gestão da obra e do serviço) quanto os custos (fixos e variáveis), a amortização dos bens (ao longo do prazo contratual) e o pagamento dos empréstimos financeiros e do valor da oferta feita ao concedente quando da licitação. Isto é, a fonte de receitas presta-se de forma equivalente a financiar a edificação de bens públicos, a pagar o planejamento e a gestão dos serviços (de duas ordens, reitere-se: de engenharia e de prestação) e a compor a oferta realizada pelo concessionário quando da licitação". (Op. cit., p. 161).

deverá contar com justas razões, inclusive com a demonstração não só do cumprimento das obrigações anteriormente assumidas pelo arrendatário, mas que a prorrogação, no caso, é mais interessante para a Administração Pública do que a realização de novo certame.

Nesse sentido, as cláusulas contratuais não hão de trazer simplesmente a mera faculdade de prorrogação a ser exercida pelas partes. Mas, deverão dispor de modo exaustivo sobre as condições de realização do ato, investimentos que deverão ser realizados, com a revisão da política tarifária incidente. Vale dizer, com o necessário equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

De observar que tal procedimento de prorrogação, quando ocorrente em concessões cuja escolha do concessionário tenha se dado pelo critério de “menor tarifa” por certo haverá maior facilidade na legitimação do ato de prorrogação, restando indevido falar-se em renovação da oferta “do valor da outorga”. Caso não seja esse o critério de escolha, parece óbvio a incidência da exigência de novo aporte a título de oferta pelo privilégio de continuar no direito de explorar o serviço, sob pena de enriquecimento ilícito. A conclusão é decorrência lógica da equação econômico-financeira do contrato; ou seja, uma vez que tal valor, que integrava a equação inicial, foi totalmente absorvido no curso do prazo original da contratação, o ato de prorrogação estará jungido ao reestabelecimento da equação, com a renovação (novo pagamento) pelo valor pago pela outorga.

De fato, se era devido quando da contratação, qual é a razão para a dispensa na prorrogação, a considerar a regularidade na fixação do prazo inicial da concessão (suficiência para a recuperação investimento, amortização, e retorno do capital e realização do justo lucro)?

Assim, feitas tais considerações, parece evidente que o ato de prorrogação é ato discricionário, em que a Administração se vê obrigada a apresentar as razões para a prorrogação, demonstrando tratar-se de situação de vantagem para o interesse público. Para afastar qualquer pecha de arbitrariedade, mostra-se essencial para a legitimidade do ato que tanto o edital, quanto o contrato, tragam os critérios objetivos de prorrogação. Ou seja, pela regra da vinculação ao instrumento convocatório, os critérios e a possibilidade de exercício da prorrogação façam parte do consciente dos licitantes e da coletividade em geral.

4 CONCLUSÃO

Conforme disposto no art. 175, da Constituição Federal, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviço público de modo adequado, sob o regime de concessão e de permissão. Modo adequado deve ser entendido o serviço que atenda aos princípios da atualidade, continuidade, regularidade, segurança, universalidade, generalidade e da eficiência. No caso da atividade portuária, foi fixado como objetivo a busca modicidade tarifária, fator esse equiparado pelo legislador ordinário aos princípios anteriores (art. 20, da Lei nº 10.233/2001).

É certo que, para o desenvolvimento do presente trabalho, tomou-se como premissa básica a qualificação da exploração da atividade portuária, *lato sensu*, como sendo serviço público federal. A dizer, por força da eleição do legislador constitucional originário, as operações portuárias qualificam-se como serviço público federal (da União), a quem cabe a sua prestação, de modo adequado, *ex-vi* art. 20, XII “f”, da Constituição Federal.

Todavia, em que pese os esforços de conferir a máxima eficácia à re-estruturação da atividade de explorações dos portos, em específico por intermédio da reforma implantada com a Lei dos Portos, Lei nº 8.630/93, a atração do capital privado não foi suficiente para a atualidade do serviço (prestação de modo adequado), nem acompanhou a necessidade imposta pelo fenômeno da globalização, que promoveu o crescimento exponencial da troca internacional de cargas.

Bem por isso, demonstrou-se num trabalho anterior, denominado “*Portos públicos - descentralização do serviço mediante concessão, segundo a Lei nº 10.233/2001*”, a necessidade de reforma da legislação em vigor, com vistas a conferir maior operatividade à reforma pretendida com a edição da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, de forma a consagrar as *concessões portuárias públicas* como gênero, que teriam como espécies (a) o *porto organizado*, com a respectiva autoridade portuária, trespassado à exploração de terceiros por meio de arrendamentos de áreas na forma da Lei nº 8.630; (b) concessões de unidades específicas (*portos públicos stricto sensu*), aplicável a disciplina da Lei nº 10.233/2001, da Lei nº 8.987/95, com o complemento de regramento próprio a ser disciplinado pela Agência Reguladora.

Ocorre que, em face da representatividade econômica da atividade, há sempre enormes resistências para qualquer alteração legislativa que envolva a exploração de “portos”.

A partir dessa constatação, e por intermédio de uma interpretação sistemática da legislação vigente, buscou-se conferir máxima eficácia ao disposto nos arts. 28 a 34, da Lei nº 10.233/2001, tendo por pressuposto a existência de manifesta deliberação do legislador ordinário, acerca da distinção entre o modelo de exploração ditado pela Lei nº 8.630/93, e aquele agora admitido pela na nova lei.

Com efeito, há de se buscar uma vantagem para a Administração Pública, inteligência do artigo 34, da Lei nº 10.233/2001, com vista a conferir plena eficácia à disposição legislativa de implantar concessões portuárias, a partir de conteúdo normativo da Lei nº 8.987/95, e regulamento específico da Agência Reguladora.

Desse modo, também por constatar que o modelo previsto pela Lei nº 8.630/93, além de esgotado, não consegue acompanhar a evolução e dinâmica nas relações jurídicas demandadas pelo mercado. De fato, é injustificável manter-se como instalação portuária de uso público somente as estruturas portuárias exploradas dentro das poligonais dos “portos organizados”.

Conforme afirmado anteriormente, em face dos desafios gerados pelo crescimento econômico, aliado à crescente globalização dos mercados, com a queda de barreiras econômicas, o que, em consequência, implica numa demanda cada vez maior de infraestrutura portuária adequada, incluindo aí a construção, ampliação ou recuperação de berços, píeres, terminais, pátios, já que mais de 90% das nossas transações comerciais passam necessariamente pelos portos brasileiros, há necessidade de maior versatilidade do modelo de exploração da atividade portuária, sob pena da inadequada prestação do serviço.

REFERÊNCIAS

BESERRA, Benjamin Gallotti. *Ensaio para um compêndio básico de Direito Portuário*. vol. 1. Brasília: Alpha, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17^a ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público. Inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MUKAI, Toshio. *Concessões, permissões privatizações de serviços públicos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.

EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS FOR THE RECOVERY OF PUBLIC CREDIT IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Carlos Francisco Lopes Melo
Procurador Federal

Procuradoria Seccional Federal em Sobral-CE

SUMÁRIO: Introdução; 1 O atual modelo de execução fiscal adotado do Brasil; 1.1 Aspectos gerais da execução fiscal instituída pela Lei nº 6.830/1980; 1.2 A ineficácia do modelo de execução fiscal adotado no Brasil; 2 Modelos de execução fiscal administrativa alternativos à execução fiscal em vigor; 2.1 Pontos de identidade entre as principais propostas de execução fiscal administrativa; 2.2 Críticas aos projetos de lei de que propõem instituir a execução fiscal administrativa; 3 A execução fiscal administrativa sob a ótica constitucional; 3.1 A Teoria Geral da Divisão dos Poderes; 3.2 Administração e Jurisdição; 3.3 A auto-executoriedade dos atos administrativos e a autotutela administrativa; 3.3.1 Desapropriação como expressão da auto-executoriedade da administração pública; 3.4 A execução fiscal administrativa em face dos princípios da inafastabilidade do

Poder Judiciário e do devido processo legal; 3.5 Da ampla defesa na execução fiscal administrativa – os meios de defesa do executado no processo de execução fiscal administrativa; 4 Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo cuida de demonstrar a viabilidade constitucional da adoção da execução fiscal administrativa no Brasil, considerando-a como tal o procedimento pelo qual a Fazenda Pública credora realiza diretamente os principais atos de constrição patrimonial do devedor do débito inscrito em dívida ativa, independente da atuação do órgão jurisdicional. De início, são feitas críticas ao processo de execução fiscal em vigor e demonstrada sua ineficácia. Em seguida, apresentam-se os principais projetos e anteprojetos de lei já apresentados no Brasil, acerca do tema da execução fiscal administrativa. Por fim, o presente trabalho enfrenta os principais aspectos constitucionais que envolvem a execução fiscal administrativa, enquadrando os principais atos executórios da execução administrativa como expressão dos poderes da administração pública e demonstrando sua viabilidade constitucional, em face dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa e dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do poder jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal Administrativa. Viabilidade Constitucional. Auto Executoriedade dos Atos Administrativos. Contraditório e Ampla Defesa. Princípios da Separação dos Poderes e da Inafastabilidade do Poder Jurisdicional.

ABSTRACT: This paper looks to demonstrate the feasibility of adopting the constitutional procedure for the administrative collection of public credit in Brazil, considering it as such, the procedure whereby the exchequer creditor directly performs the principal acts of constriction of the debtor's assets, regardless the action of the court. At first, criticisms are made to the process of judicial recovery of force and demonstrated its ineffectiveness. Then we present the major bills already presented in Brazil, on the theme of administrative collection procedure. Finally, this paper faces major constitutional issues involving the administrative procedure for the recovery of public credit, framing the main enforceable acts of administrative collection powers as a species of government, showing its constitutional viability, given the fundamental right to due legal process and the principles of separation of powers and of non-obviation of jurisdiction.

KEYWORDS: Administrative procedure for recovery of public credit. Constitutional viability. Self-enforceability of administrative acts. Due process of law Principles of separation of powers and principle of non-obviation of jurisdiction.

INTRODUÇÃO

O modelo jurídico de recuperação forçada do crédito público adotado no ordenamento jurídico brasileiro oferece exclusivamente a via judicial. Apesar de a fazenda pública dispor da prerrogativa legal de constituir o crédito público de maneira unilateral, especialmente quando decorrente das obrigações tributárias, a satisfação desse crédito, quando não conta com a colaboração voluntária do devedor, deve ser feita pelo estado-administração através do estado-juiz.

A judicialização do procedimento de cobrança torna-se necessária, ainda que o devedor não apresente qualquer irrisignação contra a constituição do crédito, durante o procedimento administrativo de formalização do título. Assim, a fazenda pública dispõe do mesmo meio de cobrança que é posto à disposição dos particulares para a recuperação de seus créditos.

Observando-se as práticas do mercado de proteção ao crédito, verifica-se que o credor particular ainda desfruta de eficientes mecanismos de cobrança indireta, como o protesto do título e a inscrição do nome do devedor nas instituições como SERASA, SPC etc., cuja utilização, pela administração pública, mostra-se controversa, do ponto de vista legal e prático.

No entanto, o crescimento constante das atribuições do Estado, em razão da ampliação das políticas públicas de inclusão social e da adoção do paradigma interpretativo que concebe os direitos fundamentais como regras jurídicas que reclamam plena efetivação, exige que se faça uma revisão desse modelo que coloca o Estado e o particular no mesmo nível de oportunidade, quando se trata da cobrança dos seus créditos respectivos.

O modelo jurídico-social de ampliação e efetivação dos direitos fundamentais encontra-se associado ao diretamente ao incremento dos custos estatais, que devem ser arcados pela própria comunidade, que figura ao mesmo tempo titular e responsável pelo cumprimento de seus objetivos. Ou seja, a ampliação da base de direitos fundamentais deve resultar em uma correlata capacidade de reaparelhamento estatal, com significativos reflexos do orçamento público.

Nesse contexto, a redefinição do modelo de cobrança forçada do crédito público é um tema atual e necessário, ainda mais se for levando em conta que o estoque geral dívida ativa da União ultrapassou, no

final do exercício financeiro do ano de 2009, o patamar dos oitocentos bilhões de reais (R\$ 800.000.000.000,00), enquanto que a recuperação no mesmo exercício foi de apenas dois por cento (2%) desse valor.

Como alternativa para auxiliar na solução do problema do aumento do estoque da dívida ativa, surge o modelo de cobrança que se convencionou chamar de “execução fiscal administrativa”.

O vertente texto apresenta uma análise da constitucionalidade da execução fiscal administrativa, sob a ótica do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, a partir da observação dos principais projetos e anteprojetos de lei já apresentados no Brasil, destacando os pontos comuns entre essas propostas de alteração legislativa, além de enfrentar aspectos da constitucionalidade da execução administrativa no Brasil.

1 O ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADOTADO NO BRASIL

1.1 ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO FISCAL INSTITUÍDA PELA LEI Nº 6.830/1980

A execução fiscal no Brasil é regida pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que estabeleceu nova disciplina de cobrança da dívida ativa (tributária e não-tributária) da Fazenda Pública da União, Estados e Municípios, diferenciando-a da execução dos demais títulos executivos, que é regulada pelo Código de Processo Civil de 1973.

A partir da vigência da Lei nº 6.830/80 foi quebrada a idéia de unificação dos procedimentos de execução instituída pelo Código Buzaid, com a nova apresentação de disciplinamento específico para execução fiscal, como anteriormente previsto no Decreto-lei nº 960/38, mantido, contudo, aplicação subsidiária das regras do CPC.

Referida lei procurou reduzir o tempo para a cobrança da dívida ativa, condensando as fases procedimentais da execução fiscal em poucos atos processuais e estabeleceu privilégios do crédito fazendário frente aos credores particulares. Assim, a exposição de motivos do projeto de lei da LEF dispunha que “a par de não revogar as linhas gerais e a filosofia do Código, disciplina a matéria no essencial, para assegurar não só os privilégios e garantias da Fazenda Pública em Juízo, como também a agilização e racionalização da cobrança da Dívida Ativa”¹.

1 Exposição de Motivos da Lei n. 6.830/80

Não obstante a Lei de Execução Fiscal ter sido fruto de laborioso trabalho realizado pela Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, juntamente com representantes do Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e da Procuradoria-Geral da República, os resultados apresentados em menos de trinta anos de sua vigência induzem à necessidade de mudança e ao aprimoramento da cobrança contenciosa da dívida ativa dos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações.

É digno de nota que as recentes alterações operadas no processo de execução do CPC, através da nº 11.382/2006, fizeram com que a execução fiscal ficasse ainda mais defasada, considerando-se as principais inovações que resumidamente seguem:

- a) o credor poderá indicar na petição inicial os bens a serem penhorados;
- b) o devedor tem a obrigação de informar quais os bens passíveis de penhora;
- c) autoriza a realização da penhora on-line;
- d) os embargos do devedor não têm efeitos suspensivos imediatos;
- e) possibilita o parcelamento do valor executado.

Com isso, não há dúvida de que o modelo de cobrança forçada vigente necessita de aprimoramento.

1.2 A INEFICÁCIA DO MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADOTADO NO BRASIL

Segundo dados estatísticos revelados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, com base em números colhidos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande de Sul, “[...] menos de 20% dos novos processos de execução fiscal distribuídos em cada ano tem a correspondente conclusão nos processos judiciais em curso, o que produz um crescimento geométrico do estoque [...]”²

² Ofício nº 624 /PGFN-PG <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-oficio-624-PGFN.pdf>>. Acesso em: 27/06/2010.

Ainda segundo a PGFN, existem cerca de 2,5 milhões de execuções fiscais no âmbito da Justiça Federal, enquanto que os dados do Conselho da Justiça Federal, em seu relatório “Justiça em Números”, revelaram que até o dia 30 de setembro de 2002 existiam aproximadamente 1,7 milhões execuções fiscais em tramitação na Justiça Federal de primeiro grau, o que revela a perspectiva de crescente acúmulo dos feitos executivos nos órgãos judiciais nacionais.

O estoque da dívida ativa da União (inclusive da Previdência Social) já alcançava o montante de 600 bilhões de reais e menos de 1% desse montante ingressava nos cofres públicos através da execução fiscal. Merece destaque que o tempo médio de duração da execução fiscal é cerca de 12 anos.

Os números mais recentes indicam que o estoque da dívida ativa da União finalizou o ano de 2009, no patamar 817 bilhões de reais, enquanto que, no exercício do ano de 2009 a arrecadação da dívida ativa foi de apenas 17 bilhões de reais³.

Tais informações mostram que o procedimento judicial hodiernamente adotado para a cobrança da dívida ativa tem se mostrado moroso e ineficiente, além de absorver significativa parcela da força de trabalho do Poder Judiciário.

Esse quadro reforça a necessidade de se alterar a forma de cobrança do crédito público. É preciso adaptá-la às novas obrigações do estado pós-moderno, a quem atribuída a função de concretizar os objetivos mais variados da comunidade, de forma eficiente e rápida. Para tanto, não só a formação do crédito público deve ser eficiente, mas o próprio alcance às receitas públicas não pode ficar à espera de modelos procedimentais defasados.

Todos os cidadãos devem ser responsáveis e coparticipes do processo de eleição desses objetivos e dos ônus da sua concretização.

Como diz Marcelo Kokke:

Os créditos devidos ao Estado sustentam-se em sua legitimidade em razão de sua vocação constitutiva para a realização de metas coletivas, sob o aparato de uma pauta ética encarnada na eleição de

3 Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf>.

políticas públicas firmadas no processo democrático que estabelecem a acolhida de valores socialmente presentes no âmago do corpo normativo.⁴

No entanto, não só a criação e a formação dos créditos públicos devem-se sustentar na legitimidade no cumprimento das metas coletivas, estabelecidas no ambiente democrático, mas também o processo de cobrança e liquidação. Eis a lição de Marcelo Kokke:

[...] para angariar recursos que visem a uma provisão comunitária de distribuição de bens contextualizada, operacionaliza-se um regime de autoridade que garanta o compromisso dos membros com a própria coletividade, assumindo os créditos fiscais o caráter instrumental em relação a metas coletivas postuladas seja na Constituição, seja na lei.⁵

Por isso, a compreensão de que deve ser dada uma solução para o problema do grande número de execuções fiscais em tramitação e para o crescimento do estoque da dívida pública, exige o estudo de alternativas ao atual sistema da execução fiscal.

A adoção da execução fiscal extrajudicial surge como uma opção viável para reduzir esse panorama dramático, porque simplifica o processo de satisfação do crédito tributário e retira do Poder Judiciário considerável parcela de sua carga de trabalho.

As principais propostas de instituição da execução fiscal administrativa são o objeto de nosso estudo, razão pela qual passamos a fazer uma breve apresentação dos principais projetos.

2 MODELOS DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA ALTERNATIVOS À EXECUÇÃO FISCAL EM VIGOR

2.1 PONTOS DE IDENTIDADE ENTRE AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

Durante a década de 1990 e na presente surgiram alguns anteprojetos e projetos de lei que pretendiam instituir o que se pode chamar de “execução fiscal administrativa”. As propostas de alteração legislativa, a exemplo do que ocorre em países como Portugal,

4 Texto apresentado sob o título “Receitas Públicas e Créditos Fiscais” nesse curso.

5 KOKKE, op. cit.

Espanha, Argentina e Estados Unidos etc., consistem, basicamente, na atribuição de poderes à administração pública de realizar atos de constrição patrimonial e expropriação, como a concretização de penhora e a alienação de bens do devedor, independentemente da intervenção judicial.

O projeto de Lei do Senado nº 174, de 1996, reapresentado sob o nº 608/99, pelo Senador Lúcio Alcântara, e novamente reapresentado através do PL nº 10/2005 pelo Senador Pedro Simon, propunha instituir, para a Fazenda Pública da União, Estados, Municípios e respectivas autarquias, a penhora administrativa, a ser utilizada maneira facultativa, como modo alternativo à execução fiscal prevista pela Lei nº 6.830/80.

Os principais pontos do referido projeto de lei podem ser apresentados da seguinte forma:

A previsão de notificação do devedor para pagamento do débito, no prazo de 05 dias, sob pena penhora realizada pela Procuradoria da própria administração pública;

Estabelece a possibilidade apresentação de embargos do devedor, perante o juiz competente, na forma da LEF, após realizada a penhora;

E a remessa dos autos da execução ao juiz competente para apreciar os embargos.

Embora o projeto de lei seja omissivo quanto à competência para os atos de alienação do bem penhorado, não há dúvida de que após a penhora e não apresentados embargos pelo devedor, os autos também deveriam ser remetidos ao juiz, a quem caberia ultimar a expropriação, na forma da Lei nº 6.830/80.

Antônio de Sousa Prudente, Desembargador Federal do Tribunal Federal Regional da 1ª. Região, em cumprimento aos termos da Resolução n. 296 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu a Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal, elaborou também minuta de dois anteprojetos de lei que estabeleciam a execução fiscal e a execução administrativa do crédito da Fazenda Pública.⁶

6 <http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/propostas_da_comissao/08_reforma_da_execucao_fiscal.pdf>.

Referida minuta, que resultou no projeto de Lei da Câmara Federal n. 5.615, de 2005, apresentado pelo Deputado Celso Russomano, foi além da instituição da simples penhora administrativa. Procurava outorgar à Procuradoria Fiscal da União, Estados e Municípios e respectivas autarquias e fundações o poder de realizar a verdadeira execução administrativa.

As principais regras do modelo proposto são:

- Execução processada nos autos da inscrição do crédito fiscal;
- Notificação do devedor para pagar ou apresentar embargos do devedor, com efeito suspensivo da execução, perante o juiz competente;
- Penhora a ser realizada pelo órgão exequente;
- Possibilidade de apresentação exceção de pré-executividade, pelo devedor, perante a Procuradoria Fiscal, para arguir matéria “declarável de ofício”;
- Solicitação de força policial pelo agente do fisco, mediante simples requisição;
- Previsão de arresto dos bens de devedor não encontrado;

Alienação dos bens penhorados por meio de leilão público realizado pela Procuradoria do órgão fiscal, mediante ampla publicidade.

Como visto, a proposta legislativa, diferentemente da proposta de lei apresentada no Senado Federal, direciona para a Procuradoria da Fazenda Pública, nas três esferas de governos, a competência para adoção de atos executivos e expropriatórios, idênticos aos praticados pela autoridade jurisdicional.

Em seguida, foi apresentada a minuta do anteprojeto de lei elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao Ministro da Fazenda Ofício nº 624 /PGFN-PG de 14 de março de 2007.

Essa última minuta de anteprojeto de lei renovou as atenções sobre o assunto da execução fiscal administrativa. Eis uma breve apresentação do anteprojeto de lei da PGFN:

Execução administrativa de forma exclusiva para a União, Estado e suas autarquias e fundações, facultando aos Municípios a adoção do procedimento previsto;

Notificação do devedor para, no prazo de 90 dias, pagar o débito, solicitar o parcelamento ou apresentar garantia integral do débito;

Expedição de ordem para penhora ou arresto;

Poderes da administração para requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário informações sobre a existência de ativos em nome do executado;

Alienação dos bens penhorados, através de leilão público realizado pela Fazenda Pública;

Possibilidade de apresentação de embargos do devedor, no prazo de 90, a partir da notificação, perante o juiz competente;

Os embargos terão efeito suspensivo da execução em caso de garantia integral do débito ou em caso de prova inequívoca da verossimilhança das alegações;

Possibilidade de arguição, perante a Fazenda Pública, exceção de pré-executividade, no prazo de 30 dias, a partir da notificação inicial;

Equiparação das prerrogativas dos oficiais fazendários à conferidas aos oficiais de justiça;

Execução de ordem de arrombamento, mediante autorização judicial.

Contudo, o anteprojeto acima citado sofreu grande resistência no meio político e jurídico, antes mesmo de ser enviado ao Congresso Nacional, forçando a apresentação de uma nova minuta de projeto de lei, que foi resultado do consenso obtido pelo grupo de trabalho formado por representante da AJUFE e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e que, ao fim, foi aprovado pelo Coordenador-Geral da Justiça Federal, Ministro Gilson Dipp.

A nova minuta de anteprojeto de lei acabou sendo encaminhada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, onde foi recebida

como PL nº 5.080/2009, em 20 de abril de 2009, pela Câmara dos Deputados. As principais mudanças preconizadas no projeto de lei referido são:

- a) a concessão de poderes para a administração tributária realizar diretamente determinados atos de execução (construção patrimonial e avaliação de bens), inclusive sobre valores depositados em contas bancárias;
- b) a construção patrimonial como condição para ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública;
- c) a utilização de meios eletrônicos, como a *internet*, para a prática de atos de comunicação, construção de bens e alienação;
- d) a desnecessidade de garantir o crédito para impugnar a execução no judiciário;
- e) a possibilidade de arguição, perante a Fazenda Pública, de exceção de pré-executividade, no prazo de 30 dias, a partir da notificação inicial;
- f) a construção de bens pela administração só ocorre depois de findo o prazo de 60 dias concedido ao devedor para apresentar garantia da dívida;
- g) possibilidade de o executado obter do juízo liminar nos embargos do devedor para suspender o curso da execução.

Observa-se que o Projeto de Lei nº 5.080/2009 não se caracteriza plenamente como execução fiscal administrativa, pois não autoriza a autoridade administrativa realizar a alienação dos bens constritos, mas limita-se a instituir a pré-penhora administrativa, chamada de construção preparatória da execução judicial, como requisito necessário para o ajuizamento da ação executiva, semelhante à previsão dos primeiros projetos de lei que tiveram tramitação no Senado Federal, acima analisados.

A construção preparatória, nos autos da execução fiscal judicial, deverá ser confirmada pela autoridade judiciária competente, através da sua convalidação em penhora ou arresto.

É interessante observar que esse projeto de lei visa a dar mais celeridade ao processo de execução fiscal, na via judicial, porque o processamento da execução em juízo só se realiza quando já localizados bens do devedor, extraindo do Poder Judiciário a tarefa de realizar buscas de bens mediante a expedição de ofícios aos órgãos públicos ou a realização de diligências pelo oficial de justiça.

Por outro lado, a suspensão da execução, em razão do ajuizamento de embargos do devedor, fica condicionada à existência de motivo que demonstre que os atos executórios sejam “suscetíveis de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.

Essas são, em linhas gerais, as regras que identificam os principais projetos de instituição da execução fiscal administrativa no Brasil.

3.2 CRÍTICAS AOS PROJETOS DE LEI DE QUE PROPÕEM INSTITUIR A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

Apresentadas as linhas gerais dos principais projetos e anteprojetos de lei que procuram instituir a execução fiscal administrativa, pode-se condensá-las em dois pilares comuns que constituem o cerce das propostas:

- 1 a atribuição de competência legal para a Fazenda Pública credora realizar, diretamente, sem intervenção do órgão jurisdicional, atos de constrição patrimonial contra o devedor, como a penhora e o arresto;
- 2 a manutenção dos embargos do devedor como principal meio de defesa, a ser apresentado perante o órgão judiciário competente, como forma de garantir a livre acesso ao judiciário, bem como o exercício do contraditório e da ampla defesa do executado.

Esses dois itens permitem concluir que a execução fiscal administrativa objetiva realizar uma vertiginosa mudança no modelo execução fiscal brasileiro, que consiste em possibilitar a Fazenda Pública declinar da execução judicial e optar por realizar autonomamente a satisfação do seu crédito.

A análise da viabilidade constitucional de tais projetos, à luz dos princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário,

do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é objeto central desse estudo.

Para tanto, mostra-se necessário conhecermos as críticas que referidas propostas de lei têm recebido.

Hugo de Brito Machado é um dos ferrenhos opositores da execução fiscal administrativa. Seus argumentos contra a viabilidade constitucional do anteprojeto de lei elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional foram os seguintes:

6.1. Viola o princípio da separação de poderes, posto que atribui ao Executivo função típica do Judiciário, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional (CF/88, artigos 2º e 60, §4º, inciso III).

6.2. Na medida em que atribui ao Poder Executivo, que já é titular do poder de constituir unilateralmente o crédito tributário, o poder de cobrar esse crédito coativamente, viola flagrantemente direitos fundamentais do contribuinte, entre os quais: a) o direito à propriedade (CF/88, art. 5º, inciso XXII); b) o direito à jurisdição (CF/88, art. 5º, inciso XXXV); c) o direito ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, inciso LIV); d) o direito ao contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, inciso LV).

6.3. Viola os princípios da razoabilidade e da isonomia, na medida em que entrega à Fazenda Pública, enquanto PARTE credora, que já tem o poder de constituir unilateralmente o seu título de crédito, o poder de constranger o devedor com a correspondente cobrança forçada, enquanto todos os demais credores (que só o são por título outorgado pelo devedor, ou constituído em juízo) dependem da execução judicial. Refuta-se, portanto, o falacioso argumento dos que defendem o anteprojeto em questão, de que o Judiciário não é cobrador. Na verdade a participação do Judiciário na cobrança tem por fim evitar o arbítrio nesta se faz inevitável quando praticada pelo próprio credor, em verdadeira autotutela que significa um retorno aos primórdios da civilização⁷.

Outros doutrinadores também apresentaram suas razões de impugnação dos projetos de lei referidos, como:

7 MACHADO, Hugo de Brito, *Execução Fiscal Administrativa – Sínteses dos argumentos utilizados na defesa do anteprojeto e da correspondente refutação*. Disponível em: <http://www.abance.com.br/site/arquivos/jornal/200704_encarte.pdf>. Acesso em: 25/06/2010.

José Eduardo Soares de Melo:

A execução do crédito tributário não pode ser promovida por autoridade diversa da jurisdicional porque se estará violando o princípio constitucional republicano que impõe a absoluta tripartição dos Poderes. A competência do Executivo encontra-se adstrita à formação do crédito tributário, não podendo usurpar a competência do Judiciário para decidir (de modo independente e imparcial) os litígios entre a Fazenda Pública e as pessoas privadas, inclusive promovendo a constrição patrimonial de bens, mediante penhora, arresto, arrematação etc.⁸

E Sacha Calmon Navarro Coelho:

O acesso ao Judiciário é garantia fundamental insculpida na Lei Maior, em seu art. 5º., XXXV. Outrossim, a Constituição predica que “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º., LIV). E por devido processo legal entende-se o processo administrativo e o judicial (esse último por decorrência lógica do art. 5º., XXXV).

A transferência da função executiva fiscal para a autoridade administrativa, portanto, atenta contra cláusulas pétreas da Constituição e contra o próprio Poder Judiciário, que se verá impedido por lei (ainda que inconstitucional) de exercer parte da função que lhe foi incumbida pela Lei Maior.⁹

Como visto, as manifestações dos juristas acima transcritas reproduzem, em linhas gerais, os mais fortes argumentos contra a execução fiscal administrativa. Todos apontam para óbices de ordem constitucional para justificar a impossibilidade de a Fazenda Pública cobrar seus créditos, independente da via judicial.

Com efeito, até o momento, o sistema processual brasileiro somente prevê execução do crédito público, exclusivamente, através da intervenção judicial.

8 MARTINS, MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008. (Pesquisas Tributárias, Nova Série – 14). p. 241

9 MARTINS, op.cit., p. 104.

Mas, a despeito dos argumentos aludidos, seria possível compatibilizar um sistema de cobrança forçada extrajudicial com os princípios constitucionais aludidos? Ou seja, seria viável a realização de atos como penhora, adjudicação e alienação pública, pela administração sem violação aos direitos fundamentais à jurisdição, ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa?

A resposta a essas questões requer um aprofundamento da análise dos elementos e da essência dos poderes estatais, especialmente do executivo e judiciário. Para tanto, o estudo da teoria da divisão dos poderes e dos princípios constitucionais acima referidos fornecerão os elementos para a apresentação das conclusões buscadas.

4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

4.1 A TEORIA GERAL DA DIVISÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes, idealizada com base nas idéias político-filosóficas de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, de 1748) e de Emmanuel Sieyès (*Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, de 1789), se cristalizou nos seguintes termos:

Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes não possui constituição.¹⁰

A separação dos poderes é a primeira condição de um governo livre.¹¹

A divisão das funções do estado moderno foi inspirada na necessidade de se fracionar a força do estado, anteriormente centralizada na pessoa do monarca ou ditador, como modo de controlar e coibir a prática de abusos contra as liberdades individuais por parte do titular do poder. É o que ensina Haradja Leite Torrens:

Tal divisão de funções é imperiosa para assegurar a ordem democrática porque na prática o soberano não se auto-imporá limites, aquele que é o detentor do poder, não estabelecerá fronteiras ao uso que faz do poder, e, mesmo que o faça, não existirá quem

10 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16.

11 Constituição Francesa, de 1848, art. 19.

o fiscalize ou sancione. Neste esteio, para assegurar um regime democrático é necessário que o poder seja repartido em instâncias de competências distintas. Não se tratam de poderes distintos, mas do fracionamento no exercício do poder, onde o feixe único da soberania irradia a competência para as diferentes instâncias funcionalmente organizadas.

O sistema de tripartição de poderes é uma técnica desenvolvida para evitar a danosa concentração de poderes através da divisão do poder em três esferas: legislativa, executiva e judiciária. Originalmente, o Poder Legislativo detinha o poder de criar, aperfeiçoar e extinguir as leis; o Poder Executivo tratava da segurança, das relações exteriores, da celebração da paz e da guerra; e, o Poder Judiciário se ocupava de julgar dissídios cíveis e criminais.¹²

Assim, o surgimento do constitucionalismo e da idéia moderna de estado encontram-se umbilicalmente ligados através na divisão tripartite do poder.

Ainda sobre o assunto, a lição de Paulo Bonavides explicita essa relação:

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação dos seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.

Enfim, podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto, avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias

12 TORRENS, Haradja. *Partição de Poderes e Direitos Fundamentais*: Reflexos Constitucionais da Tripartição de Funções na Atividade jurisdicional. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=haradjatorrens>> Acesso em: 26/06/2010.

constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar.¹³

Embora a tensão fosse situada mais fortemente para o controle do poder político, por meio de um parlamento independente formado por representantes do povo, na concepção de Montesquieu, a função jurisdicional do estado era atribuída a um poder independente dos demais, como explica Jorge Amaury Maia Nunes:

É indubitado, porém, que o caráter mais festejado e mais conhecido da teoria de Montesquieu é o da separação das funções do Estado, como forma de evitar o arbítrio. Assevera que em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou magistrado cuida da elaboração das leis, para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas; pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões ; pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas entre particulares.

[...]

É bem de ver, porém, que, embora se tratasse de uma mesma atividade executiva [executiva e jurisdicional], Montesquieu sugeria que, subjetivamente, tais funções fossem atribuídas a órgãos distintos, como o fez, também, relativamente ao Poder Legislativo.¹⁴

Se, por um lado, era forte a convicção sobre a essencialidade da divisão de funções para a instituição do Estado de Direito, muito pouco de substrato teórico foi fornecido pela teoria para esclarecer sobre as atribuições intrínsecas conferidas a cada um dos órgãos incumbidos de exercê-las respectivamente.

Na verdade, a existência de um Poder Judiciário independente dos demais, onde fosse possível postular a proteção de um interesse legítimo contra outro particular ou contra o próprio estado seria suficiente para atender a exigência democrática da tripartição do poder.

13 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 539.

14 Texto apresentado sob o título "Teoria Geral do Processo", nesse curso, p. 11-12.

Por isso que a simples análise da teoria da divisão dos poderes não possibilita dizer se a realização de expropriação de bens do devedor da Fazenda Pública, por meio de uma atividade eminentemente administrativa, seria legítima ou vedada, pois atribuições específicas de cada órgão são reguladas ao nível da legislação infraconstitucional de cada estado. Em consonância com esse entendimento, encontra-se a lição de Marçal Justen Filho:

Tome-se em conta que não existe uma única teoria da separação de Poderes, compartilhada igualmente por todos os países. A teoria da separação dos Poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis.

Ou seja, não há um modelo único de separação de Poderes, mas cada Estado produz uma teoria própria, que reflete sua experiência histórica. Por exemplo, a separação dos Poderes nos EUA é muito diferente daquela existente na França. E nenhuma delas é similar à brasileira.

Mas todos os países compartilham uma experiência comum: a impossibilidade de separação absoluta de funções.¹⁵

Ademais, o princípio da separação dos poderes não persiste mais nos mesmos moldes em que foi idealizado. As necessidades do estado pós-moderno induziu a um redimensionamento das funções estatais de tal modo que a clássica divisão de funções deu lugar a um intercâmbio de atribuições entre os poderes, que pode ser demonstrada: pela criação das agências reguladoras, com atribuições legislativas típicas; pelo poder de edição de medidas provisórias com força de lei ordinária conferido ao Chefe do Poder Executivo federal; pela ampliação do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, através de uma interpretação elástica da competência prevista no artigo 23, IX do Código Eleitoral etc.

Assim, a divisão das funções do estado em executiva e jurisdicional apresenta-se em uma zona cada vez mais nebulosa, principalmente quando se trata da ampliação das prerrogativas do Poder Executivo para aplicar a lei e executar suas funções.

Todavia, não há dúvida de que a ampliação das funções atribuídas ao Estado deve corresponder à expansão de suas prerrogativas,

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009. p. 26.

principalmente dos órgãos do poder executivo, baseada na necessidade de gerir com celeridade a coisa pública e atuar de modo expedito para preservação da ordem social.

4.2 ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO

Jorge Amaury Maia Nunes apresenta as características distintivas entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Em primeiro lugar, ressalta as características do poder legislativo, de modo a extremá-las das demais funções:

a rigor, a legislação é sempre e tão somente uma atividade de criação do direito, enquanto que a jurisdição, embora possa ser considerada uma atividade de criação do direito, é, também, necessariamente, uma atividade de aplicação do direito. Em outras palavras, a primeira atividade preocupa-se com o momento da gênese da norma, enquanto que a segunda preocupa-se com o momento de incidência da norma.

O autor identifica, pois, o ponto de contato essencial entre a função jurisdicional e a executiva: ambas cuidam a incidência da norma, ou seja, sua aplicação no caso concreto.

Em seguida, procurar identificar qual a distinção entre a administração e a jurisdição. Para tanto, cita a lição de Chiovenda:

para Chiovenda, a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia, na atuação da vontade concreta da lei concernente às partes, no processo de cognição e na atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, tendo por fim constranger o obrigado a agir em favor do credor, ou substituindo o seu agir.

Com efeito, essa substituição do agir do particular é exercida por meio da força do estado (jurisdição), que atua como um terceiro desinteressado, promovendo a remoção da resistência apresentada por alguém ao cumprimento da lei. Nesse tocante, Maia Nunes lembra a contribuição de Michelli, que “centra o conceito de jurisdição na chamada *Terzietà*, isto é, na condição de imparcialidade daquele que profere a decisão, situação essa que não se encontra presente quando o agente do Estado pratica um ato de natureza administrativa.”

Os escritores italianos citados por Nunes Maia, Chiovenda e Michelli apresentam elementos característicos da jurisdição, que são a substitutividade e *terzietà*, o que diferenciariam da função executiva do estado.

Assim, sempre que houver necessidade de aplicação da lei por meio de um terceiro desinteressado, que tenha um poder institucional de fazer substituir a vontade dos particulares pela sua, configura-se a jurisdição, e não a função executiva do estado.

Entretanto, com dito acima, o postulado da divisão das funções do estado moderno em executiva, legislativa e jurisdicional não oferecem uma teoria suficientemente fundamentada para identificar essencialmente cada uma das funções, principalmente quando se trata das funções administrativa e jurisdicional. É o que leciona Lucas Rocha Furtado:

A restrição do exercício da jurisdição aos órgãos judiciais decorre mais de razões históricas e dogmáticas, que viam nos juízes os únicos operadores do Direito, do que de tese jurídica fundamentada e estruturada. Tradicionalmente, dizia-se que o administrador atua nos limites da lei para realizar interesse público, ao passo que o papel precípua do juiz seria o de aplicar o Direito ao caso concreto. Não há necessidade de exame muito aprofundado para se perceber que essas afirmações não se sustentam. Acaso ao juiz é dado – em seu processo de aplicação do Direito – agir fora destes, além dos limites da norma jurídica em exame? Ou, ao contrário, no processo conduzido pelo juiz de aplicação do Direito, pode ele ferir o interesse público? Em relação ao administrador, ao contrário há como defender que ele adota soluções para casos concretos sem aplicar o Direito? Tanto o juiz quanto o administrador público atuam nos limites do Direito e com vista à realização do interesse público.

Não se busca equiparar a decisão judicial àquela proferida em processo administrativo. A distinção entre essas decisões não reside, todavia, na natureza dos atos – no sentido de que uma é ato de aplicação do Direito e a outra é ato de execução do Direito. As diferenças entre uma decisão e outra decorrem do tratamento conferido pelo Direito Positivo a uma e outra.¹⁶

16 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.46.

Não é por outra razão que é evidente a dificuldade de se equilibrar o interesse do estado-administração de aplicar a lei, amparado no poder de agir autonomamente, em caso de resistência do particular, com o direito fundamental de inafastabilidade do poder jurisdicional. Essa dificuldade desaparece, no entanto, para os casos em que o interesse público deve se sobrepor ao do particular, em razão da necessidade de se privilegiar a atuação do estado na realização de determinadas funções em que se dispensa a manifestação prévia do órgão jurisdicional, se assim a lei dispuser.

4.3 A AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Como visto, o ideal de divisão dos poderes estatais representava uma exigência indissociável do Estado de Direito, como fórmula necessária para realização do controle do poder político.

Mesmo com o amadurecimento dos regimes democráticos e o aprimoramento do constitucionalismo, a divisão das funções estatais não perdeu a importância que apresentava inicialmente no surgimento do Estado Moderno, como confirma Paulo Bonavides:

A presença, pois, de autores contemporâneos que continuam vendo no princípio um das mais excelsas garantias constitucionais do Estado do Direito não diminuiu na literatura desde século. Não diminuiu provavelmente em razão da virtude que tem ele – conforme Montesquieu já assinalara, com a clarividência de um pensamento meridianamente lógico – de limitar e controlar poderes, restando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. 17

Mas, se é certo que o tema da separação dos poderes continua na pauta dos grandes temas do constitucionalismo atual, é inevitável a constatação de que as atribuições de cada um desses poderes sofrem as adaptações necessárias ao contexto histórico-social vivenciado, sem alterar o núcleo do sistema, que *consiste na existência de um Poder Judiciário independente e inafastável*.

Em relação ao procedimento da execução fiscal, observa-se que é possível conferir à própria administração o poder de processar a cobrança por via administrativa, sem perigo de malferir os princípios da

17 BONAVIDES, op. cit., p. 555

separação dos poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário, através da ampliação da competência legal da Fazenda Pública.

Como já tratado acima, quase sempre o estado-administração não necessita da tutela jurisdicional para executar suas atribuições legais, posto que é dotado de autonomia para a realização de suas funções legais, razão pela qual pode utilizar seus próprios meios de força para afastar eventual resistência de quem eventualmente se ponha em rota de colisão com os seus fins, salvo quando a legislação estabelece a necessidade de ordem judicial específica (ingresso em domicílio etc.)

Quanto o estado precisa executar uma obra pública, apreciar o pedido de benefício previdenciário, fazer a prisão de quem se encontre em estado de flagrante delito, constituir em crédito tributário, demitir um servidor desidioso, apreender um veículo irregular em via pública ou mercadoria cujo comércio é vedado, interditar estabelecimentos etc. o faz de maneira plenamente autônoma, fulcrado na parcela de autonomia que foi reservada ao poder executivo pela lei.

Sobre o assunto, eis a lição de José dos Santos de Carvalho Filho:

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a auto-executoriedade. Tanto é auto-executória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da auto-executoriedade.¹⁸

A auto-executoriedade dos atos administrativos é muito mais invasiva em tantos outros procedimentos administrativos, mas que não são confrontados com os corolários constitucionais aludidos, porque há uma tradição de considerá-los validamente aceitos. Não se questiona, por exemplo, a legitimidade dos entes públicos demitirem, pela via administrativa, os servidores acusados de corrupção ou a realizarem a apreensão sumária de um veículo que se encontra com a taxa de licenciamento vencida.

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

Nessas hipóteses, há inegável intervenção administrativa na esfera da liberdade e do patrimônio individual, mas não se ouve vozes reclamando a intervenção judicial. E o que dizer do poder de desapropriação, onde o poder público tem ampla subjetividade na escolha do bem que deverá ser expropriado?

Atualmente, a visão de desconfiança com que se encaravam os atos do príncipe da época do absolutismo, não pode servir de modelo para os atos do poder executivo. No Brasil, a vinculação da administração pública aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, a partir da Constituição de 1988, ocasionou o fortalecimento das funções estatais, dando-lhe mais credibilidade e transparência, atributos que foram garantidos por mecanismos de fiscalização e aparelhos estatais voltados para o autocontrole da administração pública.

Nesse contexto, pode ser citado, na esfera federal, a criação e o aparelhamento contínuo da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União, bem como a profissionalização das carreiras de típicas de estado.

Nesse sentido, também converge Kiyoshi Harada:

Ironicamente, exatamente, agora, que temos o pleno domínio dos princípios de direito público como os da legalidade, da moralidade, da eficiência no serviço público, da impessoalidade, da razoabilidade etc., bem como dos poderes da administração pública como os da exigibilidade (meios de coerção indireta) e da executoriedade em algumas hipóteses (meios coercitivos diretos) a justificar até a inclusão de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, vozes se levantam contra a penhora administrativa como mero pré-requisito para ajuizamento da execução fiscal. Mas, nenhuma objeção fazem contra a inscrição na dívida ativa, que municia a Fazenda com um título líquido e certo, passível do controle judicial apenas a posteriori, a exemplo da penhora que se pretende instituir na fase administrativa da cobrança do crédito tributário.¹⁹

Assim, a segurança jurídica que o Poder Judiciário oferece no âmbito da cobrança dos créditos públicos pode ser obtida em igual

19 HARADA, Kiyoshi. A penhora administrativa como pré-requisito da execução fiscal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1620, 8 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10729>>. Acesso em: 14 de abril 2010.

projeção por meio da execução administrativa, uma vez que seus agentes encontram-se subordinados a um sistema de autocontrole (autotutela) eficaz e devidamente estruturado, enquanto que, apesar de serem subordinados funcionalmente a seus chefes, encontra-se regidos por um sistema ético-constitucional a que deve obediência antes de tudo.

4.3.1 DESAPROPRIAÇÃO COMO EXPRESSÃO DA AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Ministro Humberto Gomes de Barros fala sobre a incongruência em se manter a execução fiscal judicial e o procedimento de desapropriação por meio da via administrativa:

O Estado-Administração é capaz de, visando a interesses sociais, expropriar um proprietário que nada lhe deve. No entanto, se o proprietário é inadimplente, na sagrada obrigação de honrar dívidas para com o Erário, a Administração queda-se impotente. Nesse caso, é necessário acionar o Estado-Juiz, fazendo com que este efetive a desapropriação.²⁰

Com efeito, é possível se fazer um paralelo entre a execução fiscal administrativa e o poder de desapropriação conferido ao poder executivo, situando ambos no âmbito do poder de auto-executoriedade dos atos administrativos.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Como se sabe, a desapropriação é um procedimento administrativo, por meio do qual o Poder Público, transfere para si, mediante prévia declaração de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, de forma unilateral e compulsória, a propriedade de terceiro normalmente através de indenização prévia, justa e em dinheiro.

A Lei Geral da Desapropriação, com é conhecido o Decreto-lei 3.365/41 que trata da desapropriação por utilidade pública, estabelece duas fases distintas no rito da desapropriação: a fase declaratória, por meio da qual o poder público constitui em espécie de título executivo

²⁰ Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, p. 9, out./dez. 2007.

da pretensão desapropriatória e a fase executória, em compreende a expropriação de bens do devedor.

A desapropriação tem início com a declaração expropriatória, que consiste na intenção do poder público realizar a estatização do bem, que é materializada por lei ou decreto emanado do Chefe do Poder Executivo.

A fase executória pode ser administrativa ou judicial. Caso o titular do bem desapropriado não manifeste resistência à pretensão estatal, a desapropriação de processa exclusivamente no âmbito administrativo.

No entanto, caso haja resistência do particular, a fase executória da desapropriação deve ser processada na via judicial. No entanto, a função do órgão jurisdicional fica quase que exclusivamente restrita à discussão do preço oferecido pelo estado. É o que decorre do disposto nos art. 9º, 20 e 24 do Decreto-lei n. 3.365-41:

Art. 9o Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Art. 24. Na audiência de instrução e julgamento proceder-se-á na conformidade do Código de Processo Civil. Encerrado o debate, o juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização.

O poder de desapropriação consiste, portanto, em uma atribuição nitidamente administrativa. Ainda que haja desistência do particular, não perde o caráter típico da função executiva do estado, razão pela qual o papel reservado ao judiciário é limitado apenas a solucionar a controvérsia que acerca da indenização cabível ao proprietário.

Nesse sentido, eis a lição de Humberto Gomes de Barros:

A sentença não condena o Estado a efetuar desapropriação; ela simplesmente acerta o valor a ser entregue como indenização, caso o Estado exercite sua faculdade (administrativa de expropriar).

Tanto isto é verdadeiro que desaparecido o interesse, ou a necessidade motivadora – pode o Estado desistir da pretensão indenizatória (em rigor, não haveria desistência, mas impedimento de consumir a desapropriação, por haver desaparecido um de seus requisitos).

A sentença que fixa o valor da desapropriação é simplesmente declaratória A desapropriação – repita-se – é ato administrativo.²¹

A cobrança do título executivo revestido dos caracteres de liquidez e certeza, constituído pelo aparelho estatal diretamente sujeito aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, poderia ser realizada plenamente pela própria administração, sem a necessidade de atuação intensa do judiciário, ressalvando-se a utilização dos meios de impugnação do devedor, na via judicial.

4.4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

As críticas ao projeto de execução fiscal administrativa apresentaram como principais óbices à instituição da execução fiscal administrativa os dispositivos constitucionais abaixo transcritos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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

21 BARROS, Humberto Gomes de. *Execução fiscal administrativa*: administrative tax foreclosure. BDJur, Brasília, DF, 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18959>>. Acesso em: 27/06/2010.

No que toca aos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, temos a considerar que os projetos de criação da execução fiscal administrativa, analisados no presente trabalho, não procuram privar do devedor do fisco do acesso ao Poder Judiciário, para o exercício da defesa de seus direitos e evitar a prática de eventuais abusos por parte da fazenda pública.

Na verdade, em todos os projetos os meios de defesa judicial do devedor, especialmente a possibilidade de apresentação de embargos do devedor, são plenamente preservados.

O que os projetos inovam em termos de cobrança da dívida ativa é a transferência para a Fazenda Pública dos atos que são executados pelos agentes auxiliares do juiz, como os atos do oficial de justiça, responsável pela realizada da penhora e o arresto, e os atos da alienação pública. Todas e quaisquer decisões, seja sobre a dívida, seja sobre o procedimento, permanecem sujeitos à apreciação judicial.

Evita-se, portanto, a judicialização prévia para a realização de atos que não requerem a participação pessoal do magistrado.

A justificativa anexa ao projeto de Lei sob nº 608, de 1999, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara trata do assunto nos seguintes termos:

Essa penhora administrativa não se opõe aos cânones constitucionais, porque, na verdade, não suprime nem impede o ingresso do devedor perante o Poder Judiciário, valendo-se da garantia fundamental que lhe oferece o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, com assento no princípio básico da separação dos Poderes, inserto no art. 2º da Carta Nacional.

A penhora, por não ser ato judicial, mas administrativo, independe de se realizar perante o juízo, mesmo porque não está defeso ao devedor valer-se das demais ações judiciais ou do mandado de segurança, como o faz, ordinariamente.

A mesma opinião é compartilhada por Antônio Sousa Prudente, que, ao apresentar a minuta de projeto de lei acima tratada, afirma:

A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos

administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da auto-executoriedade consistente na possibilidade desses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial.

O referido magistrado apresentou um painel no Fórum de Debate sobre a modernização do Direito, com o patrocínio do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e da Associação dos Magistrados Catarinenses, realizado no ano de 2001, em que defendia a idéia do processo de execução, não se característico da atividade jurisdicional, de onde foram extraídas as seguintes palavras:

A atividade do juiz há de ser, essencialmente, a de resolver conflitos de interesse. Quando o princípio da Divisão dos Poderes, arquitetado por Montesquieu e preconizado por Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobrou e assumiu características específicas perante cada um desses Poderes.

No processo moderno, o dever de pronunciamento por parte do juiz é de tal modo rigoroso na solução das lides, ante o exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. O conceito de jurisdição tão só como poder, é insuficiente. Jurisdição não é o que muitos concebem: uma atividade de juízes muitas vezes preocupados com a titulação medieval, carolíngia de desembargadores e ministros. Jurisdição é serviço público, porque ela há de ser sempre um poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo, não se eximindo de sentenciar ou despachar sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais e, não as havendo, há de recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito (CPC, art. 126).

Ora, a atividade do juiz, frente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, é muito pouco jurisdicional. A rigor, na execução, quer seja baseada em título judicial ou extrajudicial, o juiz não executa nada. Ele preside a execução. Quem realiza, efetivamente, a execução, são os oficiais de justiça.²²

²² <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/402/583> em 27/06/2010>.

Baseados nessas palavras, conclui-se que a idéia de compartilhar a competência do judiciário para realizar a penhora de bens do devedor não constitui violação a qualquer dos princípios constitucionais aludidos, pois, embora tais atos sejam executados pela administração, ao devedor se encontram disponíveis os meios de impugnação judicial que existem atualmente.

Ademais, é válido de que os atos de constrição patrimonial realizados na execução de iniciativa da administração não constituem atos tipicamente jurisdicionais, porque na execução fiscal, a atividade do juiz é reduzida à coordenação dos procedimentos previstos para que seja ultimada a expropriação de bens do devedor e seja satisfeito o crédito. Não há verdadeiramente a atividade de *iudicium*, um julgamento.

Quanto à alegação de violação do *devido processo legal*, deve-se notar que o princípio não se limita à hipótese do processo judicial, contemplado também o processo administrativo em sua fórmula. É o que afirma Hiroyoshi Harada:

Hoje, até pessoas qualificadas confundem o “devido processo legal”, que está no art. 5º, LIV da CF, com mero procedimento legal. Se a execução fiscal administrativa estiver regulada em lei em sentido estrito todo o resto estaria perfeito. Aos prejudicados sempre restaria o acesso ao Judiciário, que exercitaria sua função típica se provocado.²³

A maturidade atingida pelo Estado de Direito brasileiro, cuja atuação é regulada por princípios administrativos e para a proteção de direitos fundamentais do cidadão, garante que o processo administrativo tenha legitimidade procedimental suficiente para a instituição da execução fiscal administrativa, nos moldes das linhas gerais dos projetos analisados, como tal ocorre nos sistemas português e espanhol.

4.5 DA AMPLA DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA – OS MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

23 HARADA, Kiyoshi. Decadente princípio da separação dos poderes. Considerações sobre a execução fiscal administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10826>>. Acesso em: 27/06/2010.

Como visto, na execução fiscal administrativa nos modelos apresentados nos projetos de lei apresentados a participação do Poder Judiciário fica garantida, mas restrita apenas às hipóteses de impugnação do devedor.

Em todos os projetos analisados, os tradicionais embargos do devedor são mantidos principal meio de defesa do executado, sem qualquer obstáculo à sua interposição, mantendo-se o efeito suspensivo atualmente existente, ressalvadas, quanto a isso, as peculiaridades verificadas nas diferentes propostas.

No caso do PL nº 5.080/2009, a concessão do efeito suspensivo dos embargos à execução depende de decisão judicial, ficando condicionada à presença de “relevantes os fundamentos”, quando “o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 25, § 1º).

Ademais, através de decisão liminar nos embargos, o juiz poderá cancelar os atos de constrição preparatória (pré-penhora) efetuados no processo, o que revela o completo controle judicial sobre o procedimento administrativo adotado pela Fazenda Pública.

Ainda relativamente ao PL nº 5.080/2009, há a previsão de impugnação específica para o questionamento judicial dos atos praticados pela Fazenda Pública, na concretização da constrição preparatória, via processual adequada para corrigir eventuais desvios ou abusos de direito por parte da administração. A petição de impugnação dos atos administrativos deve ser apensada ao processo de embargos, se houver.

A irrisignação do devedor quanto à iliquidez do débito ou relativa a sua existência fica reservada à via dos embargos do devedor ou ao ajuizamento de ação autônoma.

Os embargos de devedor assumem a posição de principal meio de impugnação da dívida, sendo vedada a apresentação de ação autônoma sobre qualquer discussão sobre a execução, após expirado o prazo para apresentação dos embargos, salvo se for para apresentar alegações relativas a direito superveniente, às questões que competir ao juiz conhecer de ofício ou para as quais haja expressa autorização legal para ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 23, § 4º).

Com isso, verifica-se que o aparato de proteção judicial conferido ao devedor, no sistema da execução fiscal atual, mantém-se inalterado na execução fiscal administrativa, tanto no que pertine ao pleno acesso ao judiciário, como no tocante aos meios de defesa do devedor.

Paralelamente, o modelo de execução previsto no PL n° 5.080/2009 consolida uma série de meios de defesa administrativa. O devedor poderá arguir perante a Fazenda Pública o pagamento, a compensação anterior à inscrição em dívida ativa, e outras matérias de ordem pública e ou causas de nulidade do título que possam ser verificadas de plano, o que constitui uma espécie de exceção de pré-executividade administrativa. Poderá também impugnar a avaliação dos bens constritos, perante o órgão responsável pela constrição preparatória.

5 CONCLUSÃO

Por tudo o que foi exposto, é possível concluir que a instituição da execução fiscal administrativa no nosso sistema jurídico é uma alternativa viável para a solução do problema do contínuo crescimento do estoque da dívida ativa no Brasil.

O modelo de execução forçada judicial, conforme procedimento previsto na Lei de Execuções Fiscais em vigor, como única forma de cobrança dos créditos públicos mostrou-se insuficiente para os fins a que se destina, apresentando-se atualmente até mesmo defasado se comparado ao modelo de execução comum, consideradas as recentes alterações operadas no processo de execução do CPC, por meio da Lei n. 11.382/2006.

Por outro lado, os compromissos sociais assumidos pelo Estado, em razão da ampliação dos direitos constitucionais de cunho social, com a Constituição de 1988, e pela adoção do paradigma de efetivação dos direitos fundamentais, exige-se a correspondente necessidade realização do provimento financeiro do Estado para custear esses direitos.

A complexidade das novas funções estatais no mundo pós-moderno exige cada vez mais atenção para as questões que envolvem a noção dos custos dos direitos, como observamos na lição de José Casalta Nabais:

Voltando-nos agora para os custos dos direitos, podemos dizer que, como acabamos de ver, qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao

momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorado em deveres fundamentais, que são justamente os custos lato sensu ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais.

Em conclusão, a outra face ou a face oculta dos direitos fundamentais revela-se nos deveres fundamentais ou custos lato sensu dos direitos. Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade.²⁴

Assim, a eficiência da cobrança dos créditos públicos encontra-se na pauta das questões que dizem respeito ao cumprimento das metas coletivas pelo estado, em face do caráter instrumental que têm os créditos públicos na sua realização.

Outra conseqüência da baixa eficiência do modelo vigente de execução fiscal é o desequilíbrio causado no mercado, que acaba por penalizar as empresas que recolhem pontualmente suas obrigações fiscais e estimular os impontuais, em razão da ampliação da margem de lucro e das oportunidades investimento.

A urgência solução para a problemática descrita não pode ficar restrita apenas à busca contínua do incremento do aparelho jurisdicional.

Ademais, estando garantido ao devedor o pleno acesso ao Poder Judiciário, como o fizeram todos os projetos de execução fiscal administrativa, não há que se falar em violação ao direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário.

Com visto, a formatação da garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário e da divisão das funções estatais, como instrumentos de controle da autoridade pública, pode ser feita através de regras infraconstitucionais, desde que seja preservado o núcleo desses

24 NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>>. Acesso em: 27/06/2010.

princípios, que consiste na idéia do acesso um Poder Judiciário livre e independente dos demais poderes e, ao qual seja conferida a atribuição legal e constitucional improrrogável de dar a última palavra sobre qualquer conflito de interesses.

Com efeito, a execução fiscal administrativa constituiria mudança significativa no modelo executório vigente. No entanto, diante dos inúmeros problemas enfrentados na atualidade, a opção pelo modelo de execução fiscal administrativa, mostra-se viável, do ponto de vista constitucional.

REFERÊNCIAS

BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa: administrative tax foreclosure. *BDJur*, Brasília, DF: 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18959>>. Acesso em: 27/06/2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juiz, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Decadente princípio da separação dos poderes. Considerações sobre a execução fiscal administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10826>>. Acesso em: 27/06/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008. (Pesquisas Tributárias, Nova Série – 14).

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos fundamentais. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc>.

br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>. Acesso em: 27/06/2010.

TORRENS, Haradja. Partição de Poderes e Direitos Fundamentais: Reflexos Constitucionais da Tripartição de Funções na Atividade jurisdicional.

Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=haradjatorrens>> Acesso em: 27/06/2010.

**O DEVER DE COLABORAÇÃO (ENTRE
E DAS PARTES) NO PROCESSO CIVIL
CONSTITUCIONAL E A EFETIVA
PRESTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL
EXECUTIVA: O DEVER FUNDAMENTAL
DO EXECUTADO DE NOMEAR BENS
PASSÍVEIS DE PENHORA**

***THE DUTY TO COOPERATE (AND BETWEEN THE PAR-
TIES) IN CIVIL PROCEDURE CONSTITUTIONAL PROVI-
SION AND EFFECTIVE JUDICIAL PROTECTION OF THE
EXECUTIVE: THE DUTY OF KEY EXECUTIVE NAME
PROPERTY QUALIFYING FOR ATTACHMENT***

Christian Frau Obrador Chaves

Graduado em Ciência Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, Especialista em Direito Penal Empresarial, em Direito Público e Mestrando a função de Procurador-Chefe da Divisão de Acompanhamento dos Grandes Devedores da PRFN4ª Região (DIGRA/PRFN4ª/RS), sendo responsável pela gestão da dívida tributária de pessoas jurídicas e/ou físicas que possuem débitos superiores a R\$ 10 milhões.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O mecanismo tradicional, característico do ordenamento processual anglo-saxônico, conhecido como Discovery; 2 O processo cooperativo, como modelo de processo do Estado Constitucional: direito fundamental a uma prestação de tutela jurisdicional célere e efetiva; 3 O dever fundamental do executado de nomear bens passíveis de penhora e o instituto da *contempt of court*. Considerações finais. Referências.

RESUMO: A ideia de uma concepção cooperativa do processo civil – tema que começa a inspirar relevante produção científica na doutrina brasileira – suscita um olhar renovado sobre os institutos processuais, um ponto de vista que considere os aportes teóricos da fase metodológica atual da ciência processual. Busca-se neste artigo demonstrar o importante papel desenvolvido pelos “atores do processo”, aqui incluem-se tanto as partes como o juiz e seus auxiliares, em nome da célere e efetiva prestação da tutela jurisdicional. Num primeiro momento, traz-se à baila mecanismo tradicional, característico do ordenamento processual anglo-saxônico, conhecido como *Discovery*. Adentra-se no tormentoso espaço do processo cooperativo como modelo de processo do Estado Constitucional de Direito, ou como denomina a Constituição Federal de 1988, Estado Democrático de Direito, para, então, chegarmos ao ponto nevrálgico deste estudo que é o dever de colaboração do executado de nomear bens passíveis de penhora. O objeto, portanto, é o de investigar as conseqüências de uma visão cooperativa, no que respeita à *efetividade* da tutela dispensada no processo de cunho eminentemente constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Dever de colaboração. Nomeação de bens à Penhora. Tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT: The idea of a cooperative design of civil procedure - a theme that is beginning to inspire teaching in the relevant scientific production in Brazil - creates a fresh look at the institutes proceedings in a perspective that considers the theoretical contributions of the current phase of the methodological process science. Search-This paper highlights the important role played by “actors in the process,” here include both parties as the judge and his staff on behalf of the delivery of swift and effective judicial protection. At first, it brings into question the traditional mechanism, characteristic of Anglo-American procedural law, known as Discovery. Enters in the stormy process

space as a cooperative process model of state constitutional law, or as called the Constitution of 1988, a democratic state, to then get to the crux of this study is the duty of collaboration to appoint the property which runs the attachment. The object therefore is to investigate the consequences of a cooperative vision, regarding the effectiveness of the protection given in the process eminently constitutional.

KEYWORDS: Duty to cooperate. Nomination of property to be attached. Effective judicial protection.

INTRODUÇÃO

A Inglaterra foi o berço do chamado *adversary system*. Na verdade, coexistiram no país, durante muito tempo, dois sistemas de administração da justiça: o do *common law* e o da *equity*, com características diferentes¹. As notas básicas, na concepção de Barbosa Moreira², desse sistema são: (a) divisão nítida do procedimento em duas fases: a sessão de julgamento (*trial*) - em teoria,³ o ponto culminante do trajeto - e a fase preparatória (*pre-trial*); (b) atuação judicial limitada ao *trial*, sem prévio controle da atividade processual e até sem prévio conhecimento da causa por parte do juiz; (c) predomínio das provas orais e concentração da respectiva produção; (d) atribuição do controle do andamento do pleito e da coleta de provas aos próprios litigantes, ou mais exatamente a seus advogados (expressão-chave: passividade do juiz); (e) por conseguinte, escassa (ou nenhuma) preocupação com a coincidência entre os fatos *tais como apresentados pelas partes ao órgão judicial* e os fatos *tais como realmente se passaram*.

A preferência pela oralidade e a feição concentrada da instrução probatória seriam condizentes com o tipo de pessoas a quem se confiava a decisão sobre os fatos - iletradas, dificilmente habilitadas para examinar e compreender documentos - e à maneira pela qual se desincumbiam da função - reunidas para a realização de tarefa que

1 Bom resumo da origem e evolução do sistema da *equity*, com indicação das principais diferenças entre o respectivo funcionamento e o dos tribunais de *common law*, em HANBURY-YARDLEY, *English Courts of Law*, Oxford, 1979, p. 93 e ss.

2 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Revolução Processual Inglesa*. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll?fn=templates&fn=main.htm&2.0>>.

3 Em teoria: impõe-se a ressalva porque, ao menos em tempos modernos, só pequena percentagem dos feitos estende-se até o *trial*; a maioria termina sem ele, em virtude de acordo ou por outros motivos. Vide, por exemplo, JACOB, *The Fabric of English Civil Procedure*. Londres, 1987. p. 71; JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge. p. 393.

naturalmente preferiam ultimar com a maior rapidez possível, a fim de se liberarem para a volta aos respectivos lares e atividades habituais. Esse método de trabalho explicaria também a ausência de qualquer controle judicial anterior ao julgamento (*pre-trial*) e a inibição do juiz na instrução probatória, considerada que era qualquer intervenção do magistrado em tal domínio como ofensiva à soberania do júri.

Característico do ordenamento processual anglo-saxônico, esse mecanismo é tradicionalmente conhecido como *discovery*, mediante o qual cada uma das partes pode munir-se de provas a que de ordinário não teria acesso, principalmente documentos do adversário. Tal possibilidade abre perspectiva de êxito, por exemplo, a quem litigue contra grandes empresas e necessite inteirar-se de suas atividades; por outro lado, favorece a solução consensual do litígio, na medida em que permite aos litigantes avaliar com realismo a solidez de sua posição.

Discovery, como sugere a tradução literal, descoberta, atua no campo probatório, municiando as partes de ferramentas essenciais para uma robusta e futura discussão judicial (*trial*). Tal mecanismo ampara-nos e instiga o jurista a adentrar nos meadros da colaboração das partes em busca da justa solução da lide. O instituto da *Discovery*, aparentemente, pretende, com o seu *pre-trial*, atingir um consenso entre as partes antes de o Estado-Juiz prolatar qualquer provimento jurisdicional. O juiz exerce um papel meramente secundário (passivo), haja vista que na fase de pré-julgamento não possui ingerência sobre a produção da prova.

Certo é que o instituto da *Discovery*, diferentemente do exposto em nosso Estatuto Processual, em seu artigo 339, delega a busca da verdade às partes, desincumbindo o Poder Judiciário de tal desiderato, o que na *Civil Law* não há como se admitir; além do mais, quando se advoga por um dever de colaboração de todos os “atores do processo”. Todos, partes, juiz e auxiliares, devem trilhar o caminho da cooperação.

Nessa esteira, podemos trazer à colação a positivação dos deveres de lealdade, de boa-fé e de cooperação para com a realização da Justiça (princípio da cooperação – artigos 645 da CLT e 339 do CPC). O dever de cooperação pelo executado compreende a obrigação de indicação dos bens aptos à satisfação da obrigação (CPC, art. 600, IV), sob as penas dos artigos 14, parágrafo único, 601 e 18 do CPC. A relevância desse dever processual é notória, pois a maior dificuldade da execução reside na localização dos bens. Manifesta, portanto, a importância da correta

compreensão e utilização desse dever do executado como instrumento de promoção dos direitos à efetividade e à razoável duração do processo (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII).

1 O MECANISMO TRADICIONAL, CARACTERÍSTICO DO ORDENAMENTO PROCESSUAL ANGLO-SAXÔNICO, CONHECIDO COMO DISCOVERY

O princípio dispositivo, que integra o direito processual civil brasileiro, é compreendido fundamentalmente na iniciativa do autor de inaugurar o processo e as alegações que o integrarão. Destarte, a transação e a renúncia do direito objeto da ação são exemplos da autonomia exclusiva das partes que vigora no sistema brasileiro.

Entretanto, não apenas as partes são incumbidas de desenvolver o processo, o juiz, igualmente, mostra-se figura importante e, em alguns casos, ativa na atuação processual. A direção formal e material do processo é delineada sob impulso oficial, conforme reza o art. 262, segunda parte, do Código de Processo civil brasileiro. Com efeito, excetuando os casos em que as partes exercem poderes exclusivos, o órgão judiciário pode exercer poderes de iniciativa própria (p. ex.: iniciativa do juiz em requerer provas⁴).

Araken de Assis assevera:

A esse propósito, costuma-se identificar dois grandes sistemas, utilizando-se as expressões inglesas inquisitorial, para retratar o vigente na Civil Law, e adversarial, para designar o predominante na Common Law. Neste último, as partes figuram como protagonistas exclusivos na tarefa de propor e de produzir as provas, atividade chamada de discovery, a cargo, precipuamente, dos respectivos advogados. Não é possível, entretanto, traçar uma fronteira tão radical entre os dois sistemas. Reformas legislativas aumentaram o controle do juiz no direito norte-americano, coibindo a investigação com o intuito de molestar, constranger, oprimir e

4 No que tange ao magno problema da iniciativa de reunir e ministrar as provas tendentes a confirmar, ou não, as alegações das partes, o órgão judiciário brasileiro dispõe de poderes irrestritos. O juiz pode ordenar a produção de qualquer prova (art. 130 do CPC), ex officio, incumbindo ao autor antecipar as respectivas despesas (art. 19, § 2º, d o CPC). Por exemplo, o juiz poderá valer-se do tão enaltecido quanto esquecido interrogatório para esclarecimento, previsto no art. 342 do CPC. E não convém olvidar que, nas causas em que se sobreleva o interesse público (art. 82, III, do CPC), intervém o Ministério Público, que é outro órgão do Estado, cujos poderes se equiparam aos das partes (art. 81 do CPC). (ASSIS, Araken. Dever de veracidade das partes no processo civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em: 13 maio 2011)

asfixiar a parte contrária, sob o pretexto de coligir elementos para futura demanda. E a iniciativa das partes, nesta seara subsiste nos Países da Civil Law: não é incomum, por exemplo, o futuro autor providenciar laudo técnico para subsidiar suas alegações nas ações de reparação de dano. Porém, a filiação do direito brasileiro ao regime inquisitorial é evidente, situando-se quase na contramão da tendência de reduzir o caráter público do processo civil. Entre nós, para usar a síntese alemã, vigora a *Inquisitionsmaxime*, e, não, a *Verhandlungsmaxime*, segundo a qual só às partes, por meio do debate, compete produzir as provas idôneas à demonstração dos fatos, pré-excluindo a iniciativa do juiz.⁵

Cumprido destacar que apesar do sistema brasileiro primar pelo sistema inquisitorial, o juiz está longe de ser um “sujeito ativo” processual. “Em geral, o órgão judiciário abstém-se de conduzir mais firmemente o processo ou de envolver-se na pesquisa do material de fato.”⁶

Importante trazer à baila a idéia da “jurisdição como regulação de uma relação interpessoal por um terceiro imparcial”⁷.

O conteúdo jurisdicional compreende-se na jurisdição civil, em que o magistrado regula e determina os direitos e deveres entre as pessoas.⁸ Assim, “pode-se apontar, como elemento *formal* da jurisdição, a circunstância de emanar tal regulação de um órgão ‘independente e imparcial’⁹. Frisa-se que este requisito formal é a essência da Jurisdição.

Com efeito, apesar de o juiz dever primar pela imparcialidade, nada impede que seja um “sujeito processual ativo”, diferente do juiz neutro. Ao passo, Araken de Assis, seguindo esta linha de pensamento, critica a atuação atual do órgão judiciário: “o contundente arsenal do órgão judiciário permanece armazenado em lugar distante da liça

5 ASSIS, Araken. Dever de veracidade das partes no processo civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em: 13 de maio 2011

6 Ibid.

7 TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas de direito e processos coletivos*. Porto Alegre: HS, 2010, p. 84.

8 Ibid. p. 85

9 Ibid. p. 85.

judiciária.¹⁰ Na melhor das hipóteses, o juiz emprega o estoque de armas participativas com excessiva parcimônia”.¹¹

Por outra banda, deixando de lado, por ora, a análise do sistema brasileiro, importante trazer à baila o sistema adversarial, que vigora na Common Law e funda-se principalmente no instituto da discovery.

Ensina Michele Taruffo:

However, all the common law systems Begin with a concept of the adversary system, which defines the roles of the judge and the parties advocates. The definitions of these roles in common law systems are traditionally, and at least nominally, similar. That is, the role of the judge is to decide between competing presentations of evidence and law that are tendered by the advocates. The corresponding role of the advocates is to develop and make those presentations. The judge is not responsible for there being an adequate development of the evidence during trial and a fortiori is not responsible for there being adequate pretrial discovery of evidence. Nor is the judge responsible for getting at “the truth”. The judge simply chooses between the contentions of law and the versions of facts laid before him by the parties.¹²

Com efeito, o processo de litigância nos países que adotam a Common Law “consiste em dois componentes estanques, porém

10 Essa inércia do órgão judiciário se explica por alguns fatores. O principal é a quantidade de feitos, fato que impede a análise atenta da maioria dos casos e, conseqüentemente, a tomada das resoluções ex officio que interessariam à causa. Raros juízes, por exemplo, estudaram o processo de antemão e, na audiência preliminar, encontram-se habilitados a fixar os pontos controvertidos, resolver as questões incidentais e determinar “as provas a serem produzidas”, como estipula o art. 331. (ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em 13 de maio de 2011)

11 (ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em 13 de maio de 2011)

12 TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Revue*, n. 73, 1998, p. 1019. Tradução livre: “No entanto, todos os sistemas de common law começam com um conceito do sistema adversário, que define o papel do juiz, das partes e seus advogados. As definições dessas funções no sistema de common law são tradicionalmente, e pelo menos nominalmente, semelhantes. Ou seja, o papel do juiz é decidir entre apresentações concorrentes de provas e de direito que são oferecidas pelos advogados. O papel dos advogados correspondentes é desenvolver e fazer as apresentações. O juiz não é responsável pela existência de um adequado desenvolvimento das provas durante o julgamento e, a fortiori, não é responsável para que haja adequada descoberta preventiva de provas. Também não é o juiz responsável por obter a “verdade”. O juiz simplesmente escolhe entre as alegações de direito e as versões dos fatos estabelecidos diante dele pelas partes.”

interdependentes: o estágio “pre-trial” e o “trial” propriamente dito.”

¹³ Assim, deve-se destacar, antes de mais nada, que o processo civil no sistema anglo-saxão “respeita o conceito de devido processo legal, pois as partes possuem diversas garantias que são respeitadas, principalmente na fase do “trial” ou julgamento, tais como o contraditório e a ampla defesa.” ¹⁴

Antônio Carvalho Filho ensina:

A fase “pre-trial” existe para que se possa, entre outras coisas, reduzir o crescimento vertiginoso de “trial” e para esclarecer os fatos e argumentos que serão instruídos no julgamento. Essa fase possui duas modalidades de busca de provas, que, nesta altura, são consideradas evidências ou indícios, quais sejam: o “discovery” e o “deposition”, que corresponde à tomada de depoimento de qualquer pessoa em qualquer momento e por qualquer interlocutor. Lembramos que o “discovery” trata de todas as matérias que não se relacionem com a prova verbal, tendo como incidência principal os documentos. O “trial”, ou julgamento propriamente dito, é o componente central do processo de litigância nos Estados Unidos, o qual é necessariamente contínuo. Isso significa que há, geralmente, mínimas possibilidades para se descobrir novos fatos, ou produzir novas provas, durante o curso do julgamento. Por decorrência lógica, cada parte deve estar com seu “caso” preparado antes do “trial”. ¹⁵

Nessa senda, o sistema jurisdicional da common law é formado por 12 (doze) jurados que deverão decidir de forma unânime a controvérsia. Destarte, o conselho de jurados é o verdadeiro juiz da causa e tem o poder de dizer o direito. “O seu papel é decidir questões de fato e aplicar o direito ao caso concreto de acordo com as instruções do juiz presidente, que não participa da decisão dos jurados.” ¹⁶

13 CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio 2011.

14 Ibid.

15 CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

16 CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

Com efeito, assevera Michele Taruffo:

A derivative of this fundamental premise about the roles of judge and advocates is that the civil law system has no “pretrial”, let alone pretrial discovery. “Pre” trial implies an adjudication process with at least two stages, pretrial and then trial itself. The need for a two-stage process is evident in an adjudicative system based on jury trial. A jury is an assemblage constituted ad hoc whose members need not be convened until their time on the stage has arrived, and who should go home when their role has been played. The jurors decide facts, not legal questions, and the rendition of their verdict constitutes fulfillment of that function. Efficient use of a jury’s time requires that presentation of the evidence be concentrated in a single continuous session. Such a concentrated session is the “trial”; everything prior to trial is “pretrial”. According to modern legal standards, the parties to the litigation should have opportunity to know somewhat beforehand – in a preview, so to speak – the substance of the opposing party’s proof. That opportunity includes time to think over that evidence and to arrange to counter it so far as possible. Because a jury trial is to be a concentrated session, opportunity for such a preview must be afforded somewhat before the jury session commences. Hence, pretrial discovery is a logical necessity in a modern system based on jury trial, if the premise is accepted that litigants should have a preview of the countries other than the United States no longer use juries very much. Nevertheless, they adhere to the tradition of concentrated trial procedure. By the same token, they adhere more or less to the need for pretrial discovery¹⁷

17 TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Review*, n. 73, 1998, p.1020. Tradução livre: Um derivado dessa premissa fundamental sobre os papéis de juiz e advogados é que o sistema da civil law não tem “pré-julgamento”, muito menos antes do julgamento. “Pré” julgamento implica um processo de adjudicação com pelo menos duas fases, pré-julgamento e depois o próprio julgamento. A necessidade de um processo de dois estágios é evidente em um sistema judicante com base no julgamento do júri. Um júri é um conjunto constituído ad hoc, cujos membros não precisam ser convocados enquanto seu momento de subir ao palco não tenha chegado e que deveria ir para casa assim que o seu papel for desempenhado. Os jurados decidem fatos, não questões jurídicas, e as entregas de seu veredito constituem o cumprimento dessa função. O uso eficiente do tempo de um júri pede para que a apresentação da documentação seja concentrada em uma única sessão contínua. Tal sessão concentrada é o “julgamento”, tudo antes do julgamento é a “preventiva”. De acordo com modernos padrões legais, as partes em litígio devem ter oportunidade de conhecer um pouco antes - em uma previsão, por assim dizer - o conteúdo da prova do oponente. Essa oportunidade inclui tempo para pensar mais sobre as provas e organizar-se para enfrentá-la na medida do possível. Porque um júri deve ser uma sessão concentrada, oportunidade para tal previsão deve ser concedida tanto antes do início da sessão de júri. Assim, descoberta prévia do julgamento é uma necessidade lógica em um sistema moderno baseado em tribunal do júri, se a premissa é aceita que os litigantes devem ter uma prévia dos outros países que não os Estados Unidos que não mais usam muito

Diferentemente do sistema adotado pela Civil Law¹⁸, o juiz anglo-saxão age como um mediador entre as partes. “Raramente questiona testemunhas, ou participa na apresentação de fatos no processo. Ele define as normas processuais que serão aplicadas, porém possui poucos poderes na determinação dos fatos.”¹⁹

Nessa quadra, Antônio Carvalho Filho completa:

Voltando à questão central, o “pre-trial discovery” é disciplinado pelo Federal Rules of Civil Procedure, precisamente pelos Rules 26, 29, 34, 35, 36 e 37. Tendo isso em conta, podemos definir “pre-trial discovery” (de documentos, como chamado na Convenção de Haia de 1970) como um procedimento inquisitório em que as partes, sem a interferência do juiz, têm possibilidades, antes do início do julgamento, de colher, sem coerção, determinado tipo de

os júrís. No entanto, eles aderem à tradição do procedimento do julgamento concentrado. Pela mesma razão, eles aderem mais ou menos à necessidade para a descoberta de pré-julgamento.

- 18 “The premise in civil law jurisdictions is entirely different, at least formally so. Under the civil law procedural systems, the judge is responsible for deciding a case according to the truth of the matter. The judge decides both fact and law because there is no jury or anything like it. It is assumed that the truth of the matter will be revealed by relevant evidence. Under the civil law, it therefore follows that the judge is responsible for eliciting relevant evidence. The parties in civil law litigation are represented by advocates, and the advocates are empowered and obligated to assist their clients in presenting their respective sides of the case. However, in principle, the advocates function is to assist the judge in fulfillment of the judicial responsibility, rather than, as in the common law, the judge being responsible only in terms of the advocates previously exercised responsibilities of presentation. In the civil law concept, the advocates are supposed to provide comment and suggestions to the judge, with a deference which varies from one civil law jurisdiction to another. But at least in theory they have no power of initiative after they have presented the claims and defenses in the pleadings, except with the assent of the judge.” (TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Review*, n. 73, 1998, p. 1019-1020). Tradução livre: “A premissa em jurisdições de civil law é totalmente diferente, ao menos formalmente. Sob o regime do direito processual civil, o juiz é responsável por decidir um caso de acordo com a verdade dos fatos. O juiz decide ambos o fato e o direito, porque não há júri, ou algo parecido. Supõe-se que a verdade dos fatos será revelada por elementos de prova pertinentes. Sob a civil law, donde resulta que o juiz é responsável por suscitar provas relevantes. As partes em litígio de direito civil são representadas por advogados, e os defensores estão habilitados e obrigados a ajudar os seus clientes na apresentação de suas respectivas versões do caso. No entanto, em princípio, a função dos defensores é auxiliar o juiz no cumprimento da responsabilidade judicial, e não, como na common law, o juiz ser responsável apenas em termos das responsabilidades de representação dos defensores anteriormente exercidas. No conceito de direito civil, os advogados supostamente devem fornecer comentários e sugestões para o juiz, com uma deferência que varia de uma jurisdição de civil law para outra. Mas pelo menos em teoria eles não têm poder de iniciativa depois de terem apresentado as reivindicações e defesas nos autos, exceto com o consentimento do juiz.”
- 19 CARVALHO FILHO, Antônio. Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

evidências ou indícios, nomeadamente documentos, que estejam em poder da contra-parte ou de terceiro, possibilitando a preparação para o julgamento, o qual é contínuo e impossibilita a “descoberta” de novas provas que possam interessar ao deslinde da causa. Caso a parte requisitada para apresentar um documento não o faça, a parte requisitante pode pedir ao juiz que determine a apresentação do documento desejado. O procedimento “pre-trial discovery”, também conhecido como “fishing expedition”, caracteriza-se como uma “aventura” em que a parte requisitante “lança a isca”, ou seja, a requisição à outra parte e não tem certeza de que irá obter, ou “pescar”. Por razões óbvias, o procedimento de “pre-trial”, como conhecido nos países de common law, é completamente desconhecido aos países que adotam o sistema civil law, sendo, em nossa opinião, incompatível com os procedimentos utilizados nesses Estados.²⁰

Entretanto é de se observar no sistema da common law que grande parte dos casos em que se adota o sistema do “pré-trial discovery”, “uma das partes não está interessada em resolver seu litígio, ou de resolvê-lo por boa-fé, aplicando, dessa forma, subterfúgios e ardis para obter vantagens de forma ilícita ou imoral da outra parte.”²¹ Na mesma linha, no sistema da civil law (e aqui adentrando-se no sistema brasileiro), apesar de se utilizar outros procedimentos para resolver o litígio, não está imune a celeuma dos excessos e desvirtuamentos do objetivo do processo.

Quanto ao sistema da civil law, Michele Taruffo, realizando um comparativo com a common law afirma:

[...] an adjudication in the civil law system proceeds according to an entirely different logic. In that system, the central figure, around whose function the task of the advocates center, is not the jury, but the judge. The central task in civil law adjudication is for the judge to identify the legal and factual issues involved and to decide them correctly. Also, and of equal practical importance, the judge is a permanent official who can adjourn court sessions to later dates as convenient. The logic of inquiry in that framework is to subdivide

20 CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

21 CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 de maio de 2011.

a case issue by issue, or by clusters of issue, considering both facts and law as to each issue. Concerning any such issue or cluster of issues, law and facts can be considered together because there is no jury to share in the decisional process. The function of preview for the parties can be accomplished by receiving items of evidence on the basis of the court's making a provisional or tentative appraisal of their significance and conducting further ad deeper inquiry only as necessary. The necessity for such further inquiry will be signaled by the party against whom the evidence was received. Evidence received on a tentative bases is taken as truth if there is no negative signal from the opposing party, but, if there is such a signal, the evidence remains open for disputation or discount at a subsequent session of the court. In contrast, the logic of a jury trial is to subdivide the case into issues of law, regardless of the relationship of fact are further subdivided into a preview (discovery) and a plenary stage of presentation (the trial).²²

Com efeito, demonstrado os traços característicos do instituto da *discovery* inserido na Common Law, e verificado que neste sistema o juiz atua com demasiada neutralidade processual, principalmente quanto ao impulso oficial para “buscar a verdade”, busca-se adotar no sistema brasileiro, diferentemente daquele sistema, a “convivência de poderes de impulso similares, outorgados às partes e ao juiz”²³ no fito de induzir “à criação de uma comunidade de trabalho, na qual o

22 TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Review*, n. 73, 1998, p. 1021. Tradução livre: ([...] um julgamento no sistema da civil law procede de acordo com uma lógica completamente diferente. Nesse sistema, a figura central, em torno de cuja função a tarefa dos advogados é focada, não é o júri, mas o juiz. A tarefa central na prestação jurisdicional da civil law é a de que o juiz identifique as questões legais e factuais envolvidas e decida corretamente. Além disso, e de igual importância prática, o juiz é um funcionário permanente, que pode adiar sessões do tribunal para datas posteriores da forma que achar conveniente. A lógica da investigação nesse quadro é subdividir um caso questão por questão, ou por grupos de questões, considerando ambos os fatos e o direito a cada edição. Concernente a qualquer questão ou conjunto de questões, direito e fatos podem ser considerados em conjunto, porque há júri para participação no processo decisório. A função da previsão para as partes pode ser realizada através da recepção de elementos de prova com base no tribunal estar fazendo uma avaliação provisória ou preliminar de seu significado e realização de inquérito mais profundo apenas quando necessário. A necessidade de tal inquérito mais adicional será sinalizada pela parte contra quem a prova foi recebida. Provas recebidas em uma base provisória são tidas como verdade, se não houver nenhum sinal negativo da parte contrária, mas, se houver tal sinal, as provas para continuam abertas para disputa ou para desconto em uma próxima sessão de tribunal. Em contrapartida, a lógica de um julgamento com júri é subdividir o processo em questões do direito, independentemente da relação de fato se subdividir em uma prévia (Descoberta) e uma fase plenária de apresentação (o julgamento).

23 ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em: 13 de maio de 2011

órgão judiciário pode e deve atuar ao lado das partes(“[...]”).²⁴ Assim, prima-se pelo processo cooperativo como modelo de processo do estado constitucional brasileiro, conforme se estudará a seguir.

2 O PROCESSO COOPERATIVO, COMO MODELO DE PROCESSO DO ESTADO CONSTITUCIONAL: DIREITO FUNDAMENTAL A UMA PRESTAÇÃO DE TUTELA JURISDICIONAL CÉLERE E EFETIVA

O formalismo processual, no que se refere ao papel reservado aos juízes e às partes, se divide e se distingue, acompanhando a organização social de seu tempo, em três modelos: o modelo paritário, o modelo hierárquico e o modelo colaborativo.

O modelo paritário de organização social se caracteriza pela nítida “indistinção entre a esfera política, a sociedade civil e o indivíduo, de modo que o juiz (presentante do Estado, como diríamos em linguagem corrente) se encontra no mesmo nível das partes”²⁵ Destarte, podem-se exemplificar as experiências políticas grega e italo-medieval²⁶ como

24 ASSIS, Araken. Dever de veracidade das partes no processo civil. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em: 13 de maio de 2011

25 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.64.

26 “Tirante as concepções da Baixa Idade Média, em que o direito não ocupava um posto autônomo, restando açambarcado nos domínios da ética, o direito a partir da fundação do *studium civile* passa a ser identificado com tudo aquilo que consta do *Corpus Iuris Civilis*, que então vem ocupar local de destaque na cultura jurídica europeia. Com efeito, os legistas medievais vislumbravam no *Corpus* romano a própria *ratio scripta*, o que levou o pensamento jurídico a comportar-se essencialmente como um pensamento orientado à interpretação de textos. ([...]). Pensa-se o direito com referencial à justiça, seu substrato ético, mas justiça já aí entendida como *lex*, como registra a doutrina. Sendo o direito medieval baseado na autoridade dos textos romanos, cujo fundamento de legitimidade mesmo pendulou no tempo, o jurista o trabalhava como um enunciado textual do qual, mercê da exegese e da argumentação, seria possível obter todos os critérios para a prática jurídica. A partir dos textos passava-se ao caso, que polarizava a atenção dos juristas no cenário judiciário. E aqui temos um ponto de relevo. Ao contrário do que sucedeu no direito moderno, cujos padrões de racionalidade convocados para auxiliarem os juristas mais se afeiçoavam à lógica teórica, a racionalidade do medievo identificava-se com uma racionalidade prática, buscando conceber o direito como um problema concreto que o jurista tem de resolver visando ao consenso, ao fim e ao cabo, critério de verdade e justiça no ambiente medieval. Assume fundamental relevância, nesse especial, o diálogo entre as pessoas que participavam do processo, justamente aqueles que se dedicavam à resolução do problema em que se consubstanciava o próprio ius. A solução da problemática jurídica não se oferecia como a obra de uma razão individual, sendo, antes, o resultado do colóquio judiciário. Não é à toa, pois, que o juízo era entendido como um ato de três pessoas, como referiam incessantemente os glosadores (“iudicium est actus ad minus trium personarum: actoris, rei, iudicis”).”(MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.78-80.)

relações em que pairava a isonomia entre o juiz e as partes, daí a atuação paritária do juiz.²⁷

Por outra banda, o modelo hierárquico “pressupõe-se uma nítida distinção entre indivíduo, sociedade e Estado (ou Império), estabelecendo-se uma relação vertical de poder entre esse e aquele.”²⁸. Observa-se, portanto, que o juiz se posta acima das partes, caracterizando a assimetria do modelo. “Duas experiências históricas podem, de um modo geral, ilustrá-lo: o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o processo civil do Estado Moderno²⁹ (especificamente, o *processus* prussiano do século XVIII).”³⁰

Quanto ao modelo cooperativo, Daniel Francisco Mitidiero explana com maestria sobre o tema:

O modelo cooperativo, de seu turno, funda-se em outras bases. Se é certo que, nessa quadra, permanece a moderna distinção entre Estado, sociedade e indivíduo, não menos certo se mostra que o modelo cooperativo organiza as relações entre esses três elementos de maneira bastante diferente daquela, por exemplo, oferecida pelo Estado Nacional Moderno. A Constituição, que tem como referencial uma sociedade cooperativa, conforma o Estado como um Estado Constitucional, cujas duas grandes virtudes estão na

27 Ibidem, p.64.

28 Ibidem, p.66.

29 “De outro lado, a maneira como se dá a organização interna do processo na Idade Moderna é marcada por uma grave fratura em relação ao modelo isonômico medieval, bem servindo para ilustrar a caracterização do modelo assimétrico de processo. À passagem do *ordo iudiciarius* isonômico ao *processus* assimétrico, com efeito, confluíram elementos culturais, políticos e ideológicos que imprimiram uma nova feição ao jurídico, tendo imediato reflexo na concepção do processo civil. Consoante já se anotou, o processo não é infenso à cultura, restando antes profundamente influenciado por essa. O clima cultural da Europa do século XVII condicionou todo direito posterior, propiciando a radical transformação do *iudicium* em *processus*, como agudamente observa a doutrina. Se o direito medieval servia-se da dialética, campo do discurso argumentativo e do provável, o direito moderno alçou mão, para estruturação da “ciência” jurídica, da lógica apodítica, que trabalha com a demonstração e com a verdade. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver trabalhando em um esquema sujeito-sujeito para ser um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, notadamente na sua expressão de positivismo jurídico, ocorrendo uma verdadeira geometrização do jurídico, já que o protótipo do conhecimento, dentro desse peculiar ambiente, passa a ser a matemática. O deslocamento do substrato lógico com que trabalhavam os juristas medievais e modernos não passou despercebido da doutrina, que bem surpreendeu o movimento que levou os juristas da dialética aristotélica, de usança geral entre os medievais, à lógica de Pierre de la Ramée, também conhecido como Petrus Ramus, que conduziu o discurso dos modernos, instalando o paradigma racionalista dentro do direito processual civil.” (Ibidem, p.83-84.)

30 Ibidem, p.66.

sua submissão ao Direito e na participação social na sua gestão (o Estado Constitucional, assim, é necessariamente um Estado de Direito Democrático ou, como prefere a nossa Constituição, um “Estado Democrático de Direito”, art. 1º, caput). Essa conformação, no que agora interessa, funda o Estado na “dignidade da pessoa humana” (como está, aliás, igualmente em nossa Constituição, art. 1º, III), objetivando “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (consoante também consta de nossa Constituição, art. 3º, I). Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo. Não por acaso, considerada doutrina já alude mesmo à existência de um verdadeiro “Estado Constitucional Cooperativo”. Essas características imprimidas pela sociedade no Estado através da Constituição evidentemente acabam repercutindo na posição ocupada pelo juiz no processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico no quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois, ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um “ponto de equilíbrio” na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira “comunidade de trabalho” entre as pessoas do júízo. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo.³¹

Com efeito, no modelo colaborativo, percebe-se a isonomia entre o juiz e as partes quando do deslinde do processo, através do diálogo judicial com ênfase no princípio do contraditório³². Destarte, o magistrado participa ativamente do processo juntamente com as partes, possibilitando que influenciem suas possíveis decisões.

Um elemento essencial do modelo cooperativo de processo está na figura do juiz, pois, informado pelo formalismo-valorativo, é irreversível que exerça uma posição mais diretiva, envolvida e ativista. Portanto, o Estado-juiz no terreno probatório se vale de iniciativa *ex officio* para o regular deslinde do feito, sempre visando uma decisão

31 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.71-73.

32 Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório. A propósito, o art. 16 do *Nouveau Code de Procédure Civile* é paradigmático a respeito do tema, assim como o art. 266 do Código de Processo Civil português e o § 139 da *Zivilprozessordnung* alemã.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.73-74.)

justa e não aquela pautada apenas pela legalidade (própria da cultura jurídica francesa individualista e privatista do século XIX)³³

Ao passo, completa Daniel Francisco Mitidiero:

[...] A comunhão de trabalho resta evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes, possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado. Não há que se falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como o ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo, de postremeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado. É, aliás, como consta do art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana a interpretar o art. 116 do Codice di Procedura Civile³⁴

O valor participação, ilustrado normativamente no contraditório (conforme se estudará alhures), é figura essencial do Estado Constitucional e democrático. Portanto, “a condução do processo é isonômica”³⁵. Por outro lado, a juridicidade no processo é revelada quando das decisões do juiz, “que devem ser necessariamente justas e dimensionadas na perspectiva dos direitos fundamentais (materiais e processuais)”³⁶. Destarte, sem olvidar-se do plano democrático, tais decisões são postas assimetricamente pelo Estado-juiz, revelando, por definição, assim, a atuação jurisdicional decisória como assimétrica.³⁷

O citado autor assevera:

Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas manifestações no tecido processual surge o modelo cooperativo de

33 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.99-100.

34 *Ibidem*, p.99-100.

35 *Ibidem*, p.76.

36 *Ibidem*, p.76-77.

37 *Ibidem*, p.76-77.

processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz. Esse modelo de processo pressupõe, além de determinadas condições sociais, também certas opções lógicas e éticas para sua cabal conformação.³⁸

O modelo cooperativo é diferente daquele visto no Estado Moderno, o qual influenciou em demasiado o Código de Processo Civil de 1973, principalmente quanto à estruturação do formalismo processual. Assim, em atenção ao princípio fundamental ao contraditório³⁹, houve a incrementação nos “poderes das partes a respeito da valoração do material jurídico da causa”⁴⁰.

Completa Mitidiero:

Essa proposição acaba por implicar nova organização do formalismo processual, forçando a uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes e do juízo no processo, de modo a tornar-lhe mais cooperativo e menos rígido para uma ótima consecução da justiça no caso concreto, finalidade última do processo civil no marco teórico do formalismo-valorativo. No que tange especificamente ao problema da aplicação do direito no processo, cumpre submeter a uma revisão crítica os brocardos *Da mihi factum*, *dado tibi ius* e *Iura novit curia*, próprios de um processo assimétrico, alimentado por uma lógica apodítico-mecanicista acerca do que é o direito. A três, pressupondo o direito ao contraditório como direito a participar do processo, a influir positivamente sobre o convencimento judicial, tem-se entendido que as partes têm o direito de se pronunciar também sobre a valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aquelas questões que deve conhecer de ofício. Objetiva-se, assim, evitar decisões que apanhem de surpresa as partes, havendo aí evidente concretização da cooperação no

38 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.77.

39 “A jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* a propósito da *Anspruch auf rechtliches Gehör* (art. 103, Constituição alemã) não deixa dúvidas, consoante informa a doutrina, a respeito da configuração do direito ao contraditório como sendo um direito a influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa (fáticas, jurídicas e mistas, materiais e processuais), tendo à base uma compreensão problemática do direito. A jurisprudência de nosso Supremo Tribunal Federal inclina-se atualmente nesse mesmo sentido. Contraditório, pois, entendido em “*sensu forte*” ([-;-]) (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.91.)

40 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.91.

processo pela mão do dever de consulta às partes que toca ao órgão jurisdicional, inerente à construção de um processo civil pautado pela colaboração.⁴¹

Sérgio Gilberto Porto, na mesma linha, complementa:

É com esse espírito que a combinação das atividades do autor, do demandado e do juiz assumirá a estrutura ínsita do conceito de cooperação. Se cada um desses sujeitos trabalhar debruçado sobre a mesma matéria fática e jurídica, cada qual poderá trazer valiosas conclusões para iluminar o *thema decidendum*. O processo transforma-se em um laboratório, no qual todas as partes são convidadas a trabalhar, tal como cientistas fossem. [...] Essa seria uma manifestação positiva do princípio da colaboração. A investigação solitária do órgão judicial, nos dias atuais, mostra-se inadequada [...] Quando se fala em colaboração entra as partes, admite-se que é justamente pela soma de seus esforços que o órgão judicial encontrará condições plenas para a aplicação do direito. Em outras palavras, é da soma de comportamentos parciais (tese, esposada pela pretensão + antítese, representada pela defesa) que o processo alcançará a justa síntese. Este, então, é o método de trabalho preconizado pela adoção do princípio do contraditório.⁴²

Finalmente, conclui-se que o modelo cooperativo⁴³, sobretudo, molda-se através da Carta Magna e, em vista disto, nos direitos fundamentais. Estes, externados e implícitos, fundamentalmente, através de princípios constitucionais.

41 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.92-94.

42 PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.54-55.

43 “Outrossim, podem ser apontados como grandes vetores orientadores do princípio da cooperação: (a) a mudança de mentalidade das pessoas que participam do processo; (b) o incentivo à boa-fé e lealdade do órgão judicial, das partes e seus representantes, e de todos os demais participantes do processo (escrivão, serventuário, perito, assistente técnico, testemunhas etc.); o processo não é uma luta ou um duelo, que se possa vencer a qualquer custo; (c) o combate ao formalismo excessivo; (d) o fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes; (e) a necessidade de permanente diálogo entre as partes e entre estas e o juiz (reprovável, portanto, que este se negue a receber advogados, fator, aliás, que atua como forte elemento de deslegitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil)” (OLIVEIRA. Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: volume: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 41.)

3 O DEVER FUNDAMENTAL DO EXECUTADO DE NOMEAR BENS PASSÍVEIS DE PENHORA E O INSTITUTO DA *CONTEMPT OF COURT*

Na medida em que a realidade social se altera, as reformas legislativas, em regra, acompanham tais modificações para evitar-se a defasagem normativa e para alcançar-se os anseios legítimos da sociedade contemporânea e jurisdicionada.⁴⁴

Com efeito, a Lei 11.382, de 07 de dezembro de 2006, atendendo esse propósito, trouxe novos mecanismos instrumentais para permitir uma melhor efetividade da prestação jurisdicional executiva.

Márcio Louzada Carpena advoga que:

Na perspectiva da nova disposição legal, vários pontos chamam a atenção, sobressaindo-se, contudo, na nossa concepção, aquele que passa, expressa e indubitavelmente, a exigir uma conduta de mais comprometimento e de colaboração do réu, então executado, para com a efetividade da prestação jurisdicional e celeridade do desfecho da lide, fixando, por outro lado, meios de reprimenda às atitudes que se mostrem contrárias a tais interesses. Com efeito, a nova norma segue a orientação ideológica, já disposta anteriormente em outras leis que ultimamente alteraram o processo de conhecimento no CPC, de exigir um comportamento leal e ético das partes, principalmente do demandado, coibindo, ainda que pontualmente, atos que importem procrastinação ou alongamento desarrazoado ou indevido do tempo do processo executivo, impedindo que ele se torne, na prática, instrumento de tortura da parte que tem crédito a receber e de desprestígio da própria atividade jurisdicional estatal.⁴⁵

Assim, devem-se inibir os comportamentos que ferem a devida tempestividade da lide executória. Neste sentido, deve-se rechaçar “a conduta desequilibrada ou abusiva de uma das partes, ao longo de um processo, no intuito de protelar a efetivação da prestação jurisdicional”⁴⁶.

44 CARPENA, Márcio Louzada. *Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

45 CARPENA, Márcio Louzada. *Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

46 CARPENA, Márcio Louzada. *Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

Dessa forma, afastando-se os comportamentos descomprometidos e não colaborativos com o desenrolar da demanda judicial, estar-se-á primando pela defesa das disposições da constituição federal e, principalmente, no caso, pela razoável duração do processo e dos meios que garantem a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVII do artigo 5º).

Por outra banda, no tocante ao dever de cooperação do executado à indicação de bens passíveis de penhora, Márcio Louzada Carpena completa:

Na Lei 11.382, a idéia de exigência de colaboração do demandado para com o desenvolvimento escoreito da tutela jurisdicional, e até mesmo para com a satisfação do direito da parte adversa, então exequente, extrai-se claramente a partir de vários dispositivos, tais como e entre outros: do art. 740, parágrafo único, quando passa a impor multa para o caso de apresentação de defesa – embargos – com intuito tido por procrastinatório; do art. 745-A, parágrafo 2º, quando comina, no caso de inadimplência de pedido de pagamento parcelado, multa sobre o valor das prestações não pagas, sem prejuízo de vedação à oposição de embargos; do art. 746, parágrafo 3º, quando impõe multa, caso os embargos à arrematação forem declarados manifestamente protelatórios. Com efeito, todos esses dispositivos trazem sanções passíveis de serem impostas ao executado em razão de atitudes (ações) contrárias à conduta de cooperação esperada e que, de fato, causam embaraços ao normal desenvolvimento da demanda e prejudicam a efetividade da tutela jurisdicional.⁴⁷

Importante alertar sobre a redação conferida aos artigos 652, parágrafo 3º e 656, parágrafo 1º, para referendar a obrigação do executado em colaborar com a seleção de bens a serem constritos, sob pena de sanção⁴⁸.

Destarte, pode-se observar na lei claramente: “*o dever de cooperação do executado em um dos momentos mais delicados da execução, qual seja, a localização de bens do demandado para submissão ao procedimento expropriatório.*”⁴⁹

47 CARPENA, Márcio Louzada. Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas.

Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em 10 de maio de 2011.

48 A redação legal consigna que o juiz “*poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora*”, bem como determina que é “*dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único)*”.

49 CARPENA, Márcio Louzada. Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas.

Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

Ao passo, adentrando-se na análise das sanções impostas ao executado, no caso da não colaboração na lide executiva, parte-se do pressuposto que a multa fixada pelo juiz deve refletir as peculiaridades do caso concreto. Assim, cabe ressaltar, quanto à ofensa ao judiciário, que “há duas espécies de multa: a condicional e a definitiva. No primeiro caso, exibirá nítido caráter coercitivo, induzindo o destinatário ao cumprimento da ordem judicial; no segundo, a nota repressiva predomina.”⁵⁰

A inclusão do inciso V e do parágrafo único no art. 14, por meio da Lei 10.358, de 17.12.2001, demonstra claramente a influência do instituto do *contempt of court* do direito anglo-saxão.

Na mesma senda, Araken de Assis, quanto à influência mencionada, inclui a modificação do art. 601 do CPC, através da Lei 8.953, de 13.12.94.⁵¹

Observa-se, portanto, que determinando o magistrado que o executado apresente os bens, no prazo de 5 (cinco) dias, passíveis de penhora e negando-se em fazê-lo – ou criando quaisquer embaraços à determinação judicial –, incidirá contra o jurisdicionado recalcitrante (executado), as seguintes sanções, a saber: (a) multa por afronta à dignidade da justiça, prevista no art. 600, inc. IV, combinado com art. 601, ambos do CPC, de até 20% (vinte por cento) sobre o valor exequendo; e, (b) multa por ato atentatório à dignidade da jurisdição, prevista no art. 14, parágrafo único, CPC, de até 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Assim, ao tratar do art. 601, o qual prevê a sanção ao devedor desobediente de até vinte por cento do valor da execução, o autor supramencionado, ainda, certifica que “por sem dúvida, se cuida de pena por desacato, similar àquela do *contempt of court*, sob forma definitiva.”⁵²

Com efeito, Luiz Guilherme Marinoni assevera a respeito da multa para compelir o devedor a indicar bens à penhora:

Acontece que tal multa é vista como pena, isto é, como sanção pecuniária contra o devedor que comete ato atentatório à dignidade da justiça. Nesse sentido, ela somente poderia ser considerada após a prática da conduta lesiva à “dignidade da justiça”. Não obstante, até

50 ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 18-37, jul-set, 2003. p. 22.

51 ASSIS, op. cit., p. 18.

52 ASSIS, op. cit., p. 28.

porque o leigo não conhece as regras processuais e, muitas vezes, não é informado pelo seu advogado sobre as suas conseqüências, tem o exeqüente, no caso de não pagamento do valor da condenação, não só a oportunidade de requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação (art. 475-J, caput, parte final, CPC), mas também o direito de pedir ao juiz a intimação do devedor para indicar bens à penhora, na forma dos arts. 600, IV e 655 do CPC, sob pena de multa de até 20% do valor do débito atualizado. Desta forma, confere-se à multa do art. 601 significado muito mais importante. Além de a multa passar a ter a função de forçar ao cumprimento, esta jamais será imposta sem que o executado tenha real e efetivo conhecimento das conseqüências da não observância dos arts. 600, IV e 655, I, do CPC.⁵³

Araken de Assis afirma:

Por outro lado, o art. 14, V, e parágrafo único, da Lei 10.358, de 27.12.01, generalizou a sanção por contempt of court. De fato, previu a imposição de multa no caso de descumprimento dos provimentos mandamentais, de modo similar ao que acontece com a injunction norte-americana, sancionando, além disto, a criação de embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. Podem ser sujeitos passivos da multa as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (art. 14, caput). Ficam alheios à punição, porém, como é da tradição do direito pátrio, os advogados, cujo controle disciplinar incumbe à Ordem dos Advogados, inferindo-se tal exceção da cláusula inicial do parágrafo único do art. 14.⁵⁴

Ensina Eduardo Talamini:

Por fim, cabe menção a determinados deveres de fazer e de não fazer que podem surgir no curso de um processo e estão instrumentalmente vinculados à efetivação da tutela relativa a deveres de entregar ou pagar. Pense-se no dever que tem o executado de indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução (art. 600, IV) ou no dever de permitir o acesso dos auxiliares do juízo ao local em que se encontram os bens sujeitos à efetivação da tutela jurisdicional (art. 14, V). Tais deveres instrumentais de fazer e de não fazer têm natureza processual. Recaem, em última instância, no dever de colaborar com o funcionamento da

53 MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 463-464

54 ASSIS, op. cit., p. 29.

justiça e não praticar atos que atentem contra sua dignidade (e, por isso, não vigoram apenas dentro do processo executivo do Livro II). A violação desses deveres processuais é sancionada com as penas gerais atinentes à litigância de má-fé, com as penas específicas dos arts. 14, par. ún. (aplicável a qualquer tipo de processo) e 601 (quando a violação ocorre no processo executivo) e, em certos casos, pode dar ensejo a indenização civil e punição criminal.⁵⁵

Com efeito, cabe não olvidar, outra singela diferença entre a multa do art. 14 e as *astreintes*. “O juiz fixará a multa mencionada no art. 14 após o descumprimento da decisão judicial, enquanto no caso dos arts. 461 e 461-A a multa é fixada antes, para compelir a parte a cumprir a decisão.”⁵⁶

As “pena” das *astreintes* deve ser prévia.

O juiz determina a sanção para o futuro (para que a parte não venha a descumprir a ordem), não para o passado (sancionando um comportamento já realizado), pois não se trata de tutela de ressarcimento, mas sim de inibição⁵⁷.

Portanto, todos aqueles que participam do processo e criam embaraços à efetivação de provimentos judiciais podem ser enquadrados no art. 14, parágrafo único, do Código Processual Civil, respondendo, independentemente de outras sanções (criminais, civis e processuais), por multa a ser fixada em conformidade com a extensão da conduta desrespeitosa praticada, atentando-se ao limite máximo legal, qual seja, 20% (vinte por cento) do valor da causa.⁵⁸ E aqui, portanto, o executado pode ser enquadrado por não apresentar bens passíveis da constrição judicial.

Veja-se que se pode denominar como pena a sanção retributiva negativa (punitiva) voltada ao infrator da norma, na medida em que se traz um prejuízo a este. Almeja-se, aqui, a desaprovação da conduta ilícita praticada e não o resultado prático equivalente em razão do

55 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa* (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 162-163.

56 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 236.

57 CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203.

58 *Ibidem*, p. 199.

descumprimento do preceito normativo, tampouco imprimir pressão psicológica sobre a vontade do jurisdicionado. Notório que a sanção punitiva está presente em outros ramos do direito, como nas punições criminais, administrativas, fiscais, etc. “No processo civil, têm caráter retributivo as multas previstas nos arts. 14, par. ún. e 601. Portanto, também há sanção punitiva civil.”⁵⁹

Dentro da idéia de cooperação, principalmente no tocante à fase executiva, importante realçar o instituto do *contempt of court*, o qual na lúcida visão de Araken de Assis:

Tutela o exercício da atividade jurisdicional, nos países da common law, e existe desde os tempos da lei da terra. Cumpre advertir que a expressão “common law”, ou direito comum à toda comunidade, não merece tratamento uniforme na América e no Reino Unido. E isso, porque a América se organizou sob a forma de Federação, competindo aos Estados legislar sobre direito material e processual. Conquanto subordinado esse direito estadual à Constituição, a rigor inexistente uma “lei comum” na América. Como quer que seja, o poder de contempt of court, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição.⁶⁰

Por oportuno, importante trazer à baila a definição de Cristina Reindolff da Motta ao instituto em epígrafe:

Contempt of court consiste no comportamento de alguém ignorar a autoridade do órgão judiciário. É ofensa à corte de justiça ou à pessoa que recebeu a delegação do poder soberano de julgar. É desobediência à corte, através de franca oposição ou de desdenho à autoridade, ou dignidade, ou de justiça da corte. Frequentemente, consiste em uma das partes fazer o que entender mais conveniente para si, ou em não fazer o que lhe foi ordenado, comandado ou requerido através de um decreto, ordem ou processo.⁶¹

59 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84). 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 180.

60 ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 18-37, jul-set, 2003, p. 18-19.

61 MOTTA, Cristina Reindolff da. *Desacato a Ordem Judicial*. 2002. 233 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002. p. 54.

Portanto, a influência do sistema da *Common Law*, advindo dos Estados Unidos da América, acarretou mudanças em vários ordenamentos jurídicos pelo mundo. No Brasil não foi diferente, o legislador brasileiro, principalmente na última década, importou alguns institutos norte-americanos para o sistema nacional, dentre eles: o *contempt of court*. A inserção de inc. V e parágrafo único ao art. 14, obra da Lei 10.358, de 17.12.2001, demonstra o referido espelhamento.

Márcio Louzada Carpena assevera:

A exposição de motivos do Projeto (n.º 3.475/00) que deu origem à atual redação do art. 14 do CPC, aliás, bem ilustra o desiderato do legislador em robustecer a ética no processo civil, muito especialmente a partir da exigência de conduta leal e proba que deve nortear a atuação da dialética, impondo a cooperação como um dever (obrigação) de todos os cidadãos, partes ou não no feito. No diapasão de reprimir o desrespeito em benefício do prestígio e imperatividade da Justiça se mostra, então, patente a importância de tal dispositivo legal.⁶²

Diga-se, contudo, que a idéia de *contempt of court* não fica adstrita somente ao referido artigo. O consagrado processualista Araken de Assis define o instituto como “a ofensa ao órgão judiciário ou à pessoa do juiz, que recebeu o poder de julgar do povo, comportando-se a parte conforme suas conveniências, sem respeitar a ordem emanada da autoridade judicial.”⁶³

Outrossim, Edward Dangel entende que o *contempt of court* se trata da desobediência das ordens emanadas pelo juiz ou até mesmo pela pura e simples desobediência legal. Da mesma maneira, tal desobediência se estende até a interrupção, através do mau comportamento, do deslinde “normal” dos procedimentos, maculando a imagem do Judiciário e do Legislativo.⁶⁴

Conclui Luiz Antônio Miranda Amorim Silva que esse desígnio anglo-saxão engloba quaisquer das ofensas ao judiciário. Atenta-se que os países que adotam a *Common Law* utilizam dos mecanismos da prisão e da multa para encarar o *contempt of court*. Entretanto no Brasil, diferentemente, utiliza-se, em princípio, do instrumento da multa para

62 CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 200.

63 ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 18-37, p. 20 jul-set, 2003.

64 DANGEL, Edward M. *National lawyer's manual of contempt, including civil and criminal contempts*. Boston: National Lawyer's Manual Company, 1939, p. 2.

garantir o respeito ao Poder Judiciário, entendendo-se que a prisão⁶⁵, nessa hipótese, negaria à constituição.⁶⁶

Nessa senda, imprescindível a busca de mecanismos para dar ensejo ao respeito às decisões judiciais. “Tolerar procedimentos abusivos e desafiadores da Justiça é permitir a ruína da organização estatal”⁶⁷.

65 Elucida Araken de Assis: “Evidentemente, a ameaça de prisão constitui meio de notória eficiência para induzir o destinatário da ordem, e às partes, em geral, ao cumprimento da ordem judicial. Qual é sua compatibilidade com o ordenamento brasileiro? (...) Assim, o art. 5.º, LXVII, somente autoriza a prisão, e a título excepcional, do devedor de alimentos e do depositário infiel. Apesar do campo de atuação restrito, o êxito do mecanismo parece indiscutível. A seu favor, o alimentário e o depositante depõem, com um suspiro de alívio e de gratidão; os juízes, de seu turno, guardam a melhor das impressões do seu uso, porque resolvem o problema de maneira rápida, atendendo o interesse básico de quem clama por alimentos. Ao propósito, o encantador realismo de experiente e sensível magistrado diagnosticou que, decretada a prisão “o dinheiro sempre aparece”. (...) As armas do órgão judiciário brasileiro perante as atitudes desafiadoras das partes e outros figurantes do processo se cingem à aplicação de multas. Sanções dessa natureza não abalam alguém desprovido de patrimônio. (...) A prisão civil funda-se no inadimplemento imputável de dívida, e, não, no desatendimento à ordem judicial (...). Nada obstante, vencidas as resistências ideológicas, é possível introduzir a prisão por desacato à autoridade judiciária no ordenamento brasileiro? Em princípio, o crime de desobediência (art. 330 do CPB) equipara-se ao contempt of court criminal. Porém, distingue-se do seu modelo em ponto capital: não visa a induzir ao cumprimento, senão de modo indireto e longínquo, mas a reprimir a lesão a determinado bem jurídico. (...) É preciso ter em mente, neste delicado e controvertido assunto, o princípio estrita legalidade (art. 5.º, XXXIX, da CF/88 e art. 1.º do CPB). Em matéria penal, diferentemente do que sucede nos domínios civis, pouco espaço há para conceitos jurídicos indeterminados e interpretações por analogia. Sob tal perspectiva rigorosa, o tipo penal do art. 330 do CPB não favorece, absolutamente, a introdução definitiva do contempt of court. Em primeiro lugar, o art. 330 do CPB (...) contemplando os crimes praticados por particulares contra a Administração Pública. Idêntica é a situação do crime de resistência (art. 329 do CPB). Em ambos os casos, o sujeito ativo do crime é apenas o particular, e o sujeito passivo a Administração. Somente através de forçada e artificial extensão, no fundo, se pode incluir a autoridade judiciária no âmbito da “Administração”. (...) Ademais, servidor público somente pratica, por hipótese, o crime de desobediência, despidendo-se da sua inerente condição;” (ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 18-37, jul-set, 2003, p. 31-33). O autor entende, outrossim, que quem não tem competência para cumprir às providências legais exigidas, tampouco pode ser condenado ao crime de desobediência. Assim, conclui que “Esta última exigência contrasta, claramente, com a indeterminada planície do art. 14, caput, do CPC, que põe sob o guante judicial as partes “e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.” (...) Essas dificuldades técnicas revelam quão longe se encontra o direito pátrio de consagrar o contempt of court criminal. Na verdade, a sanção penal constitui ameaça longínqua, sujeitando-se a percalços na tipificação. (...) Exemplo de tutela penal precisa e clara se localiza na execução de alimentos. O art. 21 da Lei 5.478/68 reformulou o art. 244 do CPB, tipificando a conduta do alimentante: de um lado, é crime deixar de “prover a subsistência” do alimentário; de outro, incorre em idêntica pena o alimentante que, solvente, “frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função”, o pagamento dos alimentos.” (Ibidem, p. 33-35).

66 SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. As astreintes e a improcedência da demanda. *Revista da AGU*, Brasília. v.7, n.15, p.148-168, p.157, mar. 2008.

67 CARPENNA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 201.

A oposição aos atos atentatórios às decisões judiciais deve ser contínua, “na medida em que se mostra fator contundente para proporcionar maior efetividade à atividade jurisdicional e apresenta inegável caráter pedagógico⁶⁸”⁶⁹.

Especificamente a respeito do dever, pelo executado, da apresentação de bens a serem constritos, Márcio Louzada Carpena assevera:

Doravante, há a obrigação de o executado, mediante a discriminação de seu acervo patrimonial, colaborar com o exequente para que este escolha entre a gama de bens apresentada, aquele(s) que julgar mais adequado(s), observada a regra do art. 655 e as peculiaridades do caso em específico, a satisfazer o seu direito material. Por certo, de nada adiantaria fortalecer-se o dever de lealdade e colaboração do demandado no processo executivo, atrelando, por exemplo, a aplicação de multa de até 20% (vinte por cento) do valor em execução para o caso de propositura de embargos à execução manifestamente protelatórios (art. 740, parágrafo único, CPC), se não se combatesse o momento mais crítico e nevrálgico do processo expropriatório que é, com certeza, aquele em que se escolhe e se delimita o patrimônio do devedor a ser desapropriado, a fim de satisfazer-se o crédito do então demandante.⁷⁰

Cabe não olvidar que pela nova disposição legal, o executado não mais será intimado para solver sua dívida ou nomear bens a penhora quando da apresentação da execução. A nomeação de bens à penhora, agora, fica à cargo do exequente e poderá ser feita na própria petição inicial (art. 652, parágrafo 2º, CPC). Entretanto, o exequente poderá requerer ao magistrado que determine a intimação do devedor para apresentação de bens passíveis de constrição, caso aquele não possa fazer.⁷¹ “Calha observar que a referência legal introduzida, no sentido

68 Verifica-se que o grau de culpa e dolo do agente será fator fundamental para a viabilidade da aplicação de uma sanção civil, e Maria Celina Bodin de Moraes (em que pese ser veemente em sua posição de negação da pena privativa de liberdade no ordenamento jurídico brasileiro) ensina que é imprescindível que: “se verifique, no caso concreto, se conduziu mal o agente ofensor, dando ocasião, assim, à elaboração de um juízo de proporcionalidade entre a conduta e o dano e, portanto, a individualização da sanção” (MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p.212).

69 CARPENNA, op. cit., p. 201.

70 CARPENNA, Márcio Louzada. *Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em 10 mai de 2011.

71 Aqui a questão merece atenção: o executado não deverá ser intimado para indicar bens à penhora, mas, sim, para indicar bens passíveis de penhora! A referência legal é absolutamente clara, e o propósito da

de exigir-se a cooperação do devedor na apresentação do patrimônio a ser constrito, representa um verdadeiro avanço.”⁷²

Importa abordar, antes de encerrarmos este estudo, as *sanções pelo descumprimento injustificado do dever de indicação de bens pelo executado. A omissão injustificada do devedor quanto ao dever de indicação da localização dos bens sujeitos à execução (CPC, art. 600, IV) é contrária à lealdade e à boa-fé e retarda ou até mesmo compromete a entrega da prestação jurisdicional. Quanto a tal conduta lesiva, prevê o CPC em disposições aplicáveis ao Processo do Trabalho (exegese CLT, art. 889 e Lei 6.830/80, art. 1º):*

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

norma é evidente: evitar a velha e conhecida situação, até então diariamente vivenciada nos foros, de o devedor fazer a nomeação de bens à penhora, porquanto a vida já demonstrou que tal circunstância, em regra, descamba para uma indicação de bens sem valia ou de difícil alienação, o que, por si só, como se disse, acaba por retardar o andamento do processo e conseqüentemente a satisfação do direito do credor. ([...]) Segundo nosso entendimento, a *regra* é no sentido de que o devedor deverá ser intimado para apresentar todo o seu patrimônio em juízo, a fim de que o credor possa selecionar um ou alguns bens sobre os quais recairá a constrição e posterior expropriação. Evidentemente que, a partir de tal momento, o processo deverá passar a correr em regime de segredo de justiça, até mesmo para a preservação da “intimidade patrimonial” do devedor. Aliás, seguindo tal propósito, é importante notar que o juiz poderá determinar, inclusive, que o rol patrimonial do devedor não seja juntado aos autos, mas, sim, fique depositado em cartório até a finalização da lide.([...]) Nesse diapasão, segundo nosso parecer, a *regra* é de apresentação de todo o acervo patrimonial. No entanto, se o caso concreto recomendar, a regra pode ser excepcionada. Evidentemente, se se verificar que a juntada de toda a extensão patrimonial do devedor não se mostrar proporcional ao caso dos autos, poderá o magistrado restringir a obrigação. Não há sentido em, por exemplo, determinar que uma grande empresa apresente todo o seu extenso patrimônio em uma execução cujo crédito executado seja de poucos salários mínimos. Pode e deve o julgador, neste caso, autorizar a apresentação parcial dos bens, desde que suficientes para garantir o juízo e satisfazer de maneira célere o eventual direito afirmado pela parte exequente.([...]) Nesses termos, previamente à intimação do executado para apresentar os bens a serem escolhidos para expropriação pelo credor, deverá o juiz definir qual é a extensão do inventário a ser apresentado, podendo, todavia, posteriormente, estendê-lo mediante a análise da conduta do devedor e dos interesses do credor, segundo o que se referiu acima. Cumpre registrar, por oportuno, que a indicação por parte do executado de inventário falso, incompleto ou posteriormente verificado irreal (omissão de patrimônio), constitui comportamento temerário e absolutamente inaceitável, em legítimo abuso de direito. ([...]) A configuração de ato abusivo gera a incidência das sanções previstas nos arts. 17 e 18 do CPC, sem prejuízo da aplicação das multas consignadas nos arts. 14 e 601, do mesmo diploma legal. Não obstante tais regras acima, o fato é que o magistrado continuará autorizado a requisitar colaboração de terceiros para, ante a negativa do executado, descobrir qual é o seu patrimônio penhorável. O auxílio dos departamentos públicos e da própria Receita Federal, por certo, é medida que permanece útil e que se impõe em nome da eficiência da atividade jurisdicional. (CARPENA, Márcio Louzada. Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em 10 mai de 2011.)

72 CARPENA, Márcio Louzada. Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas.

Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 de maio de 2011.

[...]

V - CUMPRIR COM EXATIDÃO OS PROVIMENTOS MANDAMENTAIS E NÃO CRIAR EMBARAÇOS À EFETIVAÇÃO DE PROVIMENTOS JUDICIAIS, de natureza antecipatória ou final.

Parágrafo único. [...] a violação do disposto no inciso V deste artigo CONSTITUI ATO ATENTATÓRIO AO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável MULTA em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado.

[...]

SEÇÃO II

DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

[...]

IV - OPUSER RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA AO ANDAMENTO DO PROCESSO;

V - PROCEDER DE MODO TEMERÁRIO EM QUALQUER INCIDENTE OU ATO DO PROCESSO;

[...]

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

[...]

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a vinte por cento sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

[...]

*LIVRO II DO PROCESSO DE EXECUÇÃO - TÍTULO I -
CAPÍTULO V DAS DISPOSIÇÕES GERAIS*

Art. 598. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

[...]

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que:

[...]

IV - INTIMADO, não indica ao juiz, EM 5 (CINCO) DIAS, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora E SEUS RESPECTIVOS VALORES[...]

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em MULTA fixada pelo juiz, em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual que reverterá EM PROVEITO DO CREDOR, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

O ato atentatório à dignidade da Justiça por omissão, quanto à indicação do local dos bens prejudica tanto o Poder Judiciário quanto ao exequente, deflagrando as seguintes multas cumulativas: (a) uma em prol da União ou do Estado, conforme o caso, nos termos do CPC, art. 14, parágrafo único; (b) outra, em prol do próprio exequente, nos termos do caput do art. 601 do CPC.

A destinação diversa das sanções do art. 14, parágrafo único e do art. 601, e a expressa previsão, em cada qual deles, de que elas não prejudicam outras da legislação processual, revelam que tais multas são cumulativas.

Já a multa por litigância de má-fé, prevista no caput do art. 18 do CPC, não tem lugar em face da especialidade do art. 601 do CPC, para o caso de não cumprimento da determinação de indicação dos bens, ambas com o mesmo caráter sancionador (em percentuais superiores inclusive), obstando nova multa em prol do exequente que implicaria bis in idem.

Remanesce, porém, a possibilidade de cumulativamente às multas do CPC, art. 14, parágrafo único e art. 601, imputar ao executado o dever de indenizar, por perdas e danos, os prejuízos que o exequente sofreu (CPC, artigos 16 e 18, caput e §2º).

Com efeito, ao passo que as multas têm caráter sancionador do ilícito praticado, a indenização prevista no art. 18 visa à reparação de prejuízos que o credor sofreu; as primeiras não excluem a segunda em razão da finalidade de cada qual, prevalecendo no caso a cumulação de medidas referendada inclusive tanto no art. 14, parágrafo único quanto no art. 601 do CPC.

A cumulação das multas com a indenização revela a subsistência de repressão ao executado mesmo na hipótese do parágrafo único do art. 601 do CPC, segundo o qual a pena será relevada se: (i) o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente; (ii) e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

O perdão legal, satisfeitos os pressupostos, abrange apenas a multa do art. 601, caput, do CPC, sem prejuízo daquela do art. 14, parágrafo único e da indenização na forma dos artigos 16 e 18 do CPC (exegese do CPC, art. 601, parágrafo único).

Além disso, a isenção da pena do art. 601 só prevalece quando atendidos cumulativamente os pressupostos, assumindo o executado o compromisso de não reiterar a conduta e ofertando à execução meio alternativo/eficaz de sua satisfação mediante a obtenção de fiador idôneo (v.g., fiança bancária), motivando o favor legal.

A benesse não tem lugar nas hipóteses em que, embora assumindo o compromisso de não reiterar a conduta ilícita, o executado não oferta ao juízo meio alternativo e eficaz para a satisfação da execução (exegese CPC, art. 601, parágrafo único cc LICC, art. 5º).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude da legislação vigente, o executado deve atuar cômico de que não se exime do dever de colaborar com o Judiciário (CPC, art. 339) e de que se encontra em estado de sujeição em relação ao exequente (princípio da preeminência do exequente – CPC, art. 612).

A condução *branda* da execução relegou ao *descrédito* as ordens judiciais inculcando no executado a idéia de que ele não precisa cumprilas, tampouco cooperar, tudo aos auspícios da freqüente impunidade prejudicial à efetividade.

Tornou-se corriqueiro o decurso do prazo para pagamento sem qualquer providência pelo executado, o qual, ao invés de colaborar, geralmente atua de sorte a frustrar o cumprimento da decisão.

Os esforços legislativos das últimas reformas (todos dirigidos à efetividade da tutela jurisdicional) impõem aos juízes a adoção de hermenêutica mais rígida, intransigente em relação à injustificada mora/inadimplência no cumprimento das ordens judiciais, tendo sempre em mente que: (1) a dignidade da Justiça pressupõe a adoção de hermenêutica intransigente para com a inobservância aos deveres de cooperação e de indicação de bens, resgatando o respeito às ordens judiciais e assegurando a efetividade e celeridade da prestação jurisdicional; (2) no Processo Civil atual o mero decurso dos prazos para cumprimento da decisão ou para pagamento do valor em execução sem indicação de bens pelo devedor não são suficientes para a configuração de ato atentatório à dignidade da Justiça sendo necessária a intimação dele para tal fim; (3) a infração ao dever de indicação de bens configura ato atentatório à dignidade da Justiça, autorizando a cominação cumulativa de multas (em prol da União ou do Estado e do exequente) sem prejuízo de indenização nos termos dos artigos 16 e 18 do CPC; (4) o perdão assegurado no parágrafo único do art. 601 do CPC só exime o executado, satisfeitos os pressupostos, quanto à multa do caput do mesmo dispositivo, não o eximindo da multa do art. 14, parágrafo único, do CPC e da indenização do art. 18 do mesmo diploma.

Aspecto relevante concerne à indicação de bens para serem penhorados, âmbito no qual o juiz, por sua posição, depende da efetiva colaboração das partes para poder imprimir eficácia ao desenvolvimento da atividade executiva. A Lei nº 11.232, alterando o CPC, facultou ao exequente nomear, desde logo, quando do requerimento da expedição do mandado de penhora, bens do executado passíveis de constrição. Possibilitou, desta forma, que o próprio autor, atuando na defesa de seus interesses, efetue pesquisa prévia de bens e indique aqueles que foram localizados, de modo a tornar frutífera a diligência do Oficial. Trata-se de claro exemplo da cooperação da parte com o bom desenvolvimento da execução; com efeito, sendo do maior interesse

do exequente encontrar bens penhoráveis, a sistemática tende a ser mais eficaz do que a da prévia nomeação de bens pelo executado, quando a tendência favorecia indicações procrastinatórias e de pouca seriedade.⁷³

Conforme o art. 600, inciso IV do CPC, na redação da Lei nº 11.232, a colaboração do devedor é *incentivada mediante a instituição do* dever de apontar onde estão os seus bens sujeitos à penhora. Referida previsão busca retirar dos ombros do exequente e do Judiciário a localização física dos bens, adotando a lógica mais simples de suscitar a colaboração da parte conhecedora da situação dos bens. Naturalmente, a colaboração da qual se cogita, porque presumivelmente contrária aos interesses do executado, mereceu o necessário reforço legal, tendo-se o não cumprimento do mencionado dever como *ato atentatório à dignidade da justiça*. O exame comparativo da legislação processual civil evidencia outros exemplos característicos de institutos cooperativos na execução por expropriação. A *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola prevê, no seu art. 640, a possibilidade de exequente e executado convencionarem o meio mais eficaz de transformação dos bens penhorados em dinheiro. A cooperação do executado no sentido da efetivação da penhora é igualmente prevista no art. 848-A do Código de Processo Civil português.⁷⁴

A exploração do tema lança luzes sobre as decisões judiciais não autossuficientes e sobre a atividade judicial que as segue, voltada para a adequação da realidade sensível ao pronunciamento judicial. A compreensão de sua natureza jurisdicional determina que atividade material do juiz fique submetida ao regime constitucional do processo civil, integrando-a num *modelo* de processo essencialmente *cooperativo*. A colaboração das partes na concretização da decisão da causa é polarizada pelos valores da *efetividade* e da *segurança*, conferindo impulso, por um lado, aos atos destinados a efetivar as medidas materiais (coercitivas ou sub-rogatórias), e permitindo, por outro, o controle da legitimidade dos atos judiciais que atuam sobre a esfera jurídica do réu. A cooperação das partes, à luz do contraditório,

73 GORON, Lívio Goellner. Colaboração na concretização da decisão da causa. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72028>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

74 GORON, Lívio Goellner. Colaboração na concretização da decisão da causa. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72028>>. Acesso em: 21 de junho de 2011.

mais do que condição de uma tutela efetiva dos direitos, *constitui-se em pressuposto para o justo desenvolvimento da atividade material do juízo*.⁷⁵

Como bem apontado por Lívio G. Goron, como afirma Michele Taruffo, a “melhor” execução forçada é a execução que não se mostra necessária.⁷⁶ Isso se tivermos como premissa básica o dever de colaboração de todos os “atores do processo”.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. O contempt of court no direito brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, p. 18-37, jul-set, 2003.

ASSIS, Araken. *Dever de veracidade das partes no processo civil*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20100810135544.pdf> Acesso em 13 mai 2011)

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Revolução Processual Inglesa*. Disponível em: <<http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll?f=templates&fn=main.htm&2.0>>.

CARPENA, Márcio Louzada. *Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>>. Acesso em: 10 maio de 2011.

CARPENA, Márcio Louzada. *Do processo cautelar moderno*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO FILHO, Antônio. *Obtenção transnacional de prova em matéria civil e comercial*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Obten%C3%A7%C3%A3o%20transnacional%20de%20prova%20em%20mat%C3%A9ria%20civil%20ou%20comercial%20-%20artigo.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2011.

DANGEL, Edward M. *National lawyer's manual of contempt, including civil and criminal contempts*. Boston: National Lawyer's Manual Company, 1939.

75 GORON, Lívio Goellner. Colaboração na concretização da decisão da causa. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72028>>. Acesso em: 21 junho 2011.

76 GORON, Lívio Goellner. Colaboração na concretização da decisão da causa. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=72028>>. Acesso em: 21 junho 2011.

GORON, Lívio Goellner. Colaboração na concretização da decisão da causa. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 19, n. 73, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=72028>>. Acesso em: 21 junho 2011.

HANBURY-YARDLEY, *English Courts of Law*, Oxford, 1979.

JACOB, *The Fabric of English Civil Procedure*, Londres, 1987; JOLOWICZ, *On Civil Procedure*, Cambridge.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. t. I.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Por uma nova teoria geral da ação: as orientações unitárias e a orientação dualista da ação. *Revista de Direito Processual Civil Gênesis*, Curitiba, v. 7, n. 26, p. 711-734, out./dez. 2002.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A sentença mandamental: da Alemanha ao Brasil. In: *Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- MOTTA, Cristina Reindolff da. *Desacato a Ordem Judicial*. 2002. 233 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 29, n. 113, p. 9-21, jan./fev. 2004.
- _____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil: volume 1*, teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, Luiz Antônio Miranda Amorim. As *astreintes* e a improcedência da demanda. *Revista da AGU*, Brasília. v.7, n.15, p.148-168, mar. 2008.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. II.
- _____. Direito material e processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. Jurisdição e execução na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84)*. 2.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução de Teresa Celina de Arruda Alvim Pinto. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 15, n. 59, p. 72-97, jul./set. 1990.

_____. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 32, n. 144, p. 57-84, fev. 2009. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TARUFFO, Michele; HAZARD JÚNIOR, Geoffrey. Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions. *Notre Dame Law Review*, n. 73, 1998.

TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas de direito e processos coletivos*. Porto Alegre: HS, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário); Lei 10.444/2002; Lei 10.358/2001 e Lei 10.352/2001*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MUDANÇA DE PARADIGMA NA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL E SEUS REFLEXOS NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

*A PARADIGM SHIFT IN THE FEDERAL PUBLIC LAW AND
ITS CONSEQUENCES IN SOCIAL SECURITY LAWSUIT*

Grégore Moreira de Moura

*Procurador Federal. Chefe da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS
em Belo Horizonte-MG desde 2009. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Autor
do livro Do princípio da Co-culpabilidade. Impetus, 2006.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 a nova visão da AGU; 2 a PFE-INSS e o INSS como Órgãos Pioneiros na redução de demandas; 3 Premissas e Vantagens da Conciliação; 4 Evolução Normativa no Âmbito da AGU, do INSS e da PFE-INSS - o viés conciliador; 5 Redução de Demandas Previdenciárias: objetivos e efeitos; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar a mudança de paradigma que permeia a missão e a estrutura da Advocacia Pública Federal com o objetivo de fomentar uma advocacia de Estado, na busca do reconhecimento do seu verdadeiro papel na sociedade brasileira.

Neste aspecto, destaca-se o novo papel do advogado público, com o objetivo de fomentar a conciliação, a fim de que sejam reduzidas as demandas processuais, principalmente nos processos de natureza previdenciária, abordando os aspectos normativos e práticos deste novo desafio, na busca da conciliação, com o fim de resolução material de conflitos de interesses.

ABSTRACT: The present study aims at demonstrating the paradigm shift that permeates the mission and structure of Federal Public Law with the aim of encouraging a State law, seeking recognition of their true role in Brazilian society.

In this respect, we highlight the new role of public advocate, with the aim of promoting reconciliation, so that procedural demands are reduced, especially in the processes of security nature, addressing the normative and practical aspects of this new challenge in the search conciliation, with the aim of solving materially solving conflicts of interest.

PALAVRAS-CHAVE: Mudança de Paradigma. Nova Visão da Advocacia-Geral da União. Redução de Demandas. Conciliação nos Processos Previdenciários. Evolução Normativa. Papel do Advogado Público.

KEYWORDS: Paradigm Shift . New Vision of the Attorney General of the Union. Demand Reduction Reconciliation. Process In Retirement. Evolution-Regulatory Role of the Public Advocate.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a mudança de paradigma que permeia a missão e a estrutura da Advocacia Pública Federal com o objetivo de fomentar uma advocacia de Estado, na busca do reconhecimento do seu verdadeiro papel na sociedade brasileira. Inserido neste contexto, trazemos à baila uma das vertentes que demonstram o novo caminho a ser seguido pelos advogados públicos, qual seja a feitura de acordos e a importância do seu papel na redução de demandas tanto pré-processuais como endo-processuais, mormente nas ações de cunho previdenciário.

Desta feita, desenvolveremos o tema trilhando o seguinte caminho: 1) a nova visão da AGU (Advocacia Geral da União); 2) A PFE-INSS e o INSS como órgãos pioneiros na realização de acordos judiciais; 3) Premissas e vantagens da conciliação; 4) Evolução normativa no âmbito da AGU, da PFE-INSS e do INSS – O viés conciliador; 5) Redução de demandas previdenciárias: objetivos e efeitos; 6) Conclusão.

1 A NOVA VISÃO DA AGU

A Advocacia Geral da União foi efetivamente criada na Constituição Federal de 1988 figurando no capítulo relativo às funções essenciais à Justiça. Portanto, a própria disposição topográfica da AGU na Carta Magna indica sua natureza jurídica, tendo já demonstrado sua missão em *slogan* já adotado pelo órgão que dizia: “*AGU-Cidadã: Direito de Todos. Dever do Estado*”.

Ora, a simples leitura constitucional da AGU, bem como o *slogan* que move a Instituição, já demonstra a superação da dicotomia Advocacia de Estado X Advocacia de Governo, isto é, hoje o papel da Instituição não é promover a representação judicial e extrajudicial do Governo A ou B, mas sim defender o Estado Brasileiro, através do primado dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública esculpidos no art. 37 da Carta Constitucional.

Conforme leciona Thomas Kuhn estamos, portanto, diante de uma mudança de paradigma¹, ou seja, do modelo teórico da advocacia de governo para a advocacia de Estado, como decorrência da adoção de um Estado Democrático de Direito.

1 Paradigma segundo o autor são “determinados modelos teóricos e métodos advindos de uma forma de compartilhar objetivos, formas de pensar, marcos teóricos, ou seja, a mesma visão de mundo”. (KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, p. 220, 2003.)

Logo, superada está a fase da defesa de interesses governamentais ou da busca desenfreada pela litigiosidade até as últimas instâncias, já que os advogados públicos federais buscam a defesa da sociedade brasileira. Portanto, clara está a nova visão da AGU, confirmada em suas Diretrizes Estratégicas, quando define que sua missão é: *“Exercer a Advocacia Pública da União em benefício da sociedade por meio da proteção jurídica do Estado”*.

Enfim, nos dias atuais, o advogado público tem total apoio institucional e legal para promover a conciliação e a redução de processos, principalmente nas ações previdenciárias, isto é, é dever do advogado público sair da passividade para a proatividade.

2 A PFE-INSS E O INSS COMO ÓRGÃOS PIONEIROS NA REDUÇÃO DE DEMANDAS

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é órgão pioneiro na questão da redução de demandas, malgrado seja uma das partes que mais figura no pólo passivo de demandas judiciais.

A primeira normatização que se tem notícia de redução de demandas no INSS remonta à década de 70. Todavia, houve um recrudescimento das fraudes contra a Previdência Social na década de 80, inclusive com participação de funcionários públicos, o que levou ao engessamento da liberdade de transacionar do advogado público.

Todavia, ainda no ano de 2002, o INSS editou a OIC/INSS/DCPRES/ PROCGER nº 56/2002 que regulava a conciliação nos juizados especiais e a designação de prepostos para acompanhamento dos processos naquele órgão do Poder Judiciário. Após, editou a Resolução CNPS nº 1.245/2004, hoje revogada, que regulamentava a oportunidade de formalização de desistência ou transigência judiciais em ações previdenciárias.

Tudo culminou com a disseminação nacional do Programa de Redução de Demandas previsto na Portaria Interministerial AGU/MPS nº 07 de 11/03/2009 que revolucionou a atuação da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, visto que abarcou uma verdadeira mudança de mentalidade no âmbito da Advocacia Pública Previdenciária, dando segurança e orientações jurídicas aos procuradores, através da padronização de defesa, alinhamento estratégico e aproximação das diversas esferas de direção da Procuradoria e do INSS.

Assim, a PFE-INSS e o INSS saíram na frente buscando atingir a missão institucional da AGU, bem como da Autarquia Previdenciária que é “*garantir proteção ao trabalhador e sua família, por meio de sistema público de política previdenciária solidária e inclusiva e sustentável, com objetivo de promover bem-estar social*”, servindo de exemplo a todos os órgãos da administração pública na solução consensual de conflitos.

3 PREMISSAS E VANTAGENS DA CONCILIAÇÃO

No dicionário² encontramos a palavra conciliar com o seguinte significado: “Pôr em boa harmonia; reconciliar. Aliar, combinar. Estar ou pôr-se de acordo; harmonizar-se”.

Já na seara jurídica conciliação é um instituto que se caracteriza pela premissa maior de resolução material ou substancial do conflito de interesses, isto é, a conciliação jurídica harmoniza as partes e coloca uma pá de cal no conflito de interesses surgido, porém não apenas de maneira formal, visto que gera nas partes envolvidas a sensação de pacificação do conflito social, revolvendo de maneira efetiva a lide.

Logo, a conciliação atende ao interesse social e à sociedade como um todo, cabendo ao advogado público promovê-la sempre que seja legalmente possível e esteja convencido da existência do direito do cidadão. Vale advertir que a proposta de conciliação é ato privativo do advogado público, não podendo o Poder Judiciário interferir nesta faculdade garantida ao representante judicial do órgão público.

A conciliação pode ser feita antes de iniciada a ação judicial ou depois, portanto, pode ser pré-processual ou endo-processual.

Na fase pré-processual cabe ao advogado público atuar de maneira proativa quando exerce a função de consultoria e assessoramento do órgão público, não se atendo apenas a responder questionamentos jurídicos, mas se imiscuindo nas questões de fundo, inclusive normativas e procedimentais, propondo, se for o caso, alterações e adequações nas normas internas e procedimentos do órgão assessorado, a fim de evitar futuras demandas judiciais³. Talvez esse seja o principal papel do advogado público na redução de demandas previdenciárias, pois atua na causa e não no efeito.

2 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio. Dicionário da Língua Portuguesa*. 6. ed. Curitiba: Positivo Perspectiva, 2005. p. 253.

3 O já citado Programa de Redução de Demandas possui forte vertente pré-processual, sendo que houve até mesmo criação de Grupo de Trabalho denominado GT Redução de Demandas formado por

Vale lembrar que a AGU possui órgão específico com a finalidade de solução de conflitos entre órgãos públicos que pode exercer a função de conciliação pré-processual. Trata-se da Câmara de Conciliação da Administração Federal – CCAF cujo objetivo principal é dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios⁴. Hoje, muitos contratos firmados entre órgãos públicos já preveem a utilização da CCAF em seu texto, prevenindo litígios, como nos contratos do INSS com a DATAPREV, o contrato de rateio da Autoridade Pública Olímpica, dentre outros.

Já a conciliação endo-processual pode se dar de várias formas como o reconhecimento do direito, a transação, a desistência da ação, a não interposição de recurso e a desistência do recurso interposto.

No âmbito previdenciário todas estas práticas conciliatórias já têm sido adotadas pelo Procurador Federal com base nas diversas normas que regulamentam a matéria no âmbito da AGU, da PFE-INSS e do INSS, o que tem diminuído sensivelmente o número de erros administrativos por parte da Autarquia Previdenciária, bem como tem reduzido o número de processos judiciais.

4 EVOLUÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DA AGU, DO INSS E DA PFE-INSS - O VIÉS CONCILIADOR

Aliado ao novo espírito que permeia a Advocacia Geral da União, o INSS e a PFE-INSS editaram várias normas com o objetivo primordial de concretizar o viés conciliador comum aos três órgãos, na busca do fim primordial do Estado Brasileiro, qual seja atingir o bem comum.

Para isso, não bastava ter missões institucionais bem definidas e planejamentos estratégicos delimitados. Era preciso normatizar e balizar a atuação dos advogados públicos.

Assim, foram publicadas normas que disciplinam tanto o aspecto material quanto formal da realização de práticas conciliatórias no âmbito da AGU, do INSS e da PFE-INSS.

procuradores federais, a fim de propor alterações em todas as normas internas do INSS. O subscritor participou deste GT.

4 A CCAF é órgão da Consultoria-Geral da União, foi criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007 e é regulamentada pela Portaria AGU nº 1.281/2007, bem como pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

Podemos citar as Portarias AGU nº 505/2002 e nº 109/2007 que somente se aplicavam aos feitos dos Juizados Especiais. Depois foi editada a Portaria AGU nº 990/2009 que delegou competência para o Procurador Geral Federal autorizar transações e acordos e por fim foi publicada a Portaria nº 915/2009, atualmente em vigor, que permitiu a conciliação para todos os foros, inclusive aqueles submetidos ao rito ordinário.

Além disso, foram expedidas orientações internas conjuntas, resoluções, despachos da Coordenação Geral de Matéria de Benefícios da PFE-INSS, dentre os quais podemos citar a Resolução CNPS nº 1.303/2008, a qual fixou valores e competências para desistências e transações judiciais.

5 REDUÇÃO DE DEMANDAS PREVIDENCIÁRIAS: OBJETIVOS E EFEITOS

Como já dito alhures, no âmbito do INSS e da Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS (PFE-INSS) foi criado um Programa de Redução de Demandas Previdenciárias cujo principal objetivo é diminuir a litigiosidade, ou seja, solucionar os conflitos na esfera administrativa, reconhecer o direito do cidadão na esteira da legalidade, diminuir o erro administrativo, aprimorar procedimentos e normas internas para adequação à legalidade e constitucionalidade das mesmas, melhorar o processamento de recursos administrativos, concatenar as fases do processo administrativo previdenciário, enfim, evitar que surja uma demanda judicial com a melhoria e busca de excelência do serviço a ser prestado ao cidadão-segurado.

Portanto, o foco principal da redução de demandas é a atuação na causa do problema, ou seja, evitar que a decisão administrativa seja encaminhada ao Poder Judiciário. Acaso não se consiga atingir tal desiderato e haja o ajuizamento da ação junto ao Poder Judiciário, o Programa também prevê formas proativas de atuação voltada para as práticas conciliatórias, como já explicitado no item 2 deste trabalho.

Em suma, tanto na fase pré-processual como na endo-processual o Programa de Redução de Demandas vem sendo um importante fomentador de melhora da qualidade do serviço prestado ao segurado-cidadão e, por conseguinte, à sociedade brasileira.

Podemos citar como exemplos de ações do programa: a elaboração de diversos projetos de leis; a edição da Resolução 70 INSS/PRES de 2009 que enxugou as normas previdenciárias; a criação do processo administrativo previdenciário; a alteração da IN 45 INSS/PRES de 2010; o

projeto de conciliação nos Tribunais Superiores⁵; os projetos de conciliação no âmbito das Turmas Recursais; a realização de mutirões previdenciários; a criação prática de uma “nova fase processual” no Juizado Especial para promover a viabilidade de conciliações, dando vista à Autarquia sobre a possibilidade de conciliar; a realização de perícias conjuntas entre o INSS e o Poder Judiciário, através da centralização em salas próprias nas dependências da Justiça Federal; atuação proativa pelos advogados públicos realizando diversas conciliações e assumindo o papel de agente de Estado no reconhecimento do Direito, sem contar a economia gerada para os cofres públicos tanto de maneira direta quanto indireta.

Para se ter uma idéia da mudança de paradigma no âmbito da Procuradoria Geral Federal, bem como a busca da redução de demandas, transcrevo quadro relativo às desistências e acordos realizados no mês de agosto de 2011, sendo que a grande maioria ocorreu em ações previdenciárias, publicados na Ordem de Serviço nº 01/2011 – DEPCONT/PGF/AGU.

Região	Acordos	Economia estimada	Valor Pago
1ª Região	4.068	R\$ 18.412.406,80	R\$ 23.149.069,83
2ª Região	206	R\$ 1.499.159,38	R\$ 2.211.915,96
3ª Região	1.210	R\$ 3.399.178,12	R\$ 10.099.686,93
4ª Região	1.464	R\$ 2.222.345,28	R\$ 8.995.456,42
5ª Região	2.448	R\$ 6.882.620,93	R\$ 11.711.375,16

Assim, a redução de demandas⁶ tem atingido suas metas como: reconhecer direitos do segurado, tendo em vista as peculiaridades do

5 PORTARIA CONJUNTA INSS/PGF/PFE-INSS Nº 5, DE 16 DE OUTUBRO DE 2009 que autoriza a criação de Grupos de Trabalho para analisar a possibilidade de realizar transações em processos judiciais em que o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS seja parte, e disciplina o seu funcionamento.

6 Dentro do programa de redução de demandas foi criado um índice para mensurar o número de concessões de benefício feitas por ordem judicial, para viabilizar as ações e identificar os problemas. Conforme relatório de Gestão da PFE-INSS – Setembro de 2008 a Setembro de 2009 (págs. 14 e 15), temos que “*como forma de promover o acompanhamento das unidades através de uma política de gestão por resultados das ações em desenvolvimento no Programa de Redução de Demandas, foi instituído o Índice de Concessões Judiciais. ICJ, indicador gerencial de acompanhamento capaz de apontar os reflexos das decisões judiciais no volume total de benefícios concedidos pela Previdência Social. O indicador, ferramenta pioneira de avaliação estratégica em redução de demandas criado pela PFE/INSS no curso do Programa de Redução*”

caso concreto; promover a economia processual e a duração razoável do processo judicial e administrativo; efetivar uma Advocacia de Estado; evitar maior prejuízo aos cofres públicos e mudar a imagem externa dos órgãos da Administração Pública Federal com a melhoria do atendimento ao cidadão.

6 CONCLUSÃO

De tudo que foi dito, fica clara a evolução da Advocacia Geral da União na busca do vetor conciliatório, como consequência de uma advocacia pública plena e consciente do seu papel como fomentadora de políticas públicas, na busca da defesa da sociedade brasileira.

E este viés atinge seu cume nas ações previdenciárias, pelo seu excessivo número e pelos complexos fatores envolvidos como acidente, doença, senilidade, enfim, situações de risco social, que necessitam de resolução material, efetiva e rápida do conflito de interesses.

Com efeito, cabe ao advogado público introjetar os valores supracitados e ter consciência do seu papel e de sua enorme responsabilidade social, concretizando a defesa do interesse público primário, pois quem ganha é a sociedade brasileira.

de Demandas, foi apresentado a todas unidades do INSS pelo Memorando-Circular Conjunto PFE-INSS/DIRBEN/DIRAT nº 01/2009, e estando sob monitoramento pelo Painel Estratégico do Plano de Ação do INSS. O índice reflete o nível de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas previdenciárias, na medida em que relaciona a quantidade de implantações de benefícios previdenciários realizadas no cumprimento de ordens judiciais em relação ao volume total de benefícios previdenciários implantados administrativamente.*

Este índice foi aperfeiçoado com a publicação da Portaria PFE-INSS nº 273, de 3 de outubro de 2011, publicada no BS nº 191 do INSS e hoje temos uma mensuração mais detalhada para definir as estratégias de redução de demandas e melhora das decisões administrativas. São eles: Índice de Concessão Judicial – ICJ; Índice de Concessão Judicial por Indeferimento – ICJ-I; Índice de Concessão Judicial por Requerimento – ICJ-R; Índice de Pagamento Judicial de Auxílio-Doença – IPJ-AD; Índice de Desempenho Processual – IDP e Índice de Resolutividade Definitiva – IRD.

REFERÊNCIAS

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini Aurélio*. Dicionário da Língua Portuguesa. 6. ed. Curitiba: Positivo Perspectiva, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

Relatório de Gestão da PFE-INSS –Setembro de 2008 a Setembro de 2009.
PFE-INSS EM AÇÃO.

Sites oficiais: <<http://www.agu.gov.br>; www.agu.gov.br/pfeinss>; <<http://www.previdencia.gov.br>>.

DA RESPONSABILIDADE DO MENOR DE IDADE PELA PRÁTICA DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA AMBIENTAL

RESPONSIBILITY OF A MINOR FOR ADMINISTRATIVE ENVIRONMENTAL VIOLATION

Karla Virgínia Bezerra Caribé
Procuradora Federal em exercício no Ibama.
Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direito Público

SUMÁRIO: 1 Das Considerações Iniciais; 2 Do Poder de Polícia ambiental e da responsabilização administrativa daqueles que cometem infrações administrativas; 3 Da inimputabilidade penal do menor de 18 anos; 4 Da responsabilidade administrativa do menor por condutas lesivas ao meio ambiente; 5 Da possível repercussão da responsabilidade administrativa em responsabilidade civil. Do devido processo legal administrativo; 6 Das considerações finais; Referências.

RESUMO: Tema controvertido em Direito Ambiental, os limites da responsabilidade do menor em razão da prática de conduta descrita como infração administrativa merece estudo jurídico pormenorizado, a partir da necessária distinção entre as esferas de responsabilização penal, civil e administrativa. Não há que se confundir inimputabilidade com irresponsabilidade, motivo pelo qual as consequências advindas da ação ou omissão ilícitas devem se fazer sentir por aquele que, de fato, praticou a infração ambiental. Da mesma forma, a responsabilidade civil dos pais pelos filhos menores não pode ser utilizado como fundamento válido para imputar àqueles o auto de infração ambiental, deixando-se de penalizar o menor, com a aplicação de sanções administrativas legalmente previstas. A autuação há de ser feito em nome daquele que praticou o ato ilícito, sendo irrelevante, para tanto, a idade do responsável pela conduta ambientalmente reprovável.

PALAVRAS-CHAVE: Infração Ambiental. Responsabilidade administrativa do menor de idade. Distinção das instâncias de responsabilização penal, civil e administrativa.

ABSTRACT: Controversial topic in Environmental Law, the responsibility limits of a minor due to conducts described as administrative environmental violations deserve detailed legal study, starting from the necessary distinction between the spheres of criminal, civil and administrative liability. There is no confusion between criminal incapacity and irresponsibility, which is why legal consequences of an unlawful act or omission must be felt by those minors who actually committed environmental violations. Likewise, the liability of parents for their minor children cannot be used as a valid basis for imputing them the environmental breach notification, leaving out minors unpunished with administrative legal sanctions. This notification must be done in the name of the person who committed the tort, being irrelevant the age of the responsible for the environmentally reprehensible conduct.

KEYWORDS: Environmental Violation. Administrative responsibility of a minor. Distinction between the instances of criminal, civil and administrative liability.

1 DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objeto da controvérsia instalada diz respeito à responsabilização administrativa daquele que, sendo menor de idade, comete uma infração ambiental.

Parece intuitivo o entendimento que sustenta serem as crianças e os adolescentes irresponsáveis pelas condutas que praticam, como se os mesmos tivessem, injustificadamente, protegidos das consequências advindas da prática de atos ilícitos, degradadores do meio ambiente.

Tal pensamento, contudo, não se sustenta. Neste breve estudo, pretende-se analisar, sob o ponto de vista jurídico, as regras de responsabilidade, a ponto de se enxergar a distinção entre imputabilidade penal e responsabilidade, seja ela penal, civil ou administrativa.

A análise das normativas aplicáveis e do sistema legal em vigor permitem aplicar àquele que comete uma infração ambiental as sanções administrativas previstas, concretizando os efeitos pedagógicos da pena e imputando-a a quem lhe fez por merecer.

2 DO PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL E DA RESPONSABILIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DAQUELES QUE COMETEM INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

O conceito de menor de idade tem assento legal. Segundo o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990 (Convenção sobre os Direitos da Criança), criança é todo o ser humano menor de dezoito anos de idade. Anteriormente ao citado Decreto, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), em seu artigo 2º, distinguia criança de adolescente, estabelecendo a idade máxima de doze anos de idade incompletos para as crianças e, entre doze e dezoito anos, para os adolescentes.

Adotada a conceituação legal de menor de idade, cumpre destacar as esferas de responsabilidade que podem atingir todo e qualquer indivíduo, iniciando-se o estudo pela pertinente análise jurídica do poder de polícia ambiental e da correlata responsabilidade administrativa daquele que pratica atividades lesivas ao meio ambiente.

O poder de polícia ambiental é conferido ao Estado por força do dispositivo constitucional inscrito no artigo 225, § 3º, da Constituição da República.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Em face do dispositivo constitucional transcrito, depreende-se que as condutas lesivas ao meio ambiente poderão acarretar ao infrator uma tríplice responsabilização. É que, caso também tipificado como crime, a ação ou omissão lesiva ao meio ambiente deverá gerar penalização a ser aplicada, necessariamente, pelo Poder Judiciário, em âmbito penal. Soma-se a isso a imposição de sanções, em instância administrativa, e o dever de reparar os danos ambientais, acaso configurados, em âmbito civil.

Nas palavras do renomado doutrinador Édis Milaré:

O poder de polícia ambiental, em favor do Estado, definido como incumbência pelo art. 225 da Carta Magna, e a ser exercido em função dos requisitos de ação tutelar, é decorrência lógica e direta da competência para o exercício da tutela administrativa do ambiente. O poder de polícia administrativa é prerrogativa do Poder Público, particularmente do Executivo, e é dotado dos atributos da discricionariedade, da autoexecutoriedade e da coercibilidade, inerentes aos atos administrativos¹.

Com vistas a concretizar o poder de polícia ambiental, a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê no seu capítulo VI, as infrações administrativas, considerando-as “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”. Regulamentando a Lei, o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, dispõe sobre as condutas infracionais, descrevendo-as e prevendo a aplicação de sanções ao responsável pelas ações e omissões ali previstas.

¹ MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1132.

Diante disso, não se pode confundir a responsabilização administrativa, objeto do poder de polícia ambiental e prevista na Constituição Federal, na Lei nº 9.605/1998, e no decreto nº 6.514/2008, com as conseqüências penais, possivelmente advindas da mesma conduta. De igual forma, também é distinto da responsabilização administrativa o dever cível de reparar os danos ambientais causados. As esferas de responsabilidade são independentes e se sujeitam a regimes jurídicos próprios, com normas e princípios diversamente aplicados.

A questão da tríplice responsabilidade é bem compreendida por José Afonso da Silva, para quem:

A violação de um preceito normativo pode dar origem a sanções de diversas naturezas, e a cada uma corresponde um tipo de responsabilidade civil, administrativa ou penal, conforme seus objetivos peculiares e, em conseqüência, as sanções diferem entre si. A responsabilidade administrativa é decorrência de infração a regramentos administrativos, sujeitando-se o infrator a sanções de cunho administrativo, qual seja: advertência, multa simples, interdição de atividade etc².

3 DA INIMPUTABILIDADE PENAL DO MENOR DE 18 ANOS

Inicialmente, é preciso reconhecer a distinção existente entre imputabilidade e responsabilidade. O primeiro termo é comumente utilizado em âmbito penal, para qualificar a ação de imputar a alguém as penas previstas, em lei, para um determinado crime.

Assim, tanto o Código Penal (art. 27 do Decreto-Lei nº 2.848, de 08 de dezembro de 1940), como a Constituição Federal vigente (art. 228), estabelecem que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Aos menores, portanto, que cometerem crime, não serão imputadas as penas previstas no Código Penal, mas ser-lhe-ão aplicadas as medidas sócio-educativas descritas na legislação especial, leia-se, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90). Isso não quer dizer que o menor será irresponsável pelos atos que praticar, pois “inimputabilidade penal” não significa “irresponsabilidade penal”.

² SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 180.

Com efeito, responsabilidade provém do latim *respondere*, que representa a necessidade de se responsabilizar alguém por seus próprios atos. Conceitualmente, é a imposição legal ou moral de reparar ou satisfazer qualquer dano ou perda. A responsabilização, conforme Rui Stocco:

É a situação de quem, tendo em vista uma norma qualquer, se vê exposto às conseqüências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de zelar pela observação do preceito lhe imponha, providências essas que podem, ou não, estarem previstas³.

Vislumbra-se que a responsabilidade jurídica se divide em civil, administrativa e penal. Esta pressupõe a defesa do interesse público, aplicando penas com o objetivo de inibir a prática de crimes e de restabelecer um equilíbrio social desfeito. A responsabilidade civil, por sua vez, pressupõe a defesa de interesses privados, garantindo à sociedade reparação à violação do seu direito.

Por sua vez, a responsabilidade administrativa decorre da prática de qualquer espécie de infração administrativa. A razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger o cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar na sociedade⁴.

Da tríplice responsabilização, pode-se extrair que os menores possuem regras específicas para a imputação de penas (sanção penal), o que, mesmo nessa seara, não significa a irresponsabilidade por seus atos⁵.

3 STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 118.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 807.

5 ARAUJO, Julyver Modesto de. *A responsabilidade de menor de idade pelo cometimento de infrações ambientais*. Disponível em: <<http://www.ceatnet.com.br/modules/smartsection/item.php?itemid=71>>. Acesso em 22 de set. 2011.

4 DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DO MENOR POR CONDUTAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE

Como visto, a Lei nº 9.605/98, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 6.514/08, prevê a responsabilidade administrativa do infrator ambiental, fixando determinadas obrigações e proibições à sociedade, com vistas à defesa do meio ambiente. Nenhuma relação direta existe entre a responsabilidade administrativa e as responsabilidades penal e civil, já que os fundamentos das obrigações, embora possam estar relacionados a um mesmo fato comum, comumente não se identificam.

Conforme analisado alhures, a responsabilidade administrativa se fundamenta no poder de polícia, inerente à Administração pública. No que tange à imposição de sanções administrativas por infrações ambientais, atuam os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, na forma prevista na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

Conceituando as infrações ambientais, dispõe a Lei nº 9.605/98:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

§ 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha.

A Instrução Normativa Ibama nº 14, de 15 de maio de 2009, regulamenta que:

Art. 23 O Auto de Infração e Termos Próprios serão lavrados em formulário específico, por agente designado para a função de fiscalizar, devidamente identificado por nome, matrícula funcional e portaria de designação, contendo descrição clara e inequívoca da irregularidade imputada, dos dispositivos legais violados, das sanções indicadas, inclusive valor da multa, bem como, *qualificação precisa do atuado com nome e quando houver, endereço completo, endereço eletrônico, CPF ou CNPJ.*

§ 1º Não possuindo o atuado registro junto ao Cadastro Nacional

de Pessoas Físicas, deve ser indicada a filiação e data de nascimento. § 2º O auto de infração deverá ser lavrado para cada pessoa que tenha participado da prática da infração, individualizadamente, sendo-lhes imputadas as sanções, na medida da sua culpabilidade.

Das normas transcritas, tem-se que o autuado é aquele que participou da prática da infração, ou seja, que tenha externado conduta, comissiva ou omissiva, lesiva ao meio ambiente. MELLO, ao tratar do sujeito infrator, explica que:

Tanto podem ser sujeitos da infração administrativa e do dever de responder por elas pessoas físicas como pessoas jurídicas, sejam de Direito Privado, sejam de Direito Público. *O menor também pode se incluir em tais situações.* Assim, caso desatenda aos regulamentos de uma biblioteca pública, incorrendo na figura infracional de retenção de livro além do período permitido, sofrerá suspensão, como qualquer outro⁶.

Sendo o menor responsável pelos atos por ele praticados, não haveria razão para lavratura de auto de infração em nome de pessoa que não tenha participação, ainda que indireta, na prática da infração.

Dessa forma, os genitores do menor não podem ser indicados como autuados, se não restou descrita qualquer conduta deles, seja comissiva, seja omissiva, referente à prática de infração ambiental. Se há uma solidariedade de responsabilização civil entre o menor e o seu responsável legal, isso não se confunde com a solidariedade no cometimento da infração ambiental, segundo o qual respondem pelo ilícito todos aqueles que, de alguma forma, concorrem para a sua prática.

Assim, os genitores ou responsáveis legais pela criança ou adolescente infrator só deverão ser autuados se restar descrita pelo Órgão ambiental alguma conduta deles que tenha concorrido, ainda que indiretamente, pela prática da infração.

Não existindo tal elemento na apuração da infração, caberá ser autuado aquele que, verdadeiramente, tenha praticado a conduta infracional, ainda que se trate de pessoa menor de 18 (dezoito) anos. Nesse mesmo sentido, conclui Édís Milaré:

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 807.

A conduta pode ser imputada à pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que tenha concorrido, por ação ou omissão, para a prática da infração. *É certo, portanto, que a responsabilização administrativa, ao contrário do que ocorre na esfera civil e analogicamente ao que se dá em âmbito penal (igualmente de índole repressiva), é absolutamente pessoal, não podendo o órgão administrativo punir uma pessoa pelo evento danoso causado por outra.*

[...]

Solução diversa se terá em sede de responsabilidade civil, na qual o sucessor por força do regime especial da responsabilidade objetiva sob a modalidade do risco integral, será parte legítima para figurar no pólo passivo de eventual ação civil pública que venha a ser proposta visando à recuperação do dano ambiental, respondendo solidariamente com o poluidor direto⁷.

Diante da pessoalidade da responsabilidade administrativa, o autuado, na esfera do Direito Ambiental repressivo, há de ser, independente de idade, aquele que, efetivamente, cometeu a conduta infracional, devendo o mesmo ser responsabilizado por seus atos. Não há, inclusive, qualquer impedimento de ordem prática ou legal para aplicação ao menor de sanções previstas na legislação ambiental, como, por exemplo, a advertência ou a apreensão do instrumento por ele utilizado na infração.

Ocorre que há uma diferença substancial entre a figura do infrator e a do seu responsável subsidiário, nos casos de inexistência de plena capacidade civil. O infrator é o sujeito que pratica a infração e que, de regra, suportará a sanção. Contudo, poderá existir, de acordo com a situação legal do infrator, alguém que responderá, nos limites da lei, pelos prejuízos por ele causados.

Em face de tal possibilidade, há imposições legais, a serem observadas na instrução do processo administrativo, para que a responsabilização administrativa do infrator ganhe efeitos cíveis e possa ser imposta ao responsável legal do autuado.

7 MILARÉ, Édis, op. cit., p. 1150.

5 DA POSSÍVEL REPERCUSSÃO DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA EM RESPONSABILIDADE CIVIL. DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO

De todas as sanções aplicáveis àquele que comete infração ambiental, a imposição de pagamento de multa, em valor a ser arbitrado pelo órgão ambiental, é a mais comumente prevista. Tem-se, então, que a responsabilidade administrativa acaba implicando na responsabilidade civil pelo pagamento da multa, situação em que deverão ser aplicadas, no processo de constituição do débito e cobrança da dívida, as disposições do Código Civil, concernentes à incapacidade civil e a responsabilidade dos pais, tutores e curadores.

Nesse sentido, estabelece o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

[...]

Assim, as dívidas civis dos menores serão suportadas por seus pais ou responsáveis, sendo o incapaz subsidiariamente responsável, segundo previsão expressa no Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Diante disso, confirmada o auto de infração e surgindo a obrigação de pagamento da multa imposta ao autuado, ele, juntamente com o seu representante legal, deverão ser notificados para efetuarem a quitação em âmbito administrativo. Contudo, não havendo o pagamento

voluntário, o órgão ambiental fiscalizador deverá adotar as medidas judiciais cabíveis e os procedimentos prévios a essa cobrança.

Para resguardar todo o procedimento administrativo e garantir a legalidade e o cumprimento dos direitos do contraditório e da ampla defesa daqueles que poderão suportar as consequências patrimoniais da infração, entende-se imprescindível a notificação conjunta do menor e do seu responsável legal, em todas as fases do processo. Para concretizar tal orientação, o fiscal atuante deverá preencher, no formulário do auto de infração, o campo “filiação”, indicando os genitores do autuado.

Em seguida, recomenda-se que cópia do formulário preenchido seja concomitante entregue ou enviado ao autuado e aos seus responsáveis legais, para que, querendo, eles também possam se manifestar nos autos administrativos, juntamente com o menor ou em substituição a ele.

Tal procedimento garantirá a eficácia, em face dos responsáveis legais do infrator, do título executivo, a ser constituído ao final do processo, bem como da futura ação de execução fiscal em nome dos responsáveis.

Apenas um auto de infração deve ser lavrado, e em nome daquele que efetivamente praticou a conduta infracional. Os responsáveis legais deverão ser indicados no mesmo formulário do auto, sendo a elas também oportunizada manifestação em toda a instrução processual, mediante notificações.

Com tal procedimento, restarão respeitadas as garantias referentes ao devido processo legal, e viabilizada a imposição de pagamento da multa pelos responsáveis legais do menor, seja em âmbito administrativo, seja judicialmente.

6 DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

A lavratura de auto de infração ambiental deve se dar em nome daquele que efetivamente praticou a conduta infracional, sendo irrelevante a idade do autuado, para fins de responsabilização administrativa pelos atos praticados em detrimento do meio ambiente.

O Direito Ambiental, na sua seara sancionadora, deve se reger pelas diretrizes do direito punitivo, não permitindo a transferência do sancionamento àquele que nenhuma responsabilidade teve pela prática infracional.

Não há que se confundir a imputabilidade penal do menor pelos crimes praticados com a irresponsabilidade resultante dos seus atos. De igual forma, é preciso diferenciar o processo de punir e de fazer valer o conteúdo pedagógico das penas com o eventual deslocamento da responsabilidade civil pelo pagamento de uma quantia em dinheiro, resultante de aplicação de multa administrativa.

Cumpra afastar o pensamento intuitivo de que ao menor de idade não pode se aplicar qualquer espécie de sanção. Os objetivos sociais, pedagógicos e inibitórios das penas recomendam que as consequências dos atos indevidos praticados se façam sentir por aquele diretamente responsável pela infração ambiental, o que não afasta possível responsabilidade subsidiária de terceiro pelos efeitos civis da sanção aplicada ou pelo dever de reparar eventual dano ambiental configurado.

Eis a visão que mais se coaduna com a defesa do meio ambiente e com a necessidade de inibir, reprovar, e penalizar o verdadeiro responsável pela ato ilícito, seja ele comissivo ou omissivo, de degradação ambiental.

7 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Jolyver Modesto de. *A responsabilidade de menor de idade pelo cometimento de infrações ambientais*. Disponível em: <<http://www.ceatnet.com.br/modules/smartsection/item.php?itemid=71>>. Acesso em: 22 de set. 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

STOCCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

**A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ENSINO
SUPERIOR DAS PESSOAS PORTADORAS
DE DEFICIÊNCIA: UMA NECESSÁRIA
SALVAGUARDA DOS DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS E DO PRINCÍPIO DA
EFETIVA INTEGRAÇÃO SOCIAL**

***INCLUSIVE EDUCATION IN HIGHER EDUCATION OF PER-
SONS WITH DISABILITIES: A NECESSARY SAFEGUARD
OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND THE
PRINCIPLE OF SOCIAL INTEGRATION***

*Karinne Bentes Abreu Teixeira Rebouças
Professora de Direito Administrativo da UnP. Especialista em Docência do Ensino
Superior pela UnP. Graduada em Direito pela UnP. Advogada.*

*Raimundo Márcio Ribeiro Lima, Professor de
Direito Administrativo e Constitucional da UnP. Mestrando em Direito Constitucional
pela UFRN. Especialista em Direito Público pela UnB. Especialista em Docência do
Ensino Superior pela UnP. Graduado em Direito pela UFC. Procurador Federal/AGU*

Sumário: Introdução; 1 Princípios; 1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 1.2 Princípio da Igualdade; 1.3 Princípio da Efetiva Integração Social; 2 O Conceito de Pessoa Portadora de Deficiência; 3 A Ordem Normativa Pátria e as Pessoas Portadoras de Deficiências; 3.1 A Constituição de 1988 e a Pessoa Portadora de Deficiência; 3.2 A Legislação Infraconstitucional; 4 A Constituição de 1988 e a Educação; 4.1 A Educação como Direito Fundamental; 4.2 A Lei de Diretrizes e Bases da Educação; 5 O Ensino Superior e as Pessoas Portadoras de Deficiência; 6 A Educação Inclusiva na Universidade; 7 Conclusão; Referências.

“Não existe nada mais pesado que a compaixão. Mesmo nossa própria dor não é tão pesada quanto a dor co-sentida com outro, por outro, no lugar do outro, multiplicada pela imaginação, prolongada por centenas de ecos”¹.

RESUMO: O artigo discute o direito social à Educação, principalmente para as pessoas portadoras de deficiência, bem como salienta a importância da educação inclusiva nas universidades brasileiras. Ele visa, ainda, destacar a importância dos princípios da dignidade da pessoa humana e da efetiva integração social como meios para possibilitar uma efetiva integração social, econômica, ambiental e educacional das pessoas portadoras de deficiência. Por fim, ressalta a importância das políticas públicas para efetiva integração social das pessoas portadoras de deficiência, especialmente por possibilitar um processo de mobilização social através da educação inclusiva que, no caso brasileiro, sempre foi pautado por longos períodos de absoluta indiferença governamental.

PALAVRA-CHAVE: Portadores de Deficiência. Princípios. Educação Inclusiva. Ensino Superior.

ABSTRACT: The article discusses the social right to education, especially for people with disabilities, and emphasizes the importance of inclusive education in universities. It is also intended to highlight the importance of the principles of human dignity and the effective social integration as a means to enable an effective social integration, economic, environmental and education of persons with disabilities. Finally, the importance of effective public policies for social integration of people with disabilities, especially by enabling a process of social mobilization through inclusive education, in the case of Brazil, has always been marked by long periods of absolute government indifference.

KEYWORDS: Individuals with Disabilities. Principles. Inclusive Education. Higher Education.

1 Milan Kundera, A insustentável leveza do ser, 2008, p. 36.

INTRODUÇÃO

Ultimamente, muito se discute sobre as políticas públicas sociais² no Estado brasileiro, que pretende ser gerencial, bem como sobre a viabilidade de tais políticas em face da legislação vigente, haja vista a sua perspectiva meramente diretiva ou dirigente, sem falar que, de ordinário, não há uma preocupação em estabelecer a fonte de recursos para levar a cabo os comandos constitucionais ou infraconstitucionais relacionados ao assunto.

Em todo caso, no que concerne à temática das pessoas portadoras de deficiência, tem-se uma expressiva teia normativa, como será apresentada nas linhas sucedâneas, que impõe a integração/inclusão social de tais cidadãos, mesmo quando exista eventual lacuna quanto à definição de recursos a serem destinados a tão relevante pauta social.

Em que pese todo o arcabouço normativo sobre a matéria, não se observa o efetivo cumprimento da legislação vigente, tem-se, apenas, medidas que revelam a forma serodiosa e apática de empreender os mandamentos básicos da Carta Política, inclusive elementares disposições legais são olvidadas até mesmo pelo Poder Público, o que pode ser observado na existência de barreiras arquitetônicas em diversos órgãos públicos.

Diante da larga dimensão contenedora da matéria, *rectius* políticas públicas sociais referentes às pessoas portadoras de deficiência³, delimita-se, para o devido apuro técnico, a proposta de trabalho com vista a analisar a problemática da inclusão no Ensino Superior das Pessoas Portadoras de Deficiência.

Para tanto, far-se-á uma análise dos princípios pertinentes à temática de estudo, bem como será divisada a educação como um direito fundamental, o que reveste maior densidade jurídica ao comando constitucional e, na mesma senda, expressar o seu sentido e alcance em face das prestações positivas do Estado.

2 Já que tais políticas não se restringem a questões sociais, uma vez que as políticas de fomento na área econômica também são públicas, porém com as notórias singularidades que o segmento requer.

3 Além da educação inclusiva, que já constitui uma delimitação dentro da área da educação, por certo, outros enfoques poderiam ser abortados, tais como (a) trabalho; (b) previdência; (c) lazer; (d) saúde; e (e) velhice etc. No caso, o enfoque é destinado à educação inclusiva no ensino superior, de modo a revelar as diretrizes a serem tomadas pelo Estado, sociedade e família com vista a promover uma perspectiva inclusiva nas universidades.

Por fim, será discutida a importância do Ensino Superior como forma de promover a efetiva integração social das Pessoas Portadoras de Deficiência (PPDs)⁴, assim como destacar a necessidade de consolidar uma educação inclusiva nas universidades públicas e privadas brasileiras, o que permitirá o devido aproveitamento do conteúdo programático propostos pelas Instituições de Ensino Superior (IES).

1 PRINCÍPIOS

Não há como prescindir da análise dos princípios relacionados à temática em estudo, hajam vista que eles (a) permitem uma melhor compreensão dos comandos legais, *rectius* função interpretativa; (b) estabelecem os fundamentos da aplicação da lei no caso concreto, *rectius* função fundamentadora; e (c) servem de fonte para a resolução dos *vazios jurídicos não intencionais*, *rectius* função de fonte subsidiária.

Em todo caso, a identificação dessas funções demanda uma análise precisa do objeto de aplicação do direito, de modo a evitar o exercício de uma funcionalidade que não se coaduna com o círculo *fechado* de regulações/disposições a serem observadas no caso concreto. Enfim, mesmo que se tenha como certa a funcionalidade dos princípios, o que desponta a notória importância deles, não se pode olvidar, e principalmente quando isso for o bastante, as prescrições da regra que atendem satisfatoriamente os propósitos encampados pela atividade legiferante. Não se defende, aqui, uma concepção de aplicação subsidiária dos princípios, e nem mesmo uma ideia de superposição das regras

4 Doravante, PPD equivale à expressão Pessoa Portadora de Deficiência, tratando-se de plural, por sua vez, grava-se PPDs. Quanto ao termo empregado, ainda que equívoco, já que a pessoa não porta uma deficiência, mas, sim, a possui, trata-se de opção legislativa, vide o art. 1º, da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, bem como o art. 2º, inciso III, da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000; ademais, tal expressão consta nos arts. 7º, inciso XXXI; 23, inciso II; 24, inciso XIV; 37, inciso VIII; 40, § 4º, inciso I; 201, § 1º; 203, incisos IV e V; 208, inciso III; 227, § 1º, inciso II; § 2º e 244; todos da CF/88; de forma que, considerando o seu uso corrente na lei e doutrina pátrias, inclina-se, aqui, também pela sua utilização. Todavia, insta mencionar que a Convenção de Nova York, Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovada pelo art. 1º, do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, e que tem status de norma constitucional, utiliza a expressão pessoa com deficiência que, de certa maneira, é bem elástico; por outro lado, ainda que impreciso, o termo pessoa portadora de deficiência leva ao entendimento de que há concretamente um fator limitante e que exige uma atuação adequada do Estado; por sua vez, a mera expressão pessoa com deficiência não denota isso tão facilmente. Agora, qual a deficiência? Afetiva? Emocional? De vitamina C? Se isso for considerado um aspecto positivo, não há negar que o termo empregado pela Convenção é mais leve. Contudo, a rigor, toda pessoa possui alguma deficiência; todavia, apenas determinadas delas são consideradas para fins de tutela jurídica. Não se consegue entender, ainda, qual a razão para se pensar que a expressão pessoa com deficiência tenha o fundado propósito de salientar a importância da pessoa e não da deficiência, o que ocorre com algumas denominações (Marcos César Botelho, A Pessoa com Deficiência no Ordenamento Jurídico Brasileiro, 2011, p. 436). Ora, a pessoa portadora de deficiência também comporta a primazia da pessoa, o que se afigura inadequado é a equivocidade quanto ao emprego da portabilidade da deficiência. Como se pode perceber, o termo não é indene de críticas. Em todo caso, pelas razões já expostas, e somente por isso, usa-se a expressão pessoa portadora de deficiência.

sobre os princípios, mas, tão-somente, defende-se que ambas as normas possuem o seu necessário grau de cogência e que não pode ser esquecido pelo intérprete, sob pena de (a) cair sistematicamente no rigorismo das regras enquanto expressão ou pretensão de decidibilidade imediata da miríade de casos; ou (b) criar uma artificial teia principiológica que não represente segurança ou racionalidade às decisões.

Tendo em vista esses aspectos, é de todo relevante encetar, ainda que rapidamente, uma análise dos princípios que norteiam a realização/concretização das imposições da Carta Fundamental relativas às PPDs no contexto da educação no Ensino Superior, pois constitui uma pauta inarredável do direito constitucional contemporâneo a necessidade de empreender meios para consolidar as normas constitucionais relativas à educação, sob pena de transformar algumas disposições constitucionais, decididamente emancipatórias da cidadania, totalmente destituídas de eficácia⁵.

1.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, insta mencionar que a dignidade humana possui um *status* destacadíssimo na Carta Constitucional⁶, pois se trata de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, *ex vi* art. 1º, inciso III⁷.

Assim, já se compreende que o princípio da dignidade humana extrai o seu substrato normativo da própria Constituição Federal,

5 Marcelo Neves, em interessante trabalho, promove uma clara distinção entre dispositivos constitucionais sem eficácia e a constitucionalização simbólica, tendo em vista o rigor dos termos empregados, e a necessidade de manter a fidelidade do pensamento do autor, transcreve-se um demorado trecho sobre a temática (A constitucionalização simbólica, 2007, p. 100): “[...] não se confunde o problema da constitucionalização simbólica com a ineficácia de alguns dispositivos específicos do diploma constitucional, mesmo que, nesse caso, a ausência de concretização normativa estela relacionada com a função simbólica. É sempre possível a existência de disposições constitucionais com efeito simplesmente simbólico, sem que daí decorra o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras. Fala-se de constitucionalização simbólica quando o problema do funcionamento hipertroficadamente político-ideológico da atividade e texto constitucional afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a ‘separação’ de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população”.

6 Longe de qualquer inferência hierárquica dos comandos constitucionais, mas apenas fazer reluzir o entendimento de que a dignidade humana possui destacada função reitora no nosso sistema jurídico.

7 Ademais, a Carta Política espanhola, que é do ano de 1978, lastreia a mesma importância ao acentuar que a dignidade da pessoa, jungidos aos direitos invioláveis que lhe são inerentes, assim como o livre desenvolvimento da personalidade, são fundamentos da ordem política e da paz social, *ex vi* art. 10, número 1, da Constituição espanhola. A Lei Fundamental de Bonn de 1949, por sua vez, estabelece que a dignidade da pessoa humana é intocável, bem como a sua observância e proteção é dever de todos os poderes estatais, *ex vi* art. 1º, número 1, da Constituição alemã. A Carta Política de Portugal de 1976, seguindo a mesma senda, preceitua que a República Portuguesa tem por base a dignidade da pessoa humana, *ex vi* art. 1º, da Constituição de Portugal.

logo, a sua cogência é inarredável no trato das políticas públicas, especialmente no que se refere às PPDs, sem falar que sua densidade jurídica é lastreada pela força normativa da Constituição⁸ e não de mera contextura legal ou regulamentar.

Em outras palavras, o substrato normativo do princípio da dignidade da pessoa humana é inarredável/irretocável, de modo que não se sustenta qualquer entendimento que proclame alusão meramente retórica ao mesmo ou que negue a sua densidade jurídica em face do ordenamento jurídico vigente.

Agora, de que modo deve ser compreendido o princípio da dignidade humana? Nesse ponto, são esclarecedoras as palavras de consagrado constitucionalista português⁹:

Perante experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendência ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios.

E, mais adiante, arremata¹⁰:

Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de *comunidade constitucional inclusiva* pautada pelo multiculturalismo, mundivivencial, religioso ou filosófico. O expresso reconhecimento da dignidade da pessoa humana como *núcleo essencial* da República significará, assim, o *contrário* de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos.(grifo do autor)

8 Veja-se o escólio de Konrad Hesse, que se contrapõe à ideia de Constituição real de Ferdinand Lassalle, nestes termos (A Força Normativa da Constituição, 1991, p. 15-16):

“[...] ‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.

9 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. p. 225, itálico no original.

10 CANOTILHO, op. cit., p. 225-226.

À evidência, a observância do princípio da dignidade humana implica o cotejamento da dignidade do homem quando das atuações estatais em ou na sociedade¹¹, precipuamente quando os destinatários de tais atuações carecem de um tratamento particularizante ou específico, o que se dá, de forma notória, com relação às PPDs.

Em sede jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal (STF) teve a oportunidade de ventilar novas luzes sobre o sentido e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana na Questão de Ordem na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54¹² -¹³, na qual se discutia a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos.

Todavia, na ocasião, o julgado limitou-se, por maioria, até por se tratar de requerimento expresso na demanda, a encetar a possibilidade das tenazes do Estatuto Repressivo com a interrupção da gravidez sem, infelizmente, consolidar alguns avanços ou limites do princípio da dignidade humana em face de comandos legais expressos em sentido contrário. Portanto, observou-se certa timidez do STF, pois o princípio da dignidade humana foi cercado, melhor dizer sitiado, de premissas legais que impossibilitaram uma mudança de entendimento sobre a matéria, pelo menos de modo a evidenciar a superposição da dignidade humana em face do direito do nascituro. Enfim, o direito à vida de quem ainda não nasceu¹⁴

11 Em tópico mais específico, rectius a Educação como um direito fundamental, far-se-á uma exposição sobre o dever de prestação social do Estado.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2005, DJE-092, Divulg. 30-08-2007, Public. 1-08-2007, DJ 31-08-2007, PP 00029, Ementa Vol. 02287-01. p. 00021.

13 Sobre a temática, insta mencionar outro relevante caso decidido pelo STF, a saber, sobre a discutível constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Na oportunidade, o tribunal decidiu pela constitucionalidade do dispositivo com o fundamento de que pesquisas com células-tronco não constituem uma afronta ao direito à vida e, por conseguinte, ao princípio da dignidade humana (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJE-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134). Naturalmente, a discussão foi intensa em torno da matéria, sendo que importa, nesse ponto, já que não se destina qualquer análise dos votos apresentados, uma ligeira passagem do voto do Ministro relator, o senhor Ayres Brito, nestes termos (negritos no original): “[...] a potencialidade de algo se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, inconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É produto final dessa metamorfose” (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 10 jan. 2011).

14 Explica-se, em que pese à obviedade, o direito à vida não se limita apenas a quem não nasceu, já que ele perdura antes do nascimento e segue após este momento.

se sobrepôs ao direito à vida digna de quem esteve no limiar da morte, pelo menos no sentido de que gestá-la é conviver com a mesma.

Ademais, um ponto deve ser salientado: o princípio da dignidade humana não legitima a atuação do Poder Judiciário de forma a impor custos excessivos à atuação governamental; em outros termos, o que a via judicial deve evitar é inatividade formal injustificada¹⁵ do Estado e, já que isso é sempre possível, fazer com que sejam observados os limites orçamentários da Administração Pública, *rectius* a escusa da reserva do possível, uma vez que apenas o Poder Executivo possui a precisa dimensão dos seus aportes orçamentários, bem como quais as atuações que possam ser contempladas com eles.

Sobremais, tais limites também se estendem ao Poder Legislativo como uma decorrência da reserva da administração, isto é, “por reserva de administração entende-se um núcleo funcional da administração ‘resistente’ à lei, ou seja, um domínio reservado à administração contra as ingerências do parlamento”¹⁶.

Insta mencionar que, em se tratando de direitos fundamentais¹⁷, o próprio Poder Legislativo não pode esvaziar o sentido ou alcance dos seus permeios, quer dizer, suprimir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Isso, por certo, resultaria numa desnaturalização legislativa do conteúdo essencial de tais direitos, pois o direito pode ser tornar inaplicável ou, o que não é menos grave, mesmo não ser protegido por ausência de razoável disposição normativa, sem falar, ainda, na

15 Por certo, a inatividade material também não pode ser permitida, salvo quando justificada, já que não há como impor encargos que extrapolem a necessária prudência no trato dos recursos públicos. Não se pode olvidar que a imposição de gastos excessivos em determinada área em virtude de cumprimento de decisão judicial pode, infelizmente, implicar não atendimento de demandas básicas para toda a coletividade, principalmente nas áreas de saúde ou de educação.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2003. p. 739.

17 Como limite à fundamentalidade dos direitos, só se pode falar em fundamental quando existir os seguintes elementos: (a) Estado – pois de pouca valia seria a noção de direitos fundamentais se não existisse um Estado para protegê-los e observá-los; (b) indivíduo – tem-se que, enquanto destinatário dos direitos fundamentais, o indivíduo possa ser sujeito de direitos e não meramente membro de uma coletividade (todavia, faz-se um questionamento, a saber, o indivíduo, enquanto titular de direito e possuidor de autonomia em face de um grupo é algo recente na nossa história, agora, se essa novel valorização/capacidade do indivíduo tem relação com os direitos fundamentais, então, estes não teriam alguma imbricação na própria identificação e autonomia conquistada pelo indivíduo ou o indivíduo passou a ser titular de direitos, inclusive fundamentais, meramente por desvencilhar-se dos estreitos limites do grupo); (c) texto normativo regulador da relação de entre Estado e indivíduo – trata-se da missão de regular as relações entre o Estado e o indivíduo mediante uma Constituição (Dimitri Dmoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2009, p. 21-23).

hipótese em que o seu exercício é limitado desarrazoadamente¹⁸. Logo, a atividade legiferante deve ser exercida de modo a fomentar a aplicação dos comandos constitucionais sem, contudo, empear ou suprimir o exercício regular da atividade administrativa.

Em todo caso é relevante destacar que, na contextura do neoconstitucionalismo¹⁹ lastreado pela superação do positivismo clássico, e em abono aos direitos e garantias fundamentais, a mera alegativa de inviabilidade orçamentária por parte do Poder Público não o exige do dever de cumprir os mandamentos constitucionais, mormente no que se referem aos princípios reitores da nossa Carta Política²⁰.

Não se pode perder de vista que os direitos fundamentais não devem ser considerados apenas como limites da atuação estatal ou ao exercício do poder político, mas, sim, e no que se torna mais importante, uma teia de valores da ação positiva dos poderes públicos²¹, quer dizer, que demande prestações positivas fáticas por parte do Estado.

Assim sendo, há uma necessidade de imprimir uma relação de equilíbrio²² entre a atividade jurisdicional que resulte ingerência na atuação do Poder Executivo e a providencial atuação administrativa

18 LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. 2001. p. 167.

19 Faz-se, agora, uma breve digressão no sentido de que o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo, enquanto possível parâmetro de correção material das disposições legais, sem dúvida, representa uma notória evolução em face do juspositivismo clássico, mas, à evidência, não resolve uma das maiores chagas do positivismo kelseniano, a saber, o decisionismo judicial. Quer dizer, não há como olvidar que a identidade justificativa entre Direito e Moral não promove qualquer certeza jurídica ao Direito e, o que é pior, transcreve uma carga de indeterminação ex ante e ex post ao mesmo, conforme o sabor dos valores morais de cada magistrado, como bem apregoa Paolo Comanducci (*Formas de (neo)constitucionalismo: um análisis metateórico*, 2005, p. 97), quando revela que não existe uma homogeneidade moral na sociedade ou, mesmo que ocorra um compartilhamento de normas morais, por certo, já são incorporadas nas regras ou princípios jurídicos, de modo que a aproximação da Moral com o Direito não constitui um desatado avanço teórico, ideológico ou metodológico para empreender maior segurança jurídica na aplicação do direito.

20 Na mesma senda, transcreve-se (Arcia Fernandes Correia. *Reserva de Administração e Separação dos Poderes*, 2007. p. 579):

“[...] o pós-positivismo, responsável pelo resgate da normatividade dos princípios, e a constitucionalização do direito como um todo e do direito administrativo, em especial, permitiram a substituição da estrita legalidade administrativa pela juridicidade, ampliando os espaços destinados a um agir administrativo racional, ponderativo e voltado à promoção dos direitos fundamentais como exercício de permanente legitimação democrática”.

21 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos Fundamentales*, 2004. p. 21.

22 A noção de equilíbrio é necessária entre as funções num Estado Democrático de Direito, pois, “assim como as decisões políticas subordinam-se ao controle jurídico, o direito positivo não pode prescindir, por exemplo, de legislação controlada e deliberada politicamente” (Marcelo Neves, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, 2008. p. 89).

efetivamente compromissada, e em consonância com a atividade legiferante devidamente controlada pelo Poder Judiciário, com (a) a consolidação dos direitos fundamentais e, em especial, (a) a observância ao princípio da dignidade humana, a despeito dos limites dos aportes orçamentários.

Todavia, uma pergunta se impõe: em que momento ou em que circunstância pode-se cogitar uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira a poder exigir dos órgãos estatais sua observância e proteção. Trata-se de questionamento fundamental para aquilatar o alcance do princípio em cotejo, uma vez que, sem uma regular delimitação do seu conteúdo, pode fazer com que os propósitos para a sua efetiva observância caia na inexpressividade dos substratos jurídicos banais que a tudo cabe ou pode com vista à salvaguarda duma pretensão jurídica.

Pois bem. Para ilustrar rapidamente a temática, colhem-se duas decisões importantes do Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemão e, dessa forma, pretende-se extrair alguns elementos ou fundamentos que permitam uma melhor compreensão sobre o sentido e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana.

No primeiro caso, da escuta telefônica (Abhörurteil), discutia-se a constitucionalidade da promoção de escuta telefônica por parte do Poder Público, haja vista permissivo, via Emenda Constitucional que alterou o art. 10 da Constituição Alemã, ao legislador infraconstitucional para limitar o sigilo da correspondência, postal e da telecomunicação por conta de Emenda Constitucional. Assim, foi analisada pelo TCF a compatibilidade da alteração constitucional com o disposto no art. 10, número 1, com o art. 79, número 3, todos da Lei Fundamental alemã, haja vista questionamento, via controle abstrato, do Estado de Hessen.

Dessa forma, na decisão BVerfGE 30, 1, de 15.12.1970, o TCF, por maioria de 5 a 3, além de julgar improcedentes o pedido de inconstitucionalidade da alteração constitucional, manifestou-se no sentido de que para configurar uma violação da dignidade da pessoa humana o violado precisa ser submetido a um tratamento que ponha em xeque, desde logo, sua qualidade de sujeito de direitos. Enfim, o TCF não se coaduna com o entendimento de que a dignidade da pessoa humana possa ser afrontada por elementares transtornos da vida

cotidiana²³; logo, o dever de proteção do Estado se impõe em situações que, efetivamente, ocorram um desrespeito ao valor que toda pessoa humana possua²⁴⁻²⁵.

Como se pode observar, a jurisprudência alemã tende a encetar, no caso concreto, elementos mais precisos quanto ao conteúdo do princípio da dignidade humana, assim como empreender uma interpretação mais restritiva quanto à ocorrência de sua violação.

Outro caso, relativo à pena de prisão perpétua (*Lebenslange Freiheitsstrafe*), BVerfGE 45, 187, de 21.06.1977, o TCF teve de se pronunciar sobre a constitucionalidade da prisão perpétua no caso de homicídio qualificado, devidamente previsto no Código Penal alemão (§ 211), tendo em vista alegativa de tal pena constituiria uma afronta direta ao conteúdo essencial da garantia de liberdade e, por conseguinte, ao princípio da dignidade humana.

Na oportunidade, o TCF considerou constitucional a previsão do Código Penal (*Strafgesetzbuch*), todavia, com uma importante ressalva, a saber, que deveria existir a possibilidade legal do apenado alcançar a liberdade por meio da suspensão da pena ainda não cumprida. Posteriormente, o Código Penal foi alterado para contemplar a providencial ressalva determinada pelo TCF, conforme previsão regulamentadora do § 57a do *StGB* (*Strafgesetzbuch*).

23 Nos próprios termos da decisão: “O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, ‘um tratamento desrespeitoso’” (Leonardo Martins. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, 2005, p. 181).

24 O posicionamento dos julgadores dissidentes, por sua vez, foi no sentido de que a norma do art. 79, III, da Lei Fundamental alemã, não pode ser vista como uma reintrodução de práticas banidas pela ordem constitucional, o que assinala para uma perspectiva mais ampla do conceito de dignidade humana, como se pode observar na seguinte passagem (Leonardo Martins, *ob. cit.*, p. 182):
“Uma restrição desse tipo não considera a concepção e o espírito da *Grundgesetz*. Todo o poder do Estado tem que observar e proteger a pessoa humana em seu valor intrínseco, em sua independência. Ela não pode ser tratada de forma ‘impessoal’, como um objeto, nem mesmo quando isso acontece, não por desrespeito ao valor da pessoa, mas com ‘boa intenção’”.

25 Aliás, deve-se ter em mente que não apenas se impõe um tratamento humano e não degradante, assim como a mera indenidade física (Maria Celina Bodin de Moraes, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, 2006, p. 118), mais que isso, impõe-se a proteção integral de um conjunto de valores que representa a condição humana e, assim, pretensa e objetivamente identificável na vida em sociedade.

Insta mencionar que o TCF considerou que o respeito à dignidade humana representa precipuamente o afastamento de penas cruéis, humilhantes, degradantes ou desumanas, enfim aquelas penas que não possuem qualquer contexto ressocializador²⁶.

Observa-se uma clara obtemperação na compreensão do princípio da dignidade humana na jurisprudência alemã. Notadamente, essa perspectiva pode ter um contorno mais restrito ou dilargado, a depender do caso e da época, mas, à evidência, procura-se observar nítidos contextos de afronta direta ao núcleo essencial do princípio, de forma a não admitir qualquer pretensão como ofensiva à dignidade humana.

Tratando-se mais especificamente das PPDs tal princípio tem por fim evitar condutas discriminatórias ou a manutenção de situações que revelem um contexto adverso às PPDs por conta das particularidades que os singularizam em face das demais pessoas, bem como permitir a integração delas na ambiência social, caso contrário, a própria trajetória da vida torna-se bem dolorosa ao longo dos anos; sendo que a observância de tal princípio demanda sempre uma precisa análise do caso concreto, sob pena de gerar situações injustificáveis de tutela jurídica particularizada, tendo em vista todo o universo de pessoas que poderiam arvorar o mesmo tratamento em face eventual dever de atuação estatal em sentido amplo.

1.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade encontra lastreado em diversas disposições na Carta Fundamental; algumas são de nítida compreensão ou redundância (art. 5º, *caput*, inciso I); outras, carecedoras de análises mais demoradas (art. 145, § 1º)²⁷, mas, em todos os casos, são cercadas de inevitáveis discussões quando da aplicação no caso concreto.

Tratando-se de PPD, por evidente, tal princípio possui uma importância ímpar, vez que permite uma releitura das situações fáticas existentes, de maneira a contemplar as particularidades que cercam os

²⁶ Nesse ponto, é relevante transcrever uma importante passagem da decisão (Leonardo Martins.

Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, 2005, p. 184):

“[...] pois o núcleo da dignidade humana será atingido quando o condenado, a despeito do desenvolvimento de sua personalidade, tiver que desistir de qualquer esperança de reaver a liberdade. O instituto do indulto, apenas, não basta para assegurar, de uma forma a atender as exigências constitucionais, essa perspectiva, que por excelência é só o que torna suportável a execução da prisão perpétua”.

²⁷ É o que pode observar no entendimento sobre o sentido e alcance do termo capacidade contributiva enquanto expressão do princípio da igualdade.

destinatários da ação estatal e, com isso, alcançar uma *igualdade material possível ou praticável*. Então, a garantia do postulado da igualdade constitui um apanágio dos sistemas jurídicos que permite o exercício dos direitos, fundamentais ou não, sob o influxo de parâmetros materiais positivos ou negativos que conduza efetivação de tais direitos, promovendo, assim, os ordinários ideais de justiça²⁸⁻²⁹.

Com relação à igualdade, que constitui uma clara expressão dos direitos civis e políticos, devidamente consagrados como direitos de primeira dimensão, com espeque na boa doutrina pátria, tem-se que³⁰:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Nota-se que a aplicação do princípio da igualdade carece de uma regular identificação dos critérios de discriminação, senão faz imperar uma vantagem ou benesse afrontosa aos comandos constitucionais e, tendo em vista esse aspecto, é de todo pertinente encabeçar alguns marcos ou pressupostos de uma atuação diferenciadora do Estado.

Portanto, observar o princípio da isonomia exige a tomada de medidas que singularize os eventos em face dos fins a serem perseguidos pela ordem legal, de forma que não se olvide, especialmente no caso de PPD, as particularidades ou necessidades existentes em face de circunstâncias peculiares exigíveis, e materialmente aferíveis, para a promoção de uma medida diferenciadora com vista à efetiva integração social da PPD.

28 Cumpre afirmar que a noção clássica de igualdade não se encontrava relacionada com a justiça, como se observa nos tempos modernos, vez que se constituía na própria essência da liberdade, de modo que ser livre representava também ser isento de desigualdade em decorrência de comandos ou ordens alheias, pois se vivia numa ambiência que não existia governantes e governados, numa clara referência aos primórdios da cultura grega (Hannah Arendt, *A Condição Humana*, 2009, p. 42).

29 Na pena, sempre ácida, de Friedrich Nietzsche extrai-se a seguinte reflexão: “justiça é a boa vontade, entre homens de poder aproximadamente igual, de acomodar-se entre si, de ‘entender-se mediante um compromisso – e, com relação aos de menor poder, forçá-los a um compromisso entre si” (*Genealogia da moral: uma polémica*, 2009, p. 55). Em que pese à crueza do pensamento, em certa medida, é o que ainda se tem em termos de concreção quanto aos pretensos ideais de justiça, mormente na relação entre particulares.

30 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2009, p. 150.

Com relação aos critérios que justificam a possibilidade de um tratamento diferenciado³¹, cumpre transcrever, até para manter a fidelidade das colocações, as imorredouras palavras de renomado administrativista pátrio³²:

Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia [...] impende que concorram quatro elementos:

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica³³;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

31 Impõe-se, desde já, tendo em vista as relações entre diferença e igualdade, transcrever as autorizadas considerações de Luigi Ferrajoli, *his verbis*:

“Diferencia(s)’ es término descriptivo: quiere decir que de hecho, entre las personas, hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias, y que son, pues, sus diferencias las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad. Y entonces no tiene sentido contraponer ‘igualdad y ‘diferencias’. Y si una ‘diferencia’ como la sexual resulta de hecho ignorada o discriminada, ello no quiere decir que la igualdad es ‘contradicha’, sino simplemente que es *violada*” (*Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2004, p. 79-80).

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2008, p. 41, itálico no original.

33 Como bem esclarece a doutrina tedesca (Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008, p. 397): “[...] o enunciado geral de igualdade, dirigido ao legislador, não pode exigir que todos sejam tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outro lado, para ter algum conteúdo, ele não pode permitir toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção. É necessário questionar se e como é possível encontrar um meio-termo entre esses dois extremos. Um ponto de partida para esse meio-termo é a fórmula clássica: ‘O igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente’, que – em múltiplas variações e com inúmeras complementações – constitui a coluna vertebral da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre o art. 3º, § 1º, da Constituição”.

Tendo em vista tais considerações, resta claro o entendimento de que a PPD carece de um tratamento diferenciado³⁴ por parte das políticas públicas sociais, agora, a extensão e os possíveis instrumentos dessa diferenciação, por certo, vão depender das minudências do caso concreto. Em outras palavras, vai depender do conjunto de exigências materiais que impõem os comandos constitucionais ou infraconstitucionais de proteção das PPDs, salientando-se, sempre, o necessário dever de economicidade por parte das autoridades públicas (art. 70, *caput*, CF/88).

Porém, algo resulta elementar: na medida em que a situação fática mais se afaste das ocorrências ordinárias da vida, por certo, e com inegável razão, maior devem ser as prestações do Poder Público com o objetivo de reparar as diferenças que impedem a devida inclusão da PPD no meio social em que ordinariamente se encontram, especialmente no que concerne à inclusão nas universidades públicas e privadas, sempre tão cercada de adversidades que, naturalmente, antecedem ao próprio ingresso dos discentes nas instituições.

1.3 PRINCÍPIO DA EFETIVA INTEGRAÇÃO SOCIAL

Primeiramente, impende transcrever o fundamento normativo do princípio em análise, até mesmo para evitar o “panprincipiologismo”, isto é, de que tudo é princípio, ou se tornará um, a depender do conagraamento de interesses a que se deseja defender ou afastar.

Assim sendo, há na Constituição Federal sinais claros do princípio da efetiva integração social das PPDs, *ex vi* art. 24, inciso XIV³⁵, que,

34 Transcreve-se, para melhor esclarecimento sobre a temática, uma precisa passagem doutrinária (Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, 2009, p. 151):

“Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de terminados fins; outros não”. [...]

“Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental”.

35 Na ADI 903 – MC/MG, interposta pela Confederação Nacional do Transporte (CNT), julgado em 14.10.1993, discutiu-se a constitucionalidade da Lei nº 10.820/92, que promoveu a exigência de adaptação dos veículos com vista a atender às PPDs, sob a alegativa de afrontar competência legislativa da União sobre trânsito e transporte (art. 22, inciso XI, da CF/88, sendo que o STF entendeu que a competência legislativa da União para legislar sobre trânsito e transporte deve ser obtemperada pela competência legislativa concorrente sobre a proteção e integração social das PPDs (art. 24, inciso XIV, da CF/88), bem como não pode ser olvidado o disposto no art. 227, § 3º, da CF/88, no qual dispõe que lei disporá, dentre outras coisas, sobre a fabricação de veículos de transporte coletivo com o objetivo

apesar de tratar de competência para legislar, estabelece uma diretriz principiológica para o Poder Legislativo e, de forma mediata, para os demais Poderes da República, não se olvidando que todo complexo de competência carrega uma enorme esteira de imposições materiais aos entes políticos.

Já no âmbito da competência material, tem-se disposto no art. 23, inciso X, que dispõe sobre a integração social dos setores desfavorecidos e, como se sabe, neles se inserem, em grande medida, as PPDs, hajam vista as adversidades ordinariamente sofridas por essa considerável parcela da sociedade.

Seguindo os mesmos parâmetros, mas com uma roupagem mais específica, observa-se, ainda, o disposto no art. 203, inciso IV, no qual impõe “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”. Aqui, a previsão constitucional afasta qualquer dúvida quanto à normatividade do referido princípio, na medida em que o dever de promover a integração das PPDs na vida comunitária revela um efetivo propósito de integração social.

Por sua vez, o art. 227, § 1º, inciso II, lastreia o dever do Estado em promover a “integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação”.

Com arrimo em tais considerações, não se pode negar que o princípio da efetiva integração social possui substrato constitucional, de maneira que o *status* de princípio constitucional fortalece os permeios dos seus fins, bem como estabelece uma precisa senda de imposições à atividade legiferante³⁶ a ser exercida no plano legal.

de garantir o acesso adequado das PPDs. Ademais, por óbvia conclusão, entendeu que enquanto não existisse lei federal sobre normas gerais sobre a matéria havia uma competência de legislar plena do Estado-membro, tudo nos termos do art. 24, § 3º, da CF/88, não se olvidando os limites suspensivos do § 4º do mesmo artigo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 903 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/1993, DJ 24-10-1997 PP-54155 EMENT VOL-01888-01 PP-00029 RTJ VOL-00166-02 PP-00406). Ademais, a título de informação, a Lei nº 8.899, de 24 de junho de 2009, no seu art. 1º, concede às PPDs, comprovadamente carentes, passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual.

³⁶ Aqui, impõe-se esclarecimento: o Poder Legislativo não pode, a pretexto de empreender mecanismos para a integração social das PPDs, extrapolar os limites da atividade legiferante impostos pelos próprios direitos fundamentais que pretenda efetivar. Em outras palavras, a consolidação de direitos fundamentais

Em sede infraconstitucional, tal princípio encontra espeque nos arts. 1º, *caput*, 2º, incisos I e II, alíneas f, 9º, art. 12, incisos V e VII, todos da Lei nº 7.853/89; bem como no art. 24, da Lei nº 10.098/2000.

Considerando o ligeiro, mas necessário, apanhado normativo acima, pode-se, melhor dizer deve-se, indagar o seguinte: em que consiste o princípio da efetiva integração social?

Antes de tudo, insta gizar que todo princípio reza a determinação de fim ou fins consagrados pela ordem jurídica, sempre observados os limites fáticos e jurídicos existentes; assim sendo, o princípio da efetiva integração social, à evidência, preocupa-se, dentro da ótica a atuação administrativa, com a dinâmica das atuações estatais que empreendam a necessária valorização de núcleos, minorias ou setores que careçam de uma particular forma de integração no meio social, *rectius* comunitário, educacional etc.

Logo, toda a atuação do Poder Público deve buscar, melhor dizer alcançar, a efetiva integração social das PPDs, de forma que a destinação dos recursos, em determinado segmento da sociedade, deve priorizar as pessoas em desvantagens (art. 3º, inciso I e II, da Lei nº 9.867/1999), justamente para contemplá-las com ações que permitam a integração delas na ambiência garantida pela ação ou política pública.

Portanto, a observância do princípio da efetiva integração social implica que o Poder Público:

- (a) deva atuar de forma a estabelecer programas ou ações específicas para o segmento/setor da sociedade não integrado ou com dificuldades de integração social;
- (b) levante aportes orçamentários anuais, necessários e suficientes, com vista a promover a efetiva integração social das pessoas em desvantagens, mormente às PPDs;
- (c) deva se dedicar à agenda social determinada pelos comandos constitucionais ou infraconstitucionais, especialmente no que se refere às temáticas relacionadas às PPDs; e

mediante inovação normativa exige o que se pode chamar de reserva de lei proporcional, de modo que o exercício e a disciplina tais direitos deve ser controlada, e necessariamente ponderada, com vista a aferir a compatibilidade do seu conteúdo com as determinações sistêmicas da própria ordem jurídica. Logo, a inovação legislativa será sempre justificada pela sua proporcionalidade (Leonardo Martins, Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas, 2004, p. 98).

- (d) não pode olvidar, quando das realizações materiais decorrentes dos investimentos nas mais diversas áreas sociais, o dever de imprimir a prestação social fática correlata e necessária à efetiva integração das PPDs.

Sobre outro enfoque, centrada na integração social como meio de desenvolvimento das PPDs, tem-se que a necessidade de integração passa, inevitavelmente, pelo seu reconhecimento no âmbito familiar, de modo que eventuais realizações do Poder Público não terão maiores êxitos se o próprio grupo familiar não encetar os meios para integrar os seus membros portadores de deficiência. Logo, a adesão dos pais na promoção da integração social das PPDs e, com maior enfoque, na realização de atitudes ou condutas de educação inclusiva, por certo, possui uma relevância enorme, pois esse processo deve começar pela própria família da PPD³⁷. Tal reconhecimento faz surgir uma cadeia de boas realizações, na medida em que cria parâmetros de conduta a serem observados por toda a família e faz exigir, com considerável acatamento, a sua observância no meio social em que viva a PPD.

Apresentadas essas elementares premissas principiológicas, apresenta-se, em seguida, uma ligeira análise da ordem normativa pátria relacionada à PPD e à Educação.

2 O CONCEITO DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA³⁸

Por certo, não se trata de conceituação fácil ou de pacífica aceitação. Naturalmente, falar dos direitos e garantias das pessoas portadoras de necessidades especiais ou de deficiência enseja primeiramente definir, ou ao menos caracterizar, o seu significado. Assim sendo, impõe-se estabelecer um sentido da palavra deficiência. Dessa forma, transcreve-se um ligeiro escólio³⁹:

Entretanto, todos os indivíduos que, de modo aparente, tenham qualquer dificuldade natural, ou mesmo dificuldade de aceitação social, que sejam divergentes do padrão de “normalidade” da maioria das pessoas de um determinado grupo social, podem ser considerados como portadoras de deficiência.

37 BARBOSA, Altermir José Gonçalves; ROSINI, Daniella Collado; PEREIRA, Alessandra Almeida. *Atitudes parentais em relação à educação inclusiva*, 2007. p. 456.

38 A primeira dissidência que se pode levantar contra a expressão seria de que a pessoa não porta uma deficiência, mas, sim, a possui, de maneira que não se trata de portabilidade, mas de existencialidade.

39 ATIQUÊ, Andraci Lucas Veltroni; VELTRONI, Alexandre Lucas. *A pessoa portadora de deficiência e a educação no Brasil*, 2007. p. 07.

Portanto, o que caracteriza uma pessoa como deficiente não é a ausência de um membro ou redução de algum sentido, mas sim a ausência ou mesmo dificuldade de integração social. Todavia, é de bom tom promover uma ligeira ressalva nas considerações acima. A diferença da mencionada “normalidade” deve imprimir uma dificuldade de inserção no meio social, pois a mera diferença ou ser diferente que não constitua tal dificuldade, mas, tão-somente, um modo consciente e particular de ver e viver a vida não pode representar uma deficiência, isso só pode revelar, quando muito, a existência de uma minoria ou vertente minoritária⁴⁰, mas jamais uma deficiência ou ser concebida como tal.

Nesse ponto, é importante mencionar a definição trazida na Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, em seu art. 2º, inciso III, dispondo da seguinte forma: “pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo”.

Vê-se, assim, que a deficiência não é uma doença/patologia, mas uma limitação no desempenho de alguma atividade laborativa ou de lazer; de modo que a pessoa necessita adequar-se, haja vista suas particulares condições, para obter uma regular atuação no meio social. Ou, como deve acontecer, o meio em que se vive de conter adaptações para afastar eventuais adversidades para o exercício pleno da vida por parte das PPDs.

Por necessária referência, até por constituir norma com *status* constitucional⁴¹, cumpre assinalar o conceito de pessoa com deficiência no art. 1º da Convenção de Nova York, que é a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, promulgado pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, nestes moldes:

40 Cujo tratamento, por razões óbvias, é bem diverso da PPD, haja vista a natureza diversa dos conflitos, sem falar que problemas relacionados às minorias demandam respostas múltiplas e calcadas numa precisa ponderação de varias considerações de ordem moral, política etc, caso contrário, o atendimento de uma pauta minoritária pode caracterizar o desafogo impensado de uma pretensão agressiva e desnecessária à providencial harmonia que deve animar todo o corpo social (Aleksander Peczenik, *Derecho y Razón*, 2000. p. 144).

41 As normas constitucionais, à evidência, não se limitam ao texto constitucional, uma vez que alcançam os documentos que assumam tal status por força das próprias disposições constitucionais (art. 5º, §§ 2º e 3º), muito embora não se encontrem topograficamente na Carta Fundamental. Admite-se, portanto, a existência de normas materialmente constitucionais, quer dizer, que não tenha sido aprovado nos termos do § 3º, do art. 5º, da CF/88, o que não é o caso da Convenção de Nova York e seu Protocolo Facultativo.

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Uma elementar conclusão pode ser aferida da conceituação acima, o conceito de pessoa com deficiência sofrera um considerável alargamento, o que pode implicar algumas discussões sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da legislação infraconstitucional⁴².

Notadamente, a maturação dos seus termos pela doutrina e jurisprudência pátrias dará respostas a indagações do tipo: (a) o que caracteriza impedimento de longo prazo; (b) como identificar o alcance temporal da expressão “longo prazo”; e (c) como divisar o impedimento de longo prazo com outras barreiras impeditivas ao gozo pleno da vida para fins de proteção legal da pretensa PPD.

O fato é que a mera literalidade dos termos da Convenção, se seguida, pode levar a verdadeiros absurdos, já que uma simples cardiopatia pode enquadrar um operoso profissional como pessoa com deficiência se jungida a outras barreiras.

Como se pode perceber, o rol de possíveis portadores de deficiência é bem significativo. Aliás, dados do Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, veiculados pelo Ministério da Justiça, através

42 Por não se constituir o foco das considerações, não faz sentido perquirir a repercussão da Convenção de Nova York na legislação infraconstitucional, contudo, e fatalmente, a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) será alvo de diversas discussões jurídicas, em especial quanto à constitucionalidade do seu art. 20, § 2º, já que considera, para fins de concessão de benefício assistencial, que PPD “é aquela incapacitada para a vida independente e para o trabalho”. Em todo caso, como a própria Constituição determina ao Poder Legislativo, consoante o seu ordinário poder de conformação, a liberdade para definir os parâmetros de regência dos benefícios da Assistência Social (art. 204, inciso V), logo, não há como, a priori, inquirir qualquer vício de constitucionalidade no art. 20, § 2º, da Lei nº 8.742/93; no entanto, é merecida uma necessária releitura no dispositivo, sob pena de tornar discutível a utilidade dos termos da Convenção, já que os termos da lei se vinculam aos limites materiais de prestação do Estado e não necessariamente sobre a identificação da deficiência, sem falar que nem toda deficiência é incapacitante, e melhor que não seja.

da Secretaria Nacional dos Direitos Humanos⁴³ de 1997, afirmam que existem no mundo cerca de 600 milhões de pessoas com deficiências mentais, físicas ou sensoriais⁴⁴.

Desta forma, compreende-se o verdadeiro significado da expressão pessoa deficiente, a qual se abstrai totalmente do simples fato de conter a ausência algum membro ou sentido na pessoa humana, o mesmo também se entende àquele que não se integra socialmente. Assim, muitas pessoas podem estar incluídas nesta definição, dentre elas, os alcoólatras, deficientes visuais, mentais, físicos, esclerose múltipla etc.

À evidência, essas pessoas não podem ficar excluídas da proteção estatal. Todas são detentoras de direitos e garantias previstas constitucionalmente, independentemente de serem deficientes ou do tipo da deficiência, seja no que diz respeito a sua inclusão no seio social como trabalhador ou apenas nas atividades de lazer. Pois a exigência de exercício pleno da vida, tudo em nome da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, requer o reconhecimento e a proteção estatal das PPDs.

3 A ORDEM NORMATIVA PÁTRIA E AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS

O ordenamento jurídico brasileiro prevê direitos e garantias fundamentais⁴⁵ a toda e qualquer pessoa, sendo indiferente se a mesma é portadora de alguma deficiência ou não, e até mesmo em face das pessoas jurídicas, observados os limites que cercam a defesa ou exercício de direitos de tais pessoas por conta das particularidades que as caracterizam.

43 Cumpre mencionar que a referida Secretaria, em 1º de janeiro de 1999, foi transformada na Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, sendo que, posteriormente, esta foi guindada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos pela Lei nº

44 10.683, de 28 de maio de 2003, e, por fim, hoje, é chamada de Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República.

Lauro Luiz Gomes Ribeiro, *As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência*, 2004, p. 161.

45 Lembrando-se que as garantias constitucionais se dividem em (a) garantias institucionais; (b) garantias individuais; e (c) garantias da Constituição propriamente ditas, cujo objetivo é justamente preservar a integridade do texto constitucional. Naturalmente, as garantias constitucionais de natureza processual se destinam a viabilizar os meios ou mecanismos de defesa da Constituição, *v. g.* ADI e ADECON, muito embora algumas delas se destinem especificamente à defesa de interesses meramente individuais, *ex vi habeas corpus* ou *habeas data*. Por fim, transcreve-se o primoroso conceito de garantia constitucional da lavra do incluído Paulo Bonavides: “é uma garantia que disciplina e tutela o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da Constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”. (Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 2005, p. 537).

O Estado Democrático de Direito brasileiro tem como objetivo o exercício pleno dos direitos individuais, de modo que fixa limites tanto ao próprio Estado quanto aos administrados-cidadãos, harmonizando, desta maneira os interesses econômicos, políticos e sociais possivelmente conflitantes na coletividade. Aliás, a perspectiva de uma sociedade inclusiva, que guarda notória relação com o objeto deste estudo, permite a manutenção e o desenvolvimento de um Estado Democrático, na medida em que assegura a todos os cidadãos, notoriamente as PPDs, a possibilidade de conviver numa ambiência digna e respeitosa em face duma sociedade complexa e, conseqüentemente, diversificada⁴⁶.

Observa-se que inúmeras são as leis que regulamentam e, conseqüentemente protegem, com inegável primazia as PPDs. Dessa forma, apresenta-se o que dispõe a Carta Magna de 1988 acerca de tal tema e, posteriormente, a legislação extravagante no tocante à forma de acessibilidade à convivência comunitária, ao mercado de trabalho e, principalmente, ao direito à educação.

3.1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA

A deficiência, em quaisquer de suas modalidades, não é um tema novo, mas o é enquanto efetiva preocupação com a proteção das PPDs. A Constituição Federal de 1988, felizmente, dispõe de muitos dispositivos relacionados ao tema.

Para início, nos arts. 23 e 24, da Carta Política, observam-se as competências para *legislar* de forma comum e concorrente dos entes políticos. Percebe-se que o art. 23 cuida especificamente de competências administrativas⁴⁷, muito embora, e de certo modo, isso constitua algum substrato para regulamentar sobre determinados interesses⁴⁸. A competência administrativa pode ser exclusiva e comum, assim sendo, e exemplificando, a União possui a exclusiva nos termos do art. 21; já o Município, por sua vez, a exclusividade encontra-se elencada no art. 30. Como já afirmado, o art. 23 trata de competência administrativa

46 SILVA, Simone Cerqueira da; ARANHA, Maria Salete Fábio. *Interação entre professora e alunos em salas de aula com proposta de pedagógica de educação inclusiva*, 2005. p. 376-377.

47 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*, 2007. p. 1.001.

48 Ainda que esta afirmativa seja questionável, não se pode olvidar que o exercício de uma competência administrativa, no pior dos casos, faz com que exista competência para editar normas secundárias sobre o objeto da atuação administrativa. De modo mais tranquilo, afirma-se que as competências legislativas acarretam, mesmo que implicitamente, competências administrativas, que são meramente correlatas ou expressamente adstritas do exercício da competência de legislar.

comum da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios. O que é importante destacar é que a competência comum exige uma comunhão de esforços de modo que cada ente político atue na sua área de interesse sem interferir negativamente na área de atuação do outro, quer dizer, o exercício de uma competência administrativa por parte do Município não pode empecar o exercício de uma competência administrativa destinada à União.

Dentre as competências administrativas comuns, impende destacar a prevista no inciso II do art. 23, pois estabelece o dever dos entes políticos de “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Aqui, já se percebe que o dever de proteção⁴⁹ das PPDs constitui uma competência administrativa inarredável das pessoas políticas. E mais: o exercício da competência administrativa impõe uma atuação estatal de modo a garantir os devidos serviços de saúde e assistência social, sem falar na criação de mecanismos para que assegure o pleno exercício da cidadania, haja vista que o termo assistência pública não deve se referir apenas à assistência social, mas também, e isso é bem relevante, à atividade protetiva do Estado em face de intromissão ou atuação indevida de terceiros na vida das PPDs.

Já no art. 24, inciso XIV, por sua vez, trata competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal em legislar sobre a “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”. Aqui, por evidente, não se refere à mera competência administrativa, mas sim competência de regulamentar determinada matéria. Assim sendo, tais entes políticos devem promover as disposições legais pertinentes com vista a proteger as PPDs, bem como integrá-las no meio social.

O processo de proteção e integração social demanda uma detida análise dos pressupostos fático-jurídicos ensejadores da medida normativa a ser encampada pelo Poder Legislativo competente, uma vez que a lei não poderá estabelecer critérios ou parâmetros de proteção ou integração que resulte uma ambiência diversa da pretendida pelo comando constitucional

49 O dever de proteção é uma função dos direitos fundamentais de primeira geração, das liberdades tradicionais; dos direitos de liberdade e de defesa. A preocupação recai nos indivíduos e não no bem-estar social, não na dimensão vertical, mas sim na horizontal, quer dizer, nas relações entre particulares. Naturalmente, não é nenhuma novidade o fato de os bens protegidos pelos direitos fundamentais não serem ameaçados apenas pelo Estado, mas também por pessoas privadas. O Estado deve sua própria existência a esse fato. Ele sempre retirou sua legitimidade da circunstância de salvaguardar os cidadãos contra ataques de forças estrangeiras ou de outros indivíduos (Dieter Grimm, *A função protetiva do Estado*, 2007. p. 157).

ou, ainda, que revele uma total dissonância com os estudos especializados sobre a temática, especialmente no que concerne ao uso dos mecanismos ou meios adequados à promoção da integração social das PPDs.

A toda evidência, Constituição Federal de 1988 trouxe proteção à PPD de forma dispersa em seu texto, portanto, elencando vários dispositivos alocados em capítulos diferentes. Tendo em vista o já tratado princípio da igualdade, assegurado no artigo 5º, *caput*, da Carta Fundamental, o inciso XXXI do art. 7º, da CF/88, dispõe de regra dele decorrente em relação às pessoas portadoras de deficiência, nos seguintes termos: “Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”.

Vê-se que o texto constitucional reforçou o princípio constante no art. 5º, *caput*, em que todos são iguais perante a lei e que não se pode discriminar. Essa igualdade deve se estender à relação de trabalho, proibindo qualquer forma de discriminação, seja no que diz respeito aos salários, seja acerca dos critérios de admissão. Assim, por exemplo, uma pessoa portadora de deficiência auditiva poderá concorrer, sem maiores percalços, a uma vaga em determinada atividade compatível com a sua limitação sensorial, aliás, em alguns casos, em regime de livre concorrência. É bom que se diga o seguinte: o tratamento diferenciado somente é devido ao PPD quando efetivamente necessário em face de suas concretas limitações.

É sabido que as normas garantidoras da isonomia, em qualquer artigo que se encontre, são as que não necessitam de complementação ou regulamentação para seu entendimento. Ou seja, são autoexecutáveis, não necessitam de lei para que tenha aplicabilidade. O que se pode discutir é o limite de sua aplicabilidade⁵⁰ e não a sua existência. A exigência de igualdade de tratamento, por se constituir num direito fundamental, possui eficácia imediata e, como tal, prescinde de inovação legislativa para a sua observância (art. 5º, § 1º, da CF/88).

Assim, numa breve leitura do texto constitucional, vê-se no capítulo destinado à Administração Pública, a regra do art. 37, inciso VIII, na qual reserva parte das vagas existentes para provimento de cargos ou empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência,

50 Partindo-se do pressuposto da existência de uma lei em sentido amplo, é interessante destacar o pensamento de Jacques Derrida quando salienta que as leis podem até não serem aplicadas, contudo, elas sempre possuem aplicabilidade; ademais, menciona que não há tal [e possível] aplicabilidade sem o uso da força direta ou indireta, física ou meramente simbólica, exterior ou interior, brutal ou sutilmente discursiva, coercitiva ou regulativa e assim por diante (*Fuerza de ley: El 'fundamento místico de la autoridad'*, 1992, p. 131).

nestes moldes: “A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

Trata-se de regra que determina reserva de mercado às pessoas portadoras de deficiência, desde que aptas a disputarem o cargo público⁵¹. Melhor dizendo, desde que atendam as exigências para o exercício no cargo ou emprego pretendido. No âmbito federal, observância à determinação constitucional, a questão é tratada no art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90^{52 - 53}.

Os critérios do concurso público devem obedecer ao processo educacional do portador de deficiência. Portanto, o portador de deficiência visual tem direito, por exemplo, a realizar o exame pelo método *Braille*, em tempo proporcional à necessidade da leitura por tal método⁵⁴. Assim, falar em oportunizar ao deficiente a participar do certame, por certo, não consiste apenas em lhe possibilitar a inscrição,

51 Nesse ponto é importante destacar a Súmula nº 45 da AGU de 14 de setembro de 2009: “Os benefícios inerentes à Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência devem ser estendidos ao portador de visão monocular, que possui direito de concorrer, em concurso público, à vaga reservada aos deficientes”. Importante, ainda, mencionar as referências citadas em abono à sumula administrativa mencionada, que vincula toda a Administração Pública federal: (a) Legislação Pertinente: Art. 37, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988; Art. 5º, § 2º, da Lei nº 8.112/90; Lei nº 7.853/89; Art. 4º inciso III, do Decreto nº 3.298/99, com a redação dada pelo 5.296/2004; e (b) Jurisprudência: Supremo Tribunal Federal: ROMS nº 26.071-1/DF, relator Ministro Carlos Britto (Primeira Turma); Superior Tribunal de Justiça: RMS nº 19.257-DF, relator Ministro Arnaldo Esteves de Lima (Quinta Turma); AgRg no Mandado de Segurança nº 20.190-DF, relator Ministro Hamilton Carvalhido (Sexta Turma); Súmula nº 377, de 22/04/2009, DJe. de 05/05/2009 (Terceira Seção).

52 O que se pode objetar em relação ao dispositivo legal é o seguinte: a previsão de até 20% (vinte por cento) das vagas cria, infelizmente, uma margem de discricionariedade enorme, na medida em que apenas uma vaga pode ser ofertada na certada, já que estaria no intervalo mencionado. Melhor seria ter fixado um intervalo mais preciso, por exemplo, de 5% (cinco por cento) até 20% (vinte por cento). Uma prova desta falha é devidamente identificada no RE 227.299/MG, pois, apesar dos seus bons propósitos, deixa claro que o Poder Público atende o parâmetro constitucional com a disponibilização de apenas uma vaga para PPDs (BRASIL. Recurso Extraordinário nº 227.299, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/06/2000, DJ 06-10-2000 PP-00098 EMENT VOL-02007-04 PP-00157). Nesse ponto, a toda evidência, andou bem o disposto no art. 93, da Lei nº 8.213/91, na medida em que, na pior hipótese, ter-se-á a contratação de 02 (duas) vagas destinadas às pessoas (a) portadoras de deficiência, (b) habilitadas ou (c) reabilitadas.

53 Trata-se de lei federal e não nacional, de modo que cada ente político deverá editar a lei pertinente sobre a matéria, muito embora não seja norma geral sobre a temática, observa-se, não raro, uma mera transcrição dos dispositivos desta lei por parte de Municípios e até de Estados membros.

54 Ora, tal conclusão decorre do simples fato de existir um tratamento diferenciado que prestigie a efetiva igualdade de condições entre os concorrentes, logo, ainda que não conste claramente em qualquer disposição normativa, é evidente que o detentor de deficiência visual carece de uma diversa e aconselhada procedimentalização para promover a sua prova.

mas proporcionar mecanismos para concorrer, em regime de igualdade, na medida de sua desigualdade, com outros candidatos.

Pode-se, citar, ainda, o disposto no art. 203, incisos IV e V, da CF/88, no qual se refere à Assistência Social, tendo como regramento o amparo social à pessoa que, por não obter meio para alcançar o mercado de trabalho e, portanto, não contribuir para o Regime Geral de Previdência Social⁵⁵, encontra-se necessitado de tal forma que se imponha uma efetiva ajuda por parte do Poder Público.

O inciso IV do art. 203 prestigia a habilitação e reabilitação da PPD, bem como a sua integração à vida comunitária. A habilitação ocorre quando o PPD não possui qualquer capacidade de exercício de uma atividade laboral, fazendo com que se diligencie uma forma de capacitá-lo para o exercício de um trabalho. Por outro lado, a reabilitação tem vez quando a PPD, por razões diversas, sofrera uma limitação na sua capacidade trabalho, de maneira que se impõe uma nova forma de reabilitá-lo à mesma função ou a trabalho diverso, tendo em vista suas atuais limitações. De qualquer forma, deve-se afirmar que processo de habilitação/ reabilitação é sempre provisório e circunstancial, quer dizer, a depender do momento vivido pela PPD, novas formas de capacitação são exigíveis, seja para dilargar o complexo de suas habilidades, seja para restringi-lo de forma a evitar possíveis danos a sua saúde ou expô-lo desnecessariamente a algum risco no ambiente de trabalho. Não há negar que obtenção da capacidade de trabalho, com a consequente empregabilidade da PPD, imprime maiores possibilidades de sua inserção na vida comunitária, haja vista que o forçado ostracismo de anteriores limitações é quebrado pelo incessante movimento da vida em sociedade.

Pode-se verificar a preocupação do legislador em viabilizar a habilitação para o trabalho, bem como para a educação e o lazer, das PPDs, quando determina àqueles que necessitam o devido treinamento introduzi-los na vida social ou mesmo para diminuir sua dificuldade de integração. Na mesma senda, cogita-se da necessidade de amparar àquele que detinha capacidade laboral e que, por algum motivo, a perdera. Além disso, repita-se, é assegurada a obrigação de o Estado promover a integração destas pessoas na vida comunitária, logo, a título de exemplificação, uma forma dessa integração seria criação

55 A seguridade social se divide em (a) saúde; (b) assistência social; e (c) previdência social, sendo que somente com relação à previdência é necessária uma forma de filiação, com consequente contribuição, para fazer jus aos benefícios e serviços. Tratando-se de assistência social e saúde prescinde-se de contribuição, logo, em tais segmentos os serviços prestados são inteiramente gratuitos.

de mecanismo normativo que estabeleça a obrigatoriedade de PPD integrar os conselhos de instituições públicas ou privadas.

Naturalmente, a assistência social deve contemplar benefícios materiais aos necessitados e não apenas serviços de habilitação ou reabilitação profissional. Assim sendo, o inciso V do art. 203 atende a esse propósito, na medida em que possibilita a “garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

Tal prestação mensal, devida pela Assistência Social⁵⁶, denominado Benefício de Prestação Continuada, no valor de um salário mínimo, é concedida à PPD que, comprovadamente, não tiver condição de manter a sua própria subsistência nem de tê-la mantida por seus familiares⁵⁷. Isto é, caso a PPD não tenha condições de atender às suas necessidades básicas, tais como, a alimentação, a moradia, a saúde, a educação e a previdência social, por certo, fará jus ao benefício em referência⁵⁸.

56 A Lei nº 8.742/93 dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Cumpre informar, ainda, que cabe ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) a concessão, revisão e manutenção dos benefícios assistenciais.

57 Sobre a temática é importante destacar o teor da Súmula nº 30 da AGU, de 09 de junho de 2008, nestes termos: “A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993”. Contudo, cumpre mencionar que a referida súmula foi revogada em 31 de janeiro de 2011, sendo que o ato revogatório foi publicado no Diário Oficial da União, Seção I, nos dias 03, 04 e 07 de fevereiro de 2011. Pensa-se que a medida já decorre dos termos da Convenção de Nova Iorque, hajam vista os termos do art. 28, nº 1, nestes moldes: “Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência”.

58 Urge mencionar que os requisitos legais são bem rígidos, sendo que, em linhas gerais, têm-se os seguintes extremos para a concessão de benefício assistencial à pessoa portadora de deficiência: (a) ser pessoa portadora de deficiência nos termos do art. 20, §2º da Lei nº 8.742/93 e art. 9º, I do Decreto 6.214/2007, que a incapacite de desempenhar as atividades da vida diária e do trabalho; (b) a renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário mínimo, nos termos do art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93 e art. 9º, II do Decreto 6.214/2007; comprovada através dos meios previstos no art. 13 do Decreto 6.214/2007 e (c) não perceber qualquer outro benefício da seguridade social, exceto assistência médica, conforme disposto no art. 20, §4º da Lei nº 8.742/93, bem como o disposto no art. 9º, inciso III, do Decreto nº 6.214/2007. O primeiro requisito, que trata da comprovação de deficiência, por evidente, não aplica aos possíveis pretendentes ao benefício de amparo social à pessoa idosa, sendo que, nos termos do art. 4º, inciso I, do Decreto nº 6.214/2007, considera-se pessoa idosa aquela que possui, no mínimo, 65 (sessenta e cinco) anos de idade. Na ADI nº 1.232/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

A Ordem Social, devidamente tratada no Título VIII da atual Carta Política, precisamente no Capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, houve ampla preocupação em dar proteção especial às PPDs.

Assim sendo, o inciso II, do § 1º, do artigo 227, traça meta de programa assistencial do Estado para a criança, o adolescente e o jovem. Percebe-se que houve grande preocupação do legislador constituinte em amparar a pessoa portadora de deficiência ao determinar os rumos a serem tomados no exercício da atividade legiferante, bem como no âmbito da atuação administrativa. Na instituição de tais programas, por certo, deve-se visar sempre ao atendimento especializado às crianças, adolescentes e jovens portadores de deficiência, assim como a sua integração social, na qual se tornará concreta através do treinamento para o trabalho, da facilitação de bens e serviços coletivos e, por fim, pela eliminação de preconceitos e de obstáculos arquitetônicos.

O § 2º do mesmo artigo, por sua vez, revela a importância do tratamento dispensado acerca da eliminação das barreiras arquitetônicas e da adaptação de veículos de transporte coletivo, facilitando acesso às pessoas portadoras de deficiência ao pleno convívio social. Determina, dessa forma, que os transportes coletivos, nos termos da lei, deverão ter espaços reservados para as pessoas portadoras de deficiência, assim como meios facilitados de ingresso, como, por exemplo, elevadores para as pessoas com problemas de locomoção ou sinais sonoros para as pessoas portadoras de deficiência visual.

ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095), interposta pelo Procurador-Geral da República, o STF considerou constitucional o critério objetivo adotado, todavia, a própria Corte tem obtemperado os seus termos, quando admite a existência de valores que não entram no cômputo da renda per capita, como se pode observar na Ementa do RE 561.936/PR (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 561936, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 15/04/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-06 PP-01210): "RECURSO. Extraordinário. Benefício de prestação continuada. Art. 203, V, da CF/88. Critério objetivo para concessão de benefício. Art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 c.c. art. 34, § único, da Lei nº 10.741/2003. Violação ao entendimento adotado no julgamento da ADI nº 1.232/DF. Inexistência. Recurso extraordinário não provido. Não contraria o entendimento adotado pela Corte no julgamento da ADI nº 1.232/DF, a dedução da renda proveniente de benefício assistencial recebido por outro membro da entidade familiar (art. 34, § único, do Estatuto do Idoso), para fins de aferição do critério objetivo previsto no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 (renda familiar mensal per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo)". No caso, a própria regra do § único do art. 34 do Estatuto do Idoso é contraditória. Ora, se se admite a exclusão dos valores percebidos a título de benefício assistencial destinada à pessoa idosa, com maior razão, não deveria incluir os valores destinados à PPD, hajam vista que as necessidades materiais são, na maioria dos casos, ainda maiores.

Portanto, o Diploma Constitucional impõe a necessidade de adaptação de logradouros e edifícios públicos, a eliminação das barreiras, de qualquer empecilho ou obstáculo que impeça ou dificulte o livre trânsito das PPDs, o que constitui um dos claros propósitos do princípio da integração social.

Impende, ainda, destacar o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, que promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, no qual revela a importância dispensada à temática no plano constitucional⁵⁹. O status de norma formal e materialmente constitucional da referida Convenção, por certo, representa uma evolução no trato da matéria, especialmente por dilatar o complexo normativo de proteção das PPDs⁶⁰.

3.2 A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Há uma expressiva teia de leis e regulamentos sobre as PPDs no Brasil. Contudo, isso não implica dizer que entre elas se dê uma elementar sistematicidade e, muito menos, uma efetiva aplicabilidade, principalmente por demandar recursos materiais nem sempre disponíveis.

Nesse tópico, por razões óbvias, limita-se a citar alguns dispositivos, raras são as tergiversações, relativos às leis que cuidam ou das PPDs, muito embora seja importante mencioná-los para alcançar uma compreensão sistêmica da matéria, tem-se esse cuidado para evitar uma demorada e repetitiva exposição da matéria.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que constitui um microsistema jurídico, possui importantes disposições de proteção da PPD. Para início, o art. 11, § 1º, do ECA, é categórico ao estabelecer um atendimento especializado às crianças e aos adolescentes portadores de deficiência, de modo que noção de especialização é inafastável na promoção das políticas públicas destinadas ao atendimento das crianças e adolescentes, mormente quando tais sejam pessoas portadoras de deficiência. Aliás, não há como afastar o atendimento adequado da

59 Aliás, refere-se ao primeiro tratado a ser recepcionado nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88.

60 A Convenção possui 50 artigos e 25 considerandos, já o Protocolo Facultativo, por sua vez, contém 18 artigos, de modo que, para os fins deste trabalho, não se promove uma detida análise dos seus termos, em que pese toda a sua importância, pois, por evidente, isso demanda uma análise em estudo específico, especialmente porque a Convenção apresenta interessantes dispositivos sobre a PPD, a começar pelo seu conceito, como já explicitado supra.

necessária especialização dos profissionais responsáveis por este atendimento; assim sendo, constitui um pressuposto inafastável para promover o devido tratamento das PPDs o atendimento promovido por profissionais capacitados e, mais que isso, devidamente treinados para o público que demande um tratamento particularizado (art. 7º, item 3, da Convenção de Nova Iorque).

Já o art. 54, inciso III, do ECA, estabelece uma diretriz clara, a saber, impõe-se o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”⁶¹. Aqui, arvoram-se as mesmas considerações do art. 208, inciso III, da CF/88, mormente no que se refere à necessidade de evitar o máximo possível a segregação⁶² dos educandos⁶³, item 5 *infra*.

Com relação à proteção da PPD, impende aferir os termos do art. 66 do ECA, *his verbis*: “Ao adolescente portador de deficiência é assegurado trabalho protegido”. Notadamente, deve-se extrair o melhor sentido possível das disposições legais, contudo, algumas são destituídas de maiores significados. Ora, qual o trabalho que não seja protegido pela ordem jurídica? À evidência, deve-se interpretar a lei no sentido de que ao adolescente portador de deficiência é assegurado especial proteção no ambiente de trabalho. Ou, quando muito, pode-se salientar que ao adolescente é garantido o direito à profissionalização, inclusive com o asseguramento de emprego no mercado de trabalho.

Com relação à política de atendimento dispensada às crianças e aos adolescentes, insta mencionar a feliz disposição do inciso VII, do art. 87, do ECA, nestes termos:

[...] campanhas de estímulo ao acolhimento sob forma de guarda de crianças e adolescentes afastados do convívio familiar e à adoção, especificamente inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes,

61 A mesma preocupação é observada no art. 208, inciso II, do ECA.

62 Como bem salienta o seguinte escólio: “A superação da exclusão escolar demanda, no entanto, muito mais do que mero direito à vaga e permanência; demanda a superação dos valores que segregam e banem o indivíduo no cotidiano de uma experiência em que jamais se conseguem superar os limites do intolerável, do fracasso eminente” (Luiz Antônio Gomes Senna, Formação docente e educação inclusiva, 2008, p. 202).

63 Defende-se que, nos dias atuais, a segregação, *mutatis mutandis*, constitui a mesma penalidade aplicada às PPDs na antiguidade, quer dizer, manter o afastamento das PPDs representa, dentro do contexto hodierno, a prática do abandono ou da indiferença praticada pelos romanos na antiguidade (Maria Salete Fábio Aranha, Paradigmas da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência, 2001, p. 161).

com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos.

De fato, o acolhimento de PPD não é comum, especialmente quando os adotantes desejam uma criança para a família, quando, a bem da verdade, deve-se prestigiar uma família para a criança, pois a relação de necessidade e prioridade se alinha em face das crianças e dos adolescentes e não da família que tenha interesse na adoção. Então, as campanhas devem se ocupar na importância do acolhimento ou da adoção das PPDs, pois, constituindo um enorme ato de solidariedade, certamente, pode se inclinar à promoção de medidas que permita uma melhor qualidade de vida às PPDs. Em complemento ao inciso transcrito, tem-se o disposto no art. 197 – C, § 1º, do ECA, que determina aos eventuais adotantes “a preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças maiores ou de adolescentes, com necessidades específicas de saúde ou com deficiências e de grupos de irmãos”.

Tratando-se de medidas sócio-educativas, no caso de eventual cometimento de ato infracional, observam-se as mesmas considerações quanto à necessidade de tratamento adequado às crianças e aos adolescentes portadores de deficiência, *ex vi* art. 112, § 3º, do ECA.

Outra importante Lei de proteção das PPDs é a de nº 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências, na qual cumpre o disposto no art. 227, § 2º, da CF/88. Dentre suas importantes disposições, assoma em importância o que prescreve o art. 23, pois determina que:

A Administração Pública federal direta e indireta destinará, anualmente, dotação orçamentária para as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios de uso público de sua propriedade e naqueles que estejam sob sua administração ou uso.

Parágrafo único. A implementação das adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas referidas no caput deste artigo deverá ser iniciada a partir do primeiro ano de vigência desta Lei.

Curiosamente, passados mais de 10 (dez) anos da determinação legal, não raras vezes, PPDs são surpreendidas com a existência de

barreiras arquitetônicas nos órgãos ou logradouros públicos, fato lamentável, portanto. Tudo isso leva a crer que a execução orçamentária não tem observado, a contento, o disposto no referido dispositivo legal.

Observa-se, ainda, a Lei nº 10.436/2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências, constitui um relevante instrumento para a promoção do conhecimento das PPDs, inclusive por obter o reconhecimento como meio legal de comunicação e expressão, o que representa uma inegável avanço, pois possibilita, para todos os fins, a validade de atos de disposição de vontade expressados através da Libras.

Pertinente gizar que as instituições públicas, assim como as empresas concessionárias de serviço público de assistência à saúde⁶⁴, “devem garantir atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva” (art. 2º da Lei nº 10.436/2002), observada a legislação em vigor. Ademais, as instituições de ensino dos entes políticos devem assegurar a “a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, conforme legislação vigente” (art. 4º da Lei nº 10.436/2002).

A mais efetiva lei de proteção das PPDs, sem sombra de dúvida, é a de nº 7.853⁶⁵, de 24 de outubro de 189, na qual estabelece uma série de diretrizes para a atuação do Poder Público com vista a promover sua efetiva integração social. Tais diretrizes se dirigem aos mais diversos setores e são facilmente identificados no art. 2º, tais como, educação (inciso I), saúde (inciso II), na área da formação profissional e do trabalho (inciso III), na área de recursos humanos (inciso IV), e na área de edificações (inciso V). Além das disposições mencionadas, observa-

64 Não se compreende os termos do dispositivo legal, uma vez que o serviço de saúde imprescindível de concessão dos entes políticos (art. 199 da CF/88 e art. 21 da Lei nº 8.080/90), o que há, na verdade, é um registro junto Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Portanto, não há um processo seletivo de caráter concorrencial, mas apenas um processo de aferição da regularidade das atividades a serem desenvolvidas pela operadora de plano de saúde devidamente registrada. Ademais, cumpre transcrever os termos do art. 20 da Lei Orgânica da Saúde, nestes termos: “Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde”.

65 Que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - CORDE, assim como institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

se, ainda, uma preocupação na adoção de mecanismos processuais⁶⁶ de defesa/proteção das PPDs (arts. 3º a 7º), assim como tipificou condutas para fins penais (art. 8º).

Ademais, no art. 9º tem-se, dentre tantas disposições já citadas nesse sentido, que a Administração Pública Federal, no que se refere ao atendimento das disposições da mencionada lei, deve promover às PPDs “tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social”. Sobremais, cumpre salientar que a coordenação superior das atividades relativas à PPD fica a cargo da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, de modo que, hoje, não há falar efetivamente na CORDE (art. 10)⁶⁷, muito embora, por uma clara atecnia legislativa, ainda permaneça a sua referência no art. 12 e parágrafos do revogado *caput* do art. 13.

Por fim, destaca-se o art. 11, da Lei nº 11.788/2009, permite que o estágio da PPD possa ultrapassar o prazo de 02 (dois) anos, sendo que no art. 17, § 5º, por sua vez, numa feliz disposição legal, determina que 10% (dez por cento) das vagas oferecidas para estágio são destinadas às PPDs⁶⁸.

66 Inclusive no âmbito administrativo, por força da Lei nº 12.008, de 29 de junho de 2009, que alterou a Lei nº 9.784/99, conhecida como a Lei Geral do Processo Administrativo Federal (LGPAF), possui prioridade, em qualquer instância, na tramitação dos processos administrativos as PPDs (art. 69 – A, inciso II, da Lei nº 9.784/99), o mesmo tratamento é dispensado à pessoa idosa, quer dizer, que possui idade igual ou superior a sessenta anos (art. 69 – A, inciso I, da Lei nº 9.784/99). Curioso observar que a mesma lei que alterou a LGPAF não normatizou da mesma forma no CPC (Lei nº 5.869/73); isto é, a inclusão do art. 1.211 – A contemplou apenas a pessoa idosa e a pessoa portadora de doença grave. Não se sabe o motivo da diversidade de tratamento. O dever de prioridade determinada no processo administrativo é tão importante quanto no judicial, inclusive, tanto num quanto noutra, a celeridade no trâmite do processo acarreta consideráveis benefícios aos interessados, de modo que a lei não andou bem por não conceder a mesma prioridade para a PPD no Código de Processo Civil, mormente quando na via judicial se afigura mais premente a celeridade na conclusão do processo, já que costuma ser bem mais moroso que o administrativo.

67 Na verdade, a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência (CORDE) foi elevada à condição de Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD), tudo por conta dos arts. 1º e 11 da nº 11.958/2009, de 26 de junho de 2009, sendo a Subsecretaria o órgão da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) responsável pela articulação e coordenação das políticas públicas voltadas às PPDs.

68 Além da legislação citada, são diretamente relacionados à PPD os seguintes decretos: (a) Decreto nº 6.094, de 24 de abril de 2007, que dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal, em regime de colaboração com Municípios, Distrito Federal e Estados, e a participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica; (b) Decreto nº 6.215, 26 de setembro de 2007, que estabelece o Compromisso pela Inclusão das Pessoas com Deficiência, com vistas à implementação de ações de inclusão das pessoas com deficiência, por parte da União Federal, em regime de cooperação com Municípios, Estados e Distrito Federal, instituiu o

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A EDUCAÇÃO

Retornando à análise da Lei Maior, agora com enfoque na educação, impende mencionar o art. 205, que assegura a educação como um direito de todos e uma obrigação do Estado, e não apenas deste, mas, também, da família com o providencial incentivo colaboracional da sociedade, tudo em vista ao pleno desenvolvimento da pessoa, de modo que obtenha o necessário preparo para o exercício da cidadania, bem como a devida qualificação profissional.

Portanto, duma aligeirada leitura do artigo, vê-se que é dever do Estado e da família prestar a educação aos membros da sociedade, ou seja, o dever possibilitar a promoção do pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Repita-se: não consiste em obrigação apenas do Estado, como se pode sugerir a superficialidade do senso comum, não mesmo; a obrigação de prestar educação depende igualmente da efetiva colaboração da família. Assim, a missão do Estado e da família de educar se impõe a todas as pessoas, sejam elas deficientes ou não.

Comitê Gestor de Políticas de Inclusão das Pessoas com Deficiência -CGPD, e dá outras providências; (c) Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, que regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 10 de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências; (d) Decreto nº 6.571, de 17 de setembro de 2008, que dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o parágrafo único do art. 60 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007; (e) Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005, que regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000; (f) Decreto nº 2.208, de 17 de abril de 1997, que regulamenta o § 2º do art. 36 e os arts. 39 a 42 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional; (g) Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências; (h) Decreto nº 914, de 6 de setembro de 1993, que institui a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, e dá outras providências; (i) Decreto nº 3691, de 19 de dezembro de 2000, que regulamenta a Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994, que dispõe sobre o transporte de pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual; (j) Decreto nº 3.952, de 4 de outubro de 2001, que dispõe sobre o Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD; (k) Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, que regulamenta as Leis nos 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências; e (l) Decreto nº 3.956 de 8 de outubro de 2001, que promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

Mais adiante, no art. 208, colhem-se as regras que devem ser observadas no cumprimento do dever exigido do Estado e da família, aliás, o dispositivo traça as garantias fundamentais relacionadas à Educação.

A obrigação do Estado de prestar educação de qualidade, o que constitui um dever prestacional positivo fático⁶⁹ do Poder Público, passa, obrigatoriamente, pela concessão de educação especial às PPDs, na qual, por força da norma constitucional, que dispõe que o Estado promoverá a integração das PPDs na vida comunitária, *ex vi* art. 208, inciso III, deve ser feita na rede regular de ensino, preferencialmente.

Vale destacar que a Constituição Federal buscou efetivar a integração da PPD, bem como evitar quaisquer formas de discriminação, tanto que impõe o seu processo de aprendizagem na rede regular de ensino, de maneira a prestigiar a convivência com os demais estudantes e, portanto, viabilizando a sua integração na comunidade. A ideia de separar a PPD numa escola especial, distinta das outras pessoas, tornou-se ultrapassada, ou melhor, revelou-se prejudicial à própria PPD, já que não constituía um regime de inclusão ou desenvolvimento das pessoas, mas, sim, de efetiva consagração das suas limitações.

Atualmente, predomina a ideia da inclusão, em que a pessoa é colocada na rede regular, onde caberá ao docente dominar as habilidades para receber, adaptar e acompanhar o aluno. O importante, nisso tudo, consiste no alcance do objetivo primordial do Estado, que é integrar a PPD à vida comunitária, de forma que as diferenças e as dificuldades são superadas, bem como possibilita o regular desenvolvimento da solidariedade entre todos.

Não se imagina, na pós-modernidade, uma escola segregada, quer dizer, que promova a segregação entre as pessoas. É preciso desenvolver a inclusão como forma de participação social e, acima de tudo, democrática na consolidação da aprendizagem dos alunos. Aquele que ingressa na rede regular lida ou se relaciona com colegas que não são portadores de deficiência. Deve-se, portanto, realizar uma nova leitura do artigo 208, inciso III, dando-lhe nova interpretação com vista a atender às necessidades das PPDs e a evolução da proteção dos direitos.

Em outras palavras, a exigência das pessoas não portadoras de deficiência de conviver com as PPDs, à evidência, constitui um direito que

69 Ou, em termos mais claros, a existência de um direito fundamental que tenha por conteúdo, simplesmente, uma ação do Estado.

deva ser observado. Não se trata apenas de inclusão da PPD em face de um contexto diverso, mas, também, da necessidade de convivência das pessoas não portadoras de deficiências numa ambiência que permita o respeito recíproco, circunstancia somente possível em face duma convivência diária.

Prescinde-se, assim, de alteração da norma constitucional, mas apenas a promoção duma evolução quanto à interpretação da norma constitucional, *interpretação evolutiva*⁷⁰, o que autoriza uma releitura de textos constitucionais com vista a dar cumprimento aos objetivos do Estado, no caso, de promover o bem de todos mediante mecanismos de educação inclusiva, sem qualquer distinção de origem, sexo, cor ou quaisquer outras formas de discriminação. Então, a expressão “preferencialmente na rede regular de ensino” não implica admitir, em caráter excepcional, a idéia de exclusão em outros estabelecimentos, mas, tão-somente, a de permitir meios ou procedimentos mais adequados em face das limitações das pessoas portadoras de deficiências. Parâmetros de regularidade ou normalidade são importantes para o processo de aprendizagem das PPDs, bem como são relevantes para as pessoas tidas como não portadoras deficiências, na medida em que possibilita uma convivência harmônica que faz reconhecer a importância da alteridade nas relações sociais.

Assim, integrar a pessoa portadora de deficiência no processo regular e básico de ensino é, à evidência, permitir um melhor relacionamento com outras pessoas a fim de que estas conheçam e aprendam a lidar com as adversidades até então alheias a sua realidade, o que fará com que todos se enriqueçam culturalmente, tenham um melhor desenvolvimento e, enfim, aprendam com a realidade social que os cercam, tudo de modo a permitir uma educação que prestigie a convivência na diversidade.

4.1 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Carta Magna dispõe, em seu art. 6º, a educação como um direito social⁷¹. A fundamentalidade deste direito decorre da premente

70 A interpretação evolutiva se notabiliza por se um processo informal de reforma do texto constitucional, quer dizer, alteração gráfica do texto, em virtude de contextos ou vicissitudes histórico-sociais que, naturalmente, não poderiam ser prospectadas, pelo menos com precisão, pelos constituintes (Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 2004, p. 146).

71 Com relação aos direitos sociais, pelo menos a maior parte deles, é importante gizar que: (a) não se nega que toda norma constitucional possua eficácia e aplicabilidade, especialmente os direitos fundamentais (por todos, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2009, p. 281), contudo, as diretrizes ou programas determinados pela Carta Política dependem de uma atuação do Poder Legislativo, de modo a perseguir os fins estabelecidos pelas normas constitucionais; (b) ademais, também não se nega que há uma obrigação formal de atingir tais fins, todavia, inexistente uma obrigação

necessidade de promover o desenvolvimento da pessoa humana. Assim sendo, cômicos dessa premissa, os constituintes impuseram ao Estado o dever de prestar educação a todos.

E mais que isso: restou expressamente determinado o dever de prestação positiva⁷² fática de garantir à educação dos nacionais, tudo nos termos do art. 208 da Carta Fundamental, de modo que a atuação da Administração Pública contemple a todos com o devido sistema de ensino que permita o desenvolvimento profissional e pessoal dos cidadãos.

Aliás, os propósitos ou objetivos da educação, devidamente expressados nos arts. 205 a 214 da CF/88⁷³, permitem, acima de tudo, o desenvolvimento do próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que fomenta a diversidade de conhecimento e abona o pluralismo que necessariamente exsurge da própria contextura que cerca atividade de produção de conhecimento, que é de natureza essencialmente cognitiva, portanto, reflexiva e crítica⁷⁴.

precisa no que concerne aos meios a serem empregados, já que podem ser tantos; logo, também não se pode negar que há uma considerável margem de indeterminação quanto ao conteúdo dos direitos sociais; (c) sobremais, e numa maior escala de preocupação, pelo menos no Brasil, mesmo que exista uma precisa delimitação dos meios a serem empreendidos pelo Legislador, não se pode esquecer que não há uma obrigação efetiva de o Poder Legislativo editar leis (ainda que se diga que, mediante Mandado de Injunção Individual/Coletivo ou Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão, possa estabelecer parâmetros concretos de uma atividade normativa); enfim, a contextura que cerca os direitos sociais é extremamente limitada pela vontade política do Congresso (Riccardo Guastini, *Estudios de teoría constitucional*, 2001, p. 223); e (d) por fim, afasta-se, em certa medida, o entendimento de que a serodiosa efetivação dos direitos sociais é apenas empedada pelo Poder Executivo. Tal entendimento não desprestigia a eficácia dos direitos fundamentais, ao contrário, apenas salienta a questão numa perspectiva mais realística e, assim, mirar esforços para mudar essa realidade, pois a mera pregação de eficácia jurídica sem a devida institucionalização dos meios operativos para essa desejada eficácia, por certo, não constitui qualquer avanço na consolidação dos direitos fundamentais de caráter prestacional.

72 Cumpra salientar que nem todo direito social se caracteriza por uma prestação positiva, v. g. direito de greve ou mesmo liberdade sindical, nesses casos, por evidente, não se têm um conteúdo prestacional positivo. Ademais, o simples fato de exigir uma intervenção do Poder Público não representa, efetivamente, que se trata de um direito a uma prestação positiva, v. g. o direito às férias ou o direito a um salário mínimo, em tais hipóteses a intervenção se ocupa não necessariamente pelo seu caráter prestacional, mas sim fiscalizatório, pois do contrário todo direito seria, notadamente, prestacional; assim sendo, a mera exigência de organização estatal não caracteriza um direito social como prestacional, impõe uma atuação pautada em bens ou recursos econômicos (Luis Prieto Sanchís, *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*, 1995, p. 15).

73 Naturalmente, parte desses objetivos possui uma conexão inarredável com as disposições constitucionais relativas à cultura e à ciência e tecnologia (arts. 215 a 216 e arts. 218 a 219, todos da CF/88).

74 Sobre a temática, transcreve-se uma precisa colocação doutrinária (Peter Häberle, *El Estado Constitucional*, 2003, p. 189):

Dessa forma, o direito à educação não se trata de mero direito público subjetivo, art. 208, § 1º, da CF/88, terminologia de cunho individualista⁷⁵, ao revés, trata-se de direito social de ambiência coletiva e exigível em face do Estado, ainda que possa ser individualmente exigível em face do Poder Público⁷⁶.

Nesse ponto, é importante destacar a importância do Ministério Público para viabilizar o direito à educação às PPDs, de maneira que o direito social à educação seja efetivamente cumprido pelo Poder Público, haja vista o irretorquível interesse público a ensinar a atuação ministerial⁷⁷.

Ademais, não se pode olvidar o disposto no § 3º, do art. 212, da CF/88, com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 59/2009, no sentido de que deve existir uma distribuição prioritária dos recursos públicos com vista ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório. Sobremais, por se tratar de um direito fundamental, é sempre importante destacar a sua aplicabilidade imediata, *ex vi* art. 5º, § 1º, da CF/88; logo, não procede qualquer alegativa de inviabilidade normativa de exigência do direito à educação por parte das PPDs, muito embora, não se deva esquecer a existência de eventuais, mas superáveis no tempo, obstáculos de natureza fática na consecução desse direito social.

4.2 A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO

No plano infraconstitucional, destaca-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBN), Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996,

“Los fines de la educación se constituyen en condiciones de base de la Constitución del pluralismo y de la libertad. La Constitución de la libertad depende de que se pongan al descubierto los contenidos de la educación, ya que la apertura de la sociedad y la Constitución solamente pueden sostenerse frente al trasfondo de sustancias educativas e culturales”.

75 Com a transição, e posterior mudança, do Estado liberal para o Estado social de Direito, nas quais podem ser elencadas as seguintes: (a) a superação dos direitos públicos subjetivos, de inegável jaez individualista, através dos direitos fundamentais, de sorte a conceber, além dos tradicionais direitos civis e políticos, também os direitos econômicos, sociais e culturais; (b) tendo em vista a peculiar natureza jurídica dos direitos fundamentais exigiu-se a superação da rígida distinção entre a parte dogmática e a parte orgânica dos direitos constitucionais; e (c) bem como o reconhecimento dos direitos fundamentais como valores ou princípios básicos do sistema jurídico-político, de modo a serem considerados pelo método de interpretação (Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 2003, p. 252).

76 Naturalmente, deve ser observado sempre os limites orçamentários do Estado, sob pena de inviabilizar outras demandas importantes na sociedade. Em qualquer caso, não se admite a ausência do Poder Público, mas, quando muito, limitações em face de contingências de ordem orçamentárias devidamente justificadas, sem prejuízo do disposto no art. 212, caput, da CF/88.

77 Hugo Nigro Mazzilli, *O Ministério Público e a Pessoa Portadora de Deficiência*, 2001, p. 113.

que carrega uma série de disposições sobre a educação brasileira em todos os níveis, inclusive realçando que em todas as esferas administrativas o Estado deve garantir o ensino obrigatório (art. 5º, § 2º). Portanto, o ensino obrigatório não é e nem pode se limitar a uma mera retórica constitucional ou legal, trata-se imperativo exigível de quaisquer dos entes políticos, observadas, naturalmente, as competências administrativas relacionadas ao grau ou nível do ensino ofertado.

Impende destacar que tal lei tem por objetivo promover uma transformação na sociedade brasileira e efetivamente empreender o direito social à educação. Tratando-se mais especificamente sobre as pessoas portadoras de deficiência, insta mencionar o disposto no art. 4º, inciso III, da referida lei: “atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino”. Como se pode observar, a LDB apenas consolida as disposições do texto constitucional, logo, aplicam-se as mesmas considerações da norma constitucional com as especificidades que a lei ordinária elencar, já que são leis que estabelecem os institutos ou criam os mecanismos para fazer valer os comandos constitucionais.

Dessa forma, com o intuito de permitir uma maior integração das PPDs no sistema regular de ensino o art. 59 da LDBN preceitua uma série de determinações a serem empreendidas por todas as esferas administrativas dos entes políticos para assegurar aos educandos com necessidades especiais o devido desenvolvimento educacional.

O sentido da lei é claro e objetivo: a integração social das pessoas portadoras de deficiência passa, necessariamente, pela adequada integração no sistema de ensino público. Então, nada mais elementar que estabelecer os critérios ou mecanismos que atenda essa integração.

O primeiro deles é uso de “currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades” (art. 59, inciso I). De fato, a ideia de educação inclusiva não se coaduna com o pensamento de tratamento igualitário, fazendo com que a PPD passe por doloroso processo de adaptação; muito pelo contrário, se compadece com o entendimento de que o processo de *aprendizagem evolutiva* demanda graus ou níveis de desenvolvimento; logo, se impõe à adoção de métodos ou técnicas adequadas a esse desiderato e, conseqüentemente, num cair dos dias, a PPD terá condições de adotar as técnicas dos demais estudantes ou, caso isso não ocorra, não será motivo ou razão para segregá-lo dos

demais, mas, tão-somente, de somar esforços para sua aprendizagem ocorra de maneira mais profícua possível.

Interessante prescrição é a que se encontra no inciso II, do art. 59, pois reconhece a existência de situações particulares que exigem, por conseguinte, tratamentos bem específicos. Assim sendo, tal disposição legal determina a adoção de *terminalidade específica* para os educandos que não consiga atingir o nível exigido para ultimar o ensino fundamental, hajam vista as suas deficiências. Observa-se que a lei não prevê forma de conclusão alternativa para o ensino médio ou superior. Nesse ponto, acredita-se que a prescrição legal não tenha sido discriminatória, pois a própria noção de educação faz imperar a ideia de capacitação, logo, admitir a conclusão alternativa para os demais níveis de ensino, por certo, implicaria redução nos parâmetros sistemáticos de compreensão exigíveis para o exercício de determinados cargos profissionalizantes, o mesmo se diga, e com maior razão, para formações profissionais.

Agora, deve-se destacar o seguinte: a limitação deve ser inconteste, pois a mera existência de dificuldade, ou mesmo reiteradas repetências, não representa, por si só, a impossibilidade cognitiva do educando, de modo que deve ser possibilitado o regular término do concurso, em que pese a sua serodiosa conclusão. Por outro lado, em se tratando de superdotados, a lei exige meios para acelerar a conclusão do programa escolar, em qualquer que seja nível ou grau, o que deve constituir o reconhecimento por parte de escolas ou universidades da particular situação de aluno, por assim dizer, com notório potencial de conhecimento⁷⁸.

Ademais, o uso de métodos ou técnicas adequadas, por certo, demanda a existência de professores capacitados, quer dizer, com a devida especialização para promover o devido atendimento das PPDs nas escolas públicas ou universidades, como bem dispõe o inciso III, do art. 59. Com efeito, com a devida capacitação dos professores é possível levar adiante o *processo de normalização* das PPDs ou, mais que isso, a educação inclusiva. Isto é, a integração gradativa dos educandos especiais nas classes comuns⁷⁹ ou, melhor ainda, e quando for o caso, o abandono de técnicas especiais

78 Infelizmente, ainda persiste a resistência de muitas escolas, principalmente as públicas, em admitir alunos com faixa etária diversa da *usualmente* aceitável, como se isso foi um motivo ou razão suficiente para retardar o processo de aprendizagem do educando.

79 Pois o ideal não é adoção de classes especiais, mas sim a capacitação de professores em classes comuns com adaptações para receber educandos especiais. A leitura apressada do dispositivo leva a entender na existência de dois tipos de classes, a saber, a comum e a especial, de modo que, com o passar do tempo, a PPD passaria a se integrar nas classes comuns. Esse entendimento é equivocado. Não faz o menor sentido insistir na ideia de educação pautada na segregação; no caso, a melhor saída é manter as classes

nas classes comuns, haja vista a total integração das PPDs em regime de particular igualdade de tratamento. Contudo, insta advertir que o *processo de normalização* não representa efetivamente educação inclusiva, pois justamente por procurar equiparar situações inicialmente tidas como diversas, faz com que ocorra uma noção de *esforços de acompanhamento* em face dos demais alunos e não, prontamente, a coexistência harmônica e evolutiva das PPDs com os demais alunos. Aliás, a própria noção de *processo de normalização*, nos seus primórdios, carregou em si uma concepção de inegável discriminação, pois a “expectativa de que a pessoa com deficiência se assemelhasse ao não deficiente, como se fosse possível ao homem ‘ser igual’ e como se ser diferente fosse razão para decretar a sua menor valia enquanto ser humano e ser social”⁸⁰.

Assim, apesar dos necessários esforços para melhorar a adaptação das PPDs em face das ordinárias exigências da vida pós-moderna, deve-se respeitar o direito delas de assumirem sua condição de pessoas com deficiência e exercer essa identidade sem quaisquer discriminações, afinal, a própria noção de reconhecimento de suas limitações constitui um importante passo para promover o exercício pleno da vida, na medida em que possibilita enxergar, sem qualquer ranço de inferioridade, e com o necessário suporte, o raio incomensurável de atividades efetivamente exercíveis na sociedade.

Fomentado uma perspectiva de educação para o trabalho, no inciso IV do art. 59, observa-se uma preocupação do legislador de promover a inserção da PPD no mercado de trabalho, para tanto, impescinde de uma educação específica que associe o necessário conhecimento do programa regular de ensino com o incremento de uma programação técnica que capacite a PPD ao exercício de atividades demandadas nos mais diversos segmentos do setor produtivo. Naturalmente, nem todas PPDs terão condições de galgar o seu espaço no mercado competitivo; logo, a disposição legal foi feliz ao prevê a existência de condições adequadas aos educandos que não conseguirem uma efetiva inserção no mercado de trabalho, pelos meios ordinariamente empreendidos, mediante a atuação de órgãos públicos, e assemelhados, dedicados a esse propósito, a saber, habilitação ou reabilitação da PPD para funções úteis, ainda que não seja destinado ao trabalho competitivo. Ademais, oportuna é a previsão de tratamento adequado às PPDs que possuem notórias habilidades nas áreas artísticas, intelectual ou psicomotora, pois faz com que esses inegáveis talentos tenha

comuns com os devidos ajustes para receber as PPDs, observados, por certo, os limites ou níveis de tais adaptações, de sorte a não promover uma indevida alteração nos rumos dos estudos dos demais alunos.

80 Maria Salete Fábio Aranha, *Paradigmas da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência*, 2001, p. 169.

o merecido reconhecimento do Poder Público e, assim, possivelmente empreender atuações relevantes na sua área de interesse.

Por fim, no inciso V do art. 59, apresenta o seguinte: “acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular”. A noção de acesso igualitário, por certo, guarda intrínseca relação com as particulares situações dos educandos envolvidos, de modo que a reserva de tratamento igualitário não deve fazer com que ocorra a mesma distribuição de recursos ou benefícios, mas, sim, um rateio que possibilite o atendimento prioritário das PPDs, sob pena das ações governamentais não alcançarem os propósitos relacionados ao pleno desenvolvimento dos educandos especiais.

5 O ENSINO SUPERIOR E AS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA

No Brasil, o Ensino Superior possui enormes gargalhos para promover o processo de desenvolvimento nacional com inferências positivas para todos⁸¹ - ⁸². Trata-se de fato público e notório que prescinde de comprovação. Contudo, há, efetivamente, avanços, mas persistem os núcleos de produção e reprodução de conhecimento em contextos sociais bem restritos, de forma que mobilidade social através da educação superior ocorre em pequeníssima parcela da população⁸³.

É fato, nas últimas décadas, tem aumentado o número de vagas⁸⁴ ofertadas nas universidades públicas e particulares, contudo, inexiste,

81 Basta lembrar que, em 1980, havia apenas 65 Universidades no país, contando-se as públicas e privadas, bem como 20 Faculdades Integradas ou Centros Universitários. Em 1998, esses números sobem, respectivamente, para 153 e 93. Contudo, em 1980, no rol dos Estabelecimentos Isolados, considerando unidades públicas e privadas, tinha-se 797 estabelecimentos. Em 1998, considerando apenas tais estabelecimentos, o número reduz-se para 727 (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais - INEP, *Evolução do Ensino Superior: 1980-1998, 1999*, p. 13).

82 Felizmente, no ano de 2002, os dados são mais animadores, de modo que, considerando as entidades públicas e privadas, tinha-se 1.637 Instituições de Ensino Superior no país, sendo que destas 1.442 eram privadas. Em 2008, o número de Instituições de Ensino Superior sobe para 2.252, sendo que as privadas alcançam o número de 2.016 (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, *Resumo Técnico – Censo da Educação Superior 2008, 2009*, p. 08).

83 O pior é saber que crianças e jovens com deficiência, ainda na fase do ensino fundamental e médio, são verdadeiramente olvidados pela atuação estatal, inclusive, estima-se que existam no país cerca de seis milhões de crianças, adolescentes e jovens com necessidades educacionais especiais, logo, essa situação tende a ser pior exponencialmente em termos percentuais no ensino superior (Enicéia Gonçalves Mendes, *A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil, 2006*, p. 397).

84 No ano de 2002, considerando todas as Instituições de Ensino Superior, foram ofertadas 1.773.087 vagas nos cursos de graduação, sendo que 1.477.733 foram ofertadas pelas faculdades ou universidades privadas. No ano de 2008, por sua vez, foram ofertadas 2.985.137, nas quais 2.641.099 foram levantadas pelas universidades ou faculdades privadas (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, *Resumo Técnico – Censo da Educação Superior 2008, 2009*, p. 12).

em termos percentuais, um avanço decididamente significativo para profissionalização de parcela considerável da população.

Ora, sendo assim para as pessoas que não possuem qualquer deficiência ou limitação congênita ou adquirida, o que pensar, em termos bem realísticos, das pessoas que possuem algumas limitações para a devida integração no meio social, de maneira que para PPD a educação segue ainda um ritmo mais lento⁸⁵.

Esse é o cenário que deve ser transformado com a colaboração de todos os grupos envolvidos com a atividade educacional, tendo sempre a preocupação de seguir os pormenores relacionados no art. 59 da LDBN, já devidamente assentados no tópico anterior.

Para tanto, algumas medidas simples devem ser observadas pelas universidades, tais como:

- (a) capacitação de professores com vista a obter habilidades para trabalhar com pessoas que possuem algum tipo de limitação e, com muito maior razão, para ensinar às PPDs;
- (b) ofertar disciplinas, quando possível, tendo em vista os propósitos das grades curriculares, que possibilitem uma efetiva integração dos alunos à realidade vivenciada pelas PPDs;
- (c) estabelecer adaptações nos espaços físicos da universidade, de modo não apenas a retirar os obstáculos arquitetônicos, mas permitir maior liberdade para o desenvolvimento de atividades extraclases;
- (d) criar mecanismos de participação política da PPD, de sorte a fomentar o seu envolvimento nas decisões administrativas que possam afetá-las direta ou indiretamente e, assim, fazer com que a gestão da universidade tenha conhecimento das melhores medidas a serem adotadas ou, no melhor caso, se comprometa em adotá-las;
- (e) possibilitar o uso de meios especiais, *rectius* adequados à realidade do discente, para a reprodução e criação do conhecimento; e

85 MENDES, Enicéia Gonçalves. *A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil*. 2006, p. 387.

- (f) adotar políticas educacionais com vista a afirmar o devido respeito da comunidade acadêmica às PPDs.

Como se pode observar, o processo de integração/envolvimento acadêmico exige uma efetiva atuação do Poder Público, bem como a necessária compreensão de toda a sociedade da relevância de reduzir as distâncias entre os paradigmas⁸⁶ inicialmente traçados para as PPDs e os demais educandos, sob pena de infirmar as prospeções da atividade legiferante.

E mais que isso: revela-se a necessidade de uma verdadeira mudança de paradigma no pensar a prática educacional, o que acarreta inevitáveis resistências, como todas as mudanças, caso contrário, tem-se apenas a transformação do discurso na direção do politicamente correto ou desejável em face da proposta de educação inclusiva, sem, contudo, mudar as condutas ou comportamentos profissionais já praticados⁸⁷ e, assim, meramente reiterados sem o necessário enfoque na transformação na forma de conceber e praticar a educação dos alunos, em especial o educando PPD.

6 A EDUCAÇÃO INCLUSIVA NA UNIVERSIDADE^{88 - 89}

Antes de tudo, impende mencionar que a educação inclusiva, depende de outras *inclusões*, quais sejam, a econômica e a social. Muito embora, e paradoxalmente, estas inclusões, em outros níveis ou estágios de desenvolvimento da PPD na sociedade, são consequências daquela.

86 Dentro de uma perspectiva paradigmática da atuação da sociedade em face da pessoa com deficiência, cumpre assinalar a existência de três claros paradigmas, quais sejam, (a) o da *institucionalização*, no qual o tratamento e a educação da pessoa com deficiência eram promovidas em instituições asilares e de custódia, o que caracterizava um verdadeiro sistema de segregação; (b) o do *serviço*, no qual prestigia a existência de serviços voltados à promoção de atividades que permita à PPD um padrão de vida tão próximo possível dos padrões da sociedade; e (c) o do *suporte*, que parte do pressuposto de que a pessoa com deficiência tem direito à convivência não segregada, assim como o uso dos meios, recursos ou instrumentos disponíveis aos demais membros da sociedade (Maria Salete Fábio Aranha, *Paradigmas da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência*, 2001, p. 165. 167-170).

87 SILVA, Simone Cerqueira da; ARANHA, Maria Salete Fábio. *Interação entre professora e alunos em salas de aula com proposta de pedagógica de educação inclusiva*, 2005. p. 374.

88 Naturalmente, não se confunde a temática da educação inclusiva e a inclusão da PPD nas universidades públicas ou particulares. No primeiro caso, tem-se uma série de princípios ou técnicas que permita uma convivência harmônica entre a PPD e os demais educandos, tudo de forma a possibilitar o desenvolvimento educacional dos discentes envolvidos. Por outro lado, no segundo caso, ainda que se tenha uma possível aproximação, evidencia apenas a necessidade de possibilitar o acesso da PPD nas universidades, quer dizer, estabelecer critérios ou mecanismos que viabilize o ensino superior às PPDs.

89 Sobre o acesso à Educação nas universidades do Brasil, por todos, consultar o seguinte artigo: PINTO, José Marcelino de Rezende. O Acesso à Educação Superior no Brasil. *Educação e Sociedade*. Campinas, vol. 25, n 88, p. 727-756, out. 2004.

Explica-se: em termos bem realísticos, a educação inclusiva só pode revelar uma inclusão social e econômica⁹⁰ quando já exista o devido suporte econômico-social para a promoção da educação da pessoa que a carece, sendo que isso, a educação inclusiva, por sua vez, permitirá, num momento posterior, um avanço econômico-social da PPD ou da sua família. Trata-se de ciclo inevitável. Uma inclusão mobiliza as outras que, por sua vez, permitem a realização da outra e, assim, sucessivamente.

Não há como ser quimérico. A realidade demonstra que a educação de qualidade na sociedade brasileira, mormente a de ensino superior, alcança apenas uma pequena parcela de potenciais estudantes⁹¹. Tal realidade demonstra, ainda, que o fator de exclusão se deve, em grande parte, ao contexto socioeconômico da PPD, todavia, os demais educandos, por razões diversas⁹², também não conseguem, em linhas ordinárias, galgar uma vaga nas universidades públicas.

Em face desse quadro nada favorável, tem-se a importância das políticas públicas inclusivas, quer dizer, a promoção de específicas prestações positivas fáticas do Estado. Nesse contexto, assomam em relevância as políticas afirmativas encampadas pelo Governo Federal nos últimos anos⁹³. Assim sendo, o programa de educação inclusiva começa antes mesmo de o aluno adentrar os pórticos da escola ou da universidade, quer dizer, sem o devido apoio do Estado, hajam vista os limites socioeconômicos da PPD, resta impossibilitada a educação

90 Há não raros exemplos de pessoas que, embora portadoras de deficiência, conseguem o mesmo aproveitamento nos estudos que as demais pessoas, tudo por conta do contexto socioeconômico em que elas se inserem, assim sendo, a inclusão da pessoa portadora de deficiência, em muitos casos, dependem apenas de uma realidade socioeconômica mais favorável.

91 Repita-se: das 2.985.137 vagas ofertadas para os cursos de graduação, no ano de 2008, apenas 344.038 foram oferecidas por Instituições públicas, o que equivale a 11,52% do total de vagas (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP, *Resumo Técnico – Censo da Educação Superior 2008, 2009*. p. 12).

92 Que vai desde a má formação educacional até a impossibilidade material de suportar os custos da atividade acadêmica.

93 Como destaque, entre tais ações, observa-se, com inegável destaque, o sistema de cotas nas universidades. Com relação à sistemática adotada pelo Estado, impende destacar o seguinte entendimento (José Marcelino de Rezende Pinto, *O Acesso à Educação Superior no Brasil, 2004*, p. 753): “A introdução de quotas, em especial se adotada, nos cursos mais concorridos, trará um novo perfil de aluno que, se é carente em uma série de conteúdos cobrados no vestibular (e que geralmente são desconsiderados posteriormente nos cursos de graduação), é rico em outros, decorrentes de um maior conhecimento do país real, aquele onde vive a maioria da população, o que trará um ganho de qualidade às instituições de educação superior, sem falar daqueles advindos de uma composição social mais diversificada”.

inclusiva, pois, se a rigor, a educação inclusiva se caracteriza pela tentativa de equiparar situações diversas, a mera impossibilidade de acesso à universidade já constitui uma clara manifestação de educação não inclusiva, mas, sim, segregaria e, possivelmente, discriminatória.

A rigor, além da inclusão econômica, pode-se perfilhar, sem medo de errar, outra inarredável inclusão, qual seja, a ambiental. Já que sem uma devida estrutura no local de ensino que viabilize a plena acessibilidade das pessoas, não há falar em promoção do conhecimento pela via institucional da educação regular e sistemática⁹⁴. Superados, ainda que parcialmente, os obstáculos para promover tais inclusões, tem-se, por fim, a educação inclusiva.

Cumprir advertir que tanto a inclusão quanto a integração partem de pressuposto idêntico, a saber, de que a PPD deve possuir a igualdade de acesso aos espaços comuns da vida comunitária, enfim da sociedade⁹⁵.

Portanto, a educação inclusiva é a compreensão de que as PPDs podem/devem promover os seus estudos na rede comum de ensino, de maneira que inexistam limites ou segregação na produção do conhecimento por conta de qualidades ou especialidades de determinados alunos. Assim sendo, promover uma educação inclusiva na universidade impõe:

- (a) propiciar o acesso das PPDs nas classes comuns, mas com desejável suporte técnico para a realidade do aluno, senão a inclusão pode constituir num doloroso *processo de normalização* do educando, o que não referencia a ideia de inclusão;
- (b) permitir que os alunos compartilhem o conhecimento e aprendam conjuntamente, ainda que possuam objetivos e métodos distintos, tendo em vista a importância da referencialidade no processo de desenvolvimento pessoal e educacional do aluno, especialmente da PPD;
- (c) possibilitar um atendimento integrado e sistêmico das atividades por parte do professor, todavia sem olvidar as particularidades que cercam determinadas pessoas;

94 ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni. VELTRONI, Alexandre Lucas. A pessoa portadora de deficiência e a educação no Brasil, 2007, p. 32.

95 Maria Salete Fábio Aranha, Paradigmas da relação entre a sociedade e as pessoas com deficiência, 2001. p. 171.

- (d) permitir tarefas ou atividades criativas que façam com que ocorra uma necessária integração das PPDs com os demais alunos e, conjuntamente, compreendam o sentido e o alcance das atividades desenvolvidas em sala de aula;
- (e) o reconhecimento da diversidade no universo de estudantes, o que demanda uma atuação pedagógica correta, quer dizer, inclusiva⁹⁶;
- (f) estimular a participação dos pais dos educandos, de modo a realizar condutas ou atitudes de educação inclusiva que possam fazer com que ocorra uma influência positiva na atuação dos professores, sem falar que tal medida encontra amparo no art. 12, inciso VI, bem como no art. 13, inciso VI, todos da Lei nº 9.3.94/96; e
- (g) promover a devida formação dos professores para atender à PPD, de modo a fazer uso das técnicas adequadas em sala de aula e, assim, viabilizar a adoção de medidas pedagógicas que consagre a formação dos educandos sob uma perspectiva da educação inclusiva⁹⁷.

Por fim, cumpre advertir que não há como confundir educação inclusiva com o *princípio da normalização*⁹⁸, pois neste caso há apenas um processo de demonstração de que as PPDs possuem capacidade de *acompanhar* a sistemática de ensino regular em sala de aula sem qualquer suporte técnico ou habilidades do professor que reduzam as suas limitações ou deficiências.

96 SILVA, Simone Cerqueira da; ARANHA, Maria Salette Fábio, *Interação entre professora e alunos em salas de aula com proposta de pedagógica de educação inclusiva*, 2005, p. 377.

97 Nesse ponto, impende transcrever uma ligeira advertência (Márcia Denise Pletsch, *A formação de professores para a educação inclusiva: legislação, diretrizes políticas e resultados de pesquisas*, 2009, p. 148):
“[...] o atual e grande desafio posto para os cursos de formação de professores é o de produzir conhecimentos que possam desencadear novas atitudes que permitam a compreensão de situações complexas de ensino, para que os professores possam desempenhar de maneira responsável e satisfatória seu papel de ensinar e aprender para a diversidade”.

98 Tal princípio, que teve origem nos países escandinavos, se baseia na ideia de que toda PPD tem o direito inafastável de vivenciar o padrão de vida considerado normal pela sua cultura, de modo que devem possuir igualdade de participação em todas as atividades partilhadas por grupo de pessoas de idade assemelhada (Enicéia Gonçalves Mendes, *A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil*, 2006, p. 389).

7 CONCLUSÃO

Tendo em vista o acima disposto, concluímos que:

- (a) o devido acolhimento do princípio da dignidade da pessoa humana é de primordial relevância para atender os desideratos do nosso Estado Democrático de Direito, pois a sua cogência faz com que evite tratamentos que excluam ou diferenciem as pessoas, portadoras de deficiências ou não, em função de suas particulares situações; ademais, trata-se de princípio inviolável e que merece a devida salvaguarda do Estado quanto ao seu conteúdo e alcance em face do caso concreto;
- (b) no que se refere ao princípio da igualdade, devemos ostentar a máxima de que todos são iguais perante a lei, não devendo o Estado discriminar ou tratar de forma igual àqueles que estão visivelmente em situações completamente diversas, fazendo com que se promova uma possível igualdade material;
- (c) através do princípio da integração social, devidamente insculpido na nossa Constituição (art. 24, inciso XIV e art. 203, inciso IV), há preocupação com a dinâmica das atuações estatais que empreendam a necessária valorização de determinados núcleos, minorias ou setores que careçam de uma particular forma de integração no meio social, em particular o comunitário e o educacional;
- (d) o que caracteriza uma pessoa como deficiente não é a ausência de um membro ou redução de algum sentido, mas sim a sua ausência ou dificuldade, involuntária ou não autodeterminada, de integração social;
- (e) são inúmeras as leis que regulamentam e protegem as PPDs, principalmente após a Constituição Federal de 1988, no tocante às formas de acessibilidade ao mercado de trabalho, à educação ou à forma de exercício de seus direitos; e
- (f) a educação inclusiva demanda, primeiramente, a existência de inclusão social, econômica e ambiental das PPDs, caso contrário, a dificuldade na consolidação da educação inclusiva fora da ambiência escolar acaba por dificultar, às vezes de

forma considerável, o processo de aprendizagem das PPDs, na medida em que a convivência dos espaços comuns é mais restrita nesses contextos nitidamente adversos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARANHA, Maria Salete Fábio; SILVA, Simone Cerqueira da. Interação entre professora e alunos em salas de aula com proposta pedagógica de educação inclusiva. *Revista Brasileira de Educação Especial*. Marília, vol. 11, n. 3, p. 373-394, set./dez. 2005.
- _____. Paradigmas da relação da sociedade com as pessoas com deficiência. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XI, n. 11, p. 160-173, mar. 2001.
- ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Trad. Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- ATIQUÊ; Andraci Lucas Veltroni; VELTRONI; Alexandre Lucas. A pessoa portadora de deficiência e a educação no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*. Vol. 60, ano 15, p. 07-34, jul./set. 2007.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARBOSA, Altermir José Gonçalves; ROSINI, Daniella Collado; e PEREIRA, Alessandra Almeida. Atitudes parentais em relação à educação inclusiva. *Revista Brasileira de Educação Especial*. Marília, vol. 13, n. 3, p. 447-458, set./dez. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTELHO, Marcos César. A Pessoa com Deficiência no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Boletim de Direito Administrativo (BDA)*. Ano XXVII. N. 4, p. 436-447, abr. 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS. *Evolução do ensino superior: 1980-1998*. Brasília: INEP, 1999.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA – INEP. *Resumo Técnico – Censo da Educação Superior 2008*. Brasília: INEP, 2009.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. Brasília: CORDE, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. In CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005, p. 75-98.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de Administração e Separação dos Poderes. In BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Reconstrução Democrática no Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DERRIDA, Jacques. Fuerza de ley: El 'fundamento místico de la autoridad'. *DOXA*. Cuadernos de Filosofía del Derecho. n. 11, p. 128-192, 1992.

FEERAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4 ed. Madrid: Trotta, 2004.

GRIMM, Dieter. A Função Protetiva do Estado. In SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México-DF: UNAM, 2001.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México-DF: UNAM, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KUNDERA, Milan. *A insustentável leveza do ser*. Trad. Teresa Bulhões Carvalho da Fonseca. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os Direitos Fundamentais como Limites ao Poder de Legislar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. *Los Derechos Fundamentales*. 8 ed. Madrid: Tecnos, 2004.

MARTINS, Leonardo (Organização e introdução, coletânea original de J. Schwabe). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradutores Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho Tereza Maria de Castro e Viviane Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer-Stiftung, 2005.

_____. Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, ano 5, n. 2, p. 89-127, jul./dez. 2004.

_____. Leonardo; e DIMOULIS, Dimitri. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. O Ministério Público e a Pessoa Portadora de Deficiência. *Revista dos Tribunais (RT)*. Vol. 791, ano 90, p. 107-117, set. 2001.

MENDES, Enicéia Gonçalves. A radicalização do debate sobre inclusão escolar no Brasil. *Revista Brasileira de Educação*. Rio de Janeiro, vol. 11, n. 33, p. 387-406, set./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina de Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107-149.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PECZENIK, Aleksander. *Derecho y Razón*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México – DF: Ediciones Coyoacán, 2000.

PEREIRA, Alessandra Almeida; BARBOSA, Altermir José Gonçalves; e ROSINI, Daniella Collado. Atitudes parentais em relação à educação inclusiva. Revista *Brasileira de Educação Especial*. Marília, vol. 13, n. 3, p. 447-458, set./dez. 2007.

PLETSCH, Márcia Denise. A formação de professores para a educação inclusiva: legislação, diretrizes políticas e resultados de pesquisas. *Educar em Revista*. Curitiba, n. 33, p. 143-156, 2009.

PINTO, José Marcelino de Rezende. O Acesso à Educação Superior no Brasil. *Educação e Sociedade*. Campinas, vol. 25, n. 88, p. 727-756, out. 2004.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. As normas constitucionais de tutela das pessoas portadoras de deficiência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, vol. 47, ano 12, p. 145-198, abr./jun. 2004.

ROSINI, Daniella Collado; PEREIRA, Alessandra Almeida; BARBOSA, Altermir José Gonçalves. Atitudes parentais em relação à educação inclusiva. Revista *Brasileira de Educação Especial*. Marília, vol. 13, n. 3, p. 447-458, set./dez. 2007.

SANCHÍS, Luis Prieto. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*. n. 22, p. 09-57, septiembre-diciembre, 1995.

SENNA, Luiz Antônio Gomes. Formação docente e educação inclusiva. *Cadernos de Pesquisa*. São Paulo, vol. 38, n. 133, p. 195-219, jan./abr. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Simone Cerqueira da; ARANHA, Maria Salete Fábio. Interação entre professora e alunos em salas de aula com proposta pedagógica de educação inclusiva. *Revista Brasileira de Educação Especial*. Marília, vol. 11, n. 3, p. 373-394, set./dez. 2005.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

VELTRONI; Alexandre Lucas; ATIQUÊ; Andraci Lucas Veltroni. A pessoa portadora de deficiência e a educação no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*. Vol. 60, ano 15, p. 07-34, jul./set. 2007.

**A TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA E AS CONSEQUÊNCIAS DO ATUAL
POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL SOBRE A MATÉRIA. A ÉTICA
ADMINISTRATIVA E A POSSÍVEL ATUAÇÃO DA
ADVOCACIA PÚBLICA**

***THE OUTSORCING OF THE PUBLIC ADMINISTRATION AND THE
CONSEQUENCES OF THE CURRENT POSITION OF THE FEDERAL
SUPREME COURT ABOUT THE SUBJECT. THE ADMINISTRATIVE
ETHIC AND POSSIBLE ROLE OF THE PUBLIC ADVOCACY***

Leonardo de Mello Caffaro

Procurador Federal junto à Procuradoria Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro) – Advocacia Geral da União- AGU. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Gama Filho/RJ.

Sumário: Introdução; 1 A Construção Histórica da Disciplina da Terceirização na Administração Pública; 2 A Discussão de Caso (Precedente) e sua Importância para uma Perspectiva Concreta do Direito: considerações sobre o posicionamento do stf a respeito da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da lei nº 8.666/93; 3 As Consequências Jurídicas do Julgado Proferido na Ação Direta de Constitucionalidade: como está e como deveria ser; 4 Da Ética Administrativa e a Possível Atuação da Advocacia Pública em Tal Sentido na Defesa do Interesse Público; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho visou discorrer acerca da influência do atual posicionamento do Supremo do Tribunal Federal – firmado no Julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF/ 2007 e das reclamações e recursos sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação - na disciplina da terceirização na Administração Pública, considerando o posicionamento jurisprudencial que vem sendo dado á questão, bem como a orientação que está em vigor no Âmbito da Administração Pública Federal. Aproveitou-se a oportunidade para tecer considerações sobre a ética no serviço público e a importância da Advocacia Pública em tal sentido para preservação do interesse público, a partir dos fins sociais do ordenamento jurídico constitucional aplicado na medida do bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Administração Pública. ADC nº 16/DF/2007. Art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93. Licitação. Ética. Interesse Público. Fins Sociais. Ordenamento Jurídico Constitucional. Bem Comum.

ABSTRACT: The present work aims to discourse about the influence of the current position of the Federal Supreme Court – firmed in the judgment of the Declaratory Action of Constitutionality #16/DF/ 2007 and the supporting complaints and appeals of general repercussion of constitutionality of the article 71, § 1st, from law #8.666/93, which excludes the responsibility of the Public Administration for labor debts of service companies hired through bidding process – in the discipline of outsourcing in the Public Administration, considering the jurisprudential position that has been given to this matter as well as the orientation that is in effect under the Federal Public Administration. The opportunity was taken to make considerations about ethic in the public service and the importance of the Public Advocacy in this sense for the preservation of public interest from social purposes of the constitutional law rulemaking applied to the common good.

KEYWORDS: Outsourcing. Public Administration. ADC #16/DF/2007. Art.71, § 1st, from law #8.666/93. Bidding Process. Ethic. Public Interest. Social Purposes. Constitutional Law Rulemaking. Common Good.

“Em si mesma, a loucura é já uma rebelião. O juízo é a ordem, é a constituição, a justiça e as leis.”

Machado de Assis (“A Semana”, 17 de janeiro de 1897, Ed. Jackson)

INTRODUÇÃO

Ao retomarmos o tema da terceirização na Administração Pública¹ agora a partir do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal-STF - no Julgamento (em 24/11/2010) da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF/ 2007 e dos recursos e reclamações sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a Administração Pública contratadas mediante processo de licitação – caber-nos-ia perguntar: o que efetivamente houve de mudança ou deveria ter havido?

Tal é a questão que se procurará responder neste trabalho.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA DISCIPLINA DA TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste tópico aproveitaremos as considerações já apresentadas na monografia anterior a respeito da contextualização histórica da disciplina da terceirização na Administração Pública brasileira, para fins de apresentação de um adequado enfoque do tema.

O fenômeno da terceirização surge em um cenário de ampla competitividade e busca de flexibilidade no processo produtivo da economia mundial.

Esclarecedoras são as palavras de Maurício Godinho Delgado a respeito da terceirização com relação a este enfoque:

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro, no sentido jurídico, como aquele

1 CAFFARO, Leonardo de Mello. O pós-positivismo, o Direito do Trabalho e a noção de interesse público – A terceirização na Administração Pública e a Súmula nº 331 do TST em questão. *Juris Plenum* – Trabalhista e Previdenciário, ano VI, nº 32, Caxias do Sul -RS: Plenum LTDA, out. de 2010, p. 53/82.

que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa.

Outro neologismo criado para designar o fenômeno (também externo ao Direito) foi terciarização, referindo-se ao setor terciário da economia, composto pelos serviços em geral, onde se situam as empresas terceirizantes. Contudo, este epíteto não chegou a solidificar-se na identificação do fenômeno social, econômico e justtrabalhista aqui examinado.

Para o Direito do Trabalho terciarização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços justtrabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terciarização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.²

A CLT não faz menção à terciarização em seu texto, mas apenas a duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e a subempreitada (art. 455) estando englobada também a figura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, da CLT). O fato é que à época da elaboração da CLT (década de 1940) prevalecia na economia o padrão produtivo taylorista e fordista, implantado com a industrialização nacional, que se estabelecia a partir de uma rígida distribuição de papéis no processo produtivo, incentivando-se a especialização do operariado e continuidade do funcionamento da empresa, não constituindo a terciarização a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX.

Mesmo com a internacionalização da economia nos idos da década de 50, o modelo básico de organização das relações de produção continuou fundado no vínculo bilateral empregado-empregador, sem

2 DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009. p.407.

indicativo significativo no setor privado da tendência à formação do modelo trilateral enfocado pela terceirização.

A realidade é que o capitalismo brasileiro sempre girou a partir da garantia do Estado (concepção patrimonialista) e, como não poderia deixar de ser, nessas circunstâncias, a referência normativa mais destacada ao fenômeno da terceirização surgiu na década de 60 e início dos anos 70, dizendo respeito ao seguimento estatal da economia (Decreto-Lei n. 200/67, art.10, e Lei n. 5645/70).

A título de comparação é importante observar a implementação do mecanismo da terceirização no setor privado, de forma que entendemos pertinentes as seguintes considerações de Maurício Godinho:

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/74). Tempos depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se também a terceirização do trabalho de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era temporária).

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização de força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo de exceção ao modelo empregatício clássico. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas.

A jurisprudência trabalhista, nos anos de 1980 a 90, também se debruçou sobre o tema, que se generalizava com frequência cada vez mais significativa no âmbito do mercado laborativo do país. Nesse contexto, ao lado da multiplicidade de interpretações jurisprudenciais lançadas nas decisões ocorridas nas últimas décadas, o Tribunal Superior do Trabalho editou duas súmulas de jurisprudência uniforme, a de n. 256, de 1986, e a de n. 331, de dezembro de 1993 (esta última produzindo revisão da anterior Súmula 256).

Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que

se tem, hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho e na ordem jurídica trabalhista do país. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto a compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo justralhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico de terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental.³

Torna-se, portanto, necessário que se destaque que, diferentemente do setor estatal da economia, o setor privado, com as raras exceções da Lei de trabalho temporário (Lei n. 6.019/74) e da Lei n. 7.102/83 (relativa ao serviço de vigilância), teve o regramento jurídico do fenômeno da terceirização traçado não por leis, mas pela jurisprudência, culminando com as diretivas traçadas pelo TST, especialmente pela substituição do enunciado da súmula nº 256 de 1986 pelo enunciado da súmula nº 331 de 1993, que fixou o regramento jurídico da terceirização, permitindo sua ampla utilização, cabendo-se realçar os textos dos referidos entendimentos sumulares, como se vê a seguir:

SUM-256 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Histórico:

Revista pela Súmula nº 331 - Res. 23/1993, DJ 21.12.1993 e 04.01.1994

Redação original - Res. 4/1986, DJ 30.09.1986, 01 e 02.10.1986

3 DELGADO, op. cit., p. 408/409.

'SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou

fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).

Histórico:

Súmula alterada (Inciso IV) - Res. 96/2000, DJ 18, 19 e 20.09.2000

Redação original (revisão da Súmula nº 256) - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994'

Como se pode constatar da comparação dos textos das referidas súmulas, o TST acabou se curvando à realidade, admitindo com algumas moderações o fenômeno da terceirização. Fez-

se ainda algumas adaptações com relação a algumas exigências constitucionais, como a do concurso público (art. 37, II, da CF/88).

Destaquemos as disposições da Súmula 331 do TST - que acabou sendo a disciplina geral da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro - para depois enfocarmos aspectos específicos da terceirização no setor público.

Alguns princípios são fixados na súmula 331 do TST: 1º) não pode haver terceirização na atividade fim, que é a chamada intermediação de mão de obra (salvo no caso do trabalho temporário da Lei nº 6019/74, que não se aplica ao setor público, em função do art. 37, IX, da CF/88, que disciplina a contratação temporária por excepcional interesse público juntamente com a discutível emenda constitucional nº 51, dos agentes de saúde), formado-se o vínculo de emprego com o tomador de serviços; 2º) a contratação sem concurso público não gera relação válida de emprego com a Administração Pública; 3º) a terceirização só pode ser feita na atividade meio, desde que não haja pessoalidade (sem escolha do trabalhador) e subordinação direta (impossibilidade de organização da atividade laborativa do trabalhador, que deve ficar a cargo da empresa prestadora de serviços, limitando-se os agentes da tomadora a direcionamentos específicos), sendo exemplos a Lei nº 7102/83 (serviço de segurança) e de limpeza e conservação (construção jurisprudencial); 4º) nos casos de terceirização lícita, o tomador de serviços responde subsidiariamente (seja ele público ou privado).

É importante não deixar de ter em mente que a responsabilidade subsidiária se dá em casos de terceirizações lícitas.

A justificação para a responsabilidade subsidiária (que seria decorrente de responsabilidade civil para a Administração Pública na visão do TST) é o princípio da alteridade, trabalho prestado a conta de outrem (que muitos não reconhecem como requisito da relação de emprego e que significa que alguém está enriquecendo às custas do trabalho de outrem, o que os marxistas chamam de “mais valia”, devendo, portanto, o empresário assumir os riscos do negócio). Ou seja: se beneficiou da força de trabalho assuma a consequência da terceirização (é o raciocínio que a Justiça do Trabalho automatizou a partir da noção de culpa presumida)!

Como se poderá constatar mais adiante, no nosso modo de apreciar a questão foi exatamente esta abordagem que fez com que o legislador

no art.71, §1º, da Lei 8.666/93 e o STF na decisão a ser comentada deixassem clara a exclusão da responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviços terceirizados contratadas por meio de processo de licitação. Ocorre que o TST nunca declarou a referida norma como inconstitucional, uma vez que foi entendido que o dispositivo legal ventilado não excluiu a responsabilidade civil do Estado, seja pelo art. 37,§6º, da CF/88, seja pela culpa na escolha da empresa inadimplente ou na vigilância do contrato, com base no Código Civil, (o problema é que a Justiça do Trabalho, de forma incoerente, acabava por dar a título de indenização as próprias verbas trabalhistas que não teriam sido adimplidas, o que é uma medida frontalmente contrária a lei!).

O intuito da Justiça do Trabalho de proteger única e exclusivamente o Trabalhador era tão nítido, que, mesmo em casos de terceirização ilícita – diante do impedimento constitucional de formação de vínculo com a Administração Pública (refletido no inciso II da Súmula 331 do TST) –, ao invés de se reconhecer o vínculo nulo com a Administração (Súmula 363 da CRFB/1988, mesmo com a possível consequência legal do § 2º do art. 37 da CRFB/1988), o vínculo era mantido com a empresa de prestação de serviços (diferentemente do inciso I da Súmula 331 do TST) para se atribuir a responsabilidade subsidiária com o ente público, já que o inciso II exclui a possibilidade de vínculo de emprego válido.

Ao que nos parece e como a seguir defenderemos, toda a mecânica da responsabilidade subsidiária da Administração Pública firmada pelo TST terá que ser alterada em razão da decisão do STF. Por ora, limitamo-nos a apresentar ainda neste tópico, a título de exemplo, a legislação que ampara a terceirização no setor público federal:

- Decreto Lei 200/1967 (Organização Administrativa):

Art. 10: [...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

- Lei 5645/1970(Base legal para organização de cargos):

Art. 3º. [...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras semelhantes serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967.

- Decreto 2271 de 1997 (regulação do *Presidente da República*, no uso da atribuição que lhe confere o *art. 84, inciso IV, da Constituição*, e tendo em vista o disposto no § 7º do art. 10 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967)

Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.

- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Art. 169. A despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar. (com a redação da Emenda Constitucional nº 19/1998)

-LEI COMPLEMENTAR Nº 101 DE 04/05/2000 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL):

Art. 18. Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros de Poder, com quaisquer espécies remuneratórias, tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

§ 1º Os valores dos contratos de terceirização de mão-de-obra que se referem à substituição de servidores e empregados públicos serão contabilizados como “Outras Despesas de Pessoal.

§ 2º A despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência.

Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados:

I - União: 50% (cinquenta por cento); [...]

Em razão deste conjunto de normas que disciplinam a terceirização no Setor Público da economia, apresentaremos na sequência uma discussão sobre os fundamentos e o conteúdo da decisão proferida com relação à ADC 16/DF/2007 e aos recursos e reclamações sustentadores da repercussão geral da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação.

Como se verá mais adiante, o TST alterou a redação da súmula 331 já referida, com vistas a tentar direcionar o enfoque do STF a respeito das consequências do julgado. No nosso modo de ver, a questão não foi ainda devidamente apreciada a partir dos efeitos que devem ser extraídos do teor da decisão proferida na ADC nº 16/2007. Apresentar uma abordagem que leve a considerações razoáveis sobre o ponto em questão é o que nos move no tópico a seguir.

3 A DISCUSSÃO DE CASO (PRECEDENTE) E SUA IMPORTÂNCIA PARA UMA PERSPECTIVA CONCRETA DO DIREITO: CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSICIONAMENTO DO STF A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93

O Direito hoje se encontra diante de duas posturas que fazem com que se supere a visão normativista restritiva do antigo Positivismo Jurídico, sem que com isso se recorra às abstrações desnecessárias do Jusnaturalismo, quais sejam o Neoconstitucionalismo e o Pós-Positivismo.

Ao abordar o Neoconstitucionalismo, Luis Roberto Barroso esclarece o seguinte:

Em suma: o Neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados; (i) como marco *histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco *filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco *teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.⁴

É interessante verificar que, dependendo da perspectiva que se adote, o Neoconstitucionalismo pode englobar ou ser englobado pelo Pós-Positivismo.

Se seguirmos o posicionamento de Luis Roberto Barroso, veremos que o Pós-Positivismo seria uma das expressões do Neoconstitucionalismo, no campo filosófico.

Se, porém, entendermos, como pensamos, que o Pós-Positivismo é uma abordagem do Direito que flexibiliza o rigor do legalismo jurídico sem desprezar o Direito posto, a partir do debate interdisciplinar e dos valores e princípios éticos, partindo até mesmo da definição de Pós-Positivismo de Luis Roberto Barroso, chegaríamos à conclusão de que na realidade é o Pós-Positivismo que engloba o Neoconstitucionalismo, sendo fruto da versão neopositivista do Pós-Positivismo, que comportaria também a abordagem do moralismo jurídico, que partindo da argumentação jurídica muitas vezes dispensaria o recurso à Constituição.

Na realidade, como entendemos que a denominação Pós-Positivismo deve ser superada ao longo do tempo, propomos a adoção da expressão Concretismo Crítico, para realçar a necessidade de aferição das situações concretas em discussão, mesmo em discussões de controle em tese de constitucionalidade, para se fazer posteriormente as considerações críticas em função das disposições Constitucionais.

⁴ Vide BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. de 2005, p. 11/12.

Se no campo Constitucional temos o debate entre a força normativa da Constituição⁵ e a sociedade aberta dos intérpretes constitucionais⁶, no plano filosófico do Direito temos a discussão entre a necessidade de coerência interpretativa⁷ e de argumentação jurídica⁸ a partir das normas jurídicas, nelas incluídas os princípios jurídicos.

Com isso, a questão dos limites da tópica, ou seja, das discussões concretas a partir dos princípios jurídicos e sua repercussão política e ética ganham uma relevância bastante acentuada, o que nos faz ponderar a importância da relação interpretativa e argumentativa na busca dos limites do precedente jurisprudencial em discussão.

Houve uma demora na publicação do acórdão, mas apresentamos nesta oportunidade algumas considerações a respeito do posicionamento firmado pelo STF relativo à constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 – que, vale mais uma vez destacar, exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas das empresas prestadoras de serviço para a mesma contratadas mediante processo de licitação – a partir das manifestações orais apresentadas na sessão de julgamento (ocorrida em 24/11/2010) e, em especial, da notícia publicada na página eletrônica do informativo do Tribunal (Notícias do STF de 24/11/2010) e do informativo 610 do STF e agora a partir dos termos da decisão proferida.

Por votação majoritária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666, de 1993, a chamada lei de licitações.

O STF, no julgamento da ADC 16/2007-DF, proclamou a constitucionalidade do §1º do artigo 71 da lei 8.666/93, tendo proferido a seguinte ementa publicada em setembro de 2011:

5 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

6 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 (Reimpressão 2002).

7 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges; [revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira]. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

8 ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

A ADC nº 16/DF/2007 (que foi julgada juntamente com reclamações de preservação da competência do STF) foi proposta pelo Governador do Distrito Federal que argumentou que o dispositivo legal em questão “tem sofrido ampla retaliação por parte de órgãos do Poder Judiciário, em especial o Tribunal Superior do Trabalho (TST), que diuturnamente nega vigência ao comando normativo expresso no artigo 71, parágrafo 1º da Lei Federal nº 8.666/1993”. Observou, nesse sentido, que a Súmula 331 do TST prevê justamente o oposto da norma do artigo 71 e seu parágrafo 1º.

Não vamos nos ater às questões processuais, nem mesmo especificamente a respeito das preliminares postas para julgamento, uma vez que o que nos interessa é a discussão do mérito da causa, sendo certo que a relatoria coube ao Ministro Cesar Peluso, apesar de sucumbente na admissibilidade da ação de controle de constitucionalidade.

É importante, porém, destacar que foi justamente na divergência sobre a admissibilidade do conhecimento da ADC aberta pela Ministra Carmen Lúcia que começou a se delinear a questão meritória, como se vê do seguinte trecho da notícia publicada:

Na retomada do julgamento, nesta quarta-feira, o presidente do STF e relator da matéria, ministro Cezar Peluso, justificou o seu voto pelo arquivamento da matéria. Segundo ele, não havia controvérsia a ser julgada, uma vez que o TST, ao editar o Enunciado 331, não declarou a inconstitucionalidade do artigo 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666.

Ainda segundo o ministro, o presidente do TST, solicitado a prestar informações sobre o caso, relatou que aquela Corte reconhece a responsabilidade da administração com base em fatos, isto é, no descumprimento das obrigações trabalhistas, não com base na inconstitucionalidade da norma discutida na ADC. “Como ele não tem dúvida sobre a constitucionalidade, não há controvérsia”, concluiu o ministro presidente.

Mas, segundo o presidente do STF, isso “não impedirá o TST de reconhecer a responsabilidade, com base nos fatos de cada causa”. “O STF não pode impedir o TST de, à base de outras normas, dependendo das causas, reconhecer a responsabilidade do poder público”, observou ele, em outra intervenção. Ainda conforme o ministro, o que o TST tem reconhecido é que a omissão culposa da administração em relação à fiscalização de seus contratados gera responsabilidade.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia divergiu do ministro Cezar Peluso quanto à controvérsia. Sob o ponto de vista dela, esta existia, sim, porquanto o enunciado do TST ensejou uma série de decisões nos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e, diante delas e de decisões do próprio TST, uma série de ações, sobretudo Reclamações (RCLs), junto ao Supremo. Assim, ela se pronunciou pelo conhecimento e pelo pronunciamento da Suprema Corte no mérito.

O ministro Marco Aurélio observou que o TST sedimentou seu entendimento com base no artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define o que é empregador, e no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal (CF), que responsabiliza as pessoas de direito público por danos causados por seus agentes a terceiros.

Decisão

Ao decidir, a maioria dos ministros se pronunciou pela constitucionalidade do artigo 71 e seu parágrafo único, e houve consenso no sentido de que o TST não poderá generalizar os casos e terá de investigar com mais rigor se a inadimplência tem como causa principal a falha ou falta de fiscalização pelo órgão público contratante.

O ministro Ayres Britto endossou parcialmente a decisão do Plenário. Ele lembrou que só há três formas constitucionais de

contratar pessoal: por concurso, por nomeação para cargo em comissão e por contratação por tempo determinado, para suprir necessidade temporária.

Assim, segundo ele, a terceirização, embora amplamente praticada, não tem previsão constitucional. Por isso, no entender dele, nessa modalidade, havendo inadimplência de obrigações trabalhistas do contratado, o poder público tem de responsabilizar-se por elas.

Do ponto de vista processual, a informação constante da notícia do STF parece um pouco confusa, mas podemos extrair elementos objetivos se nos concentrarmos no dispositivo do julgado publicado no andamento processual do feito:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Cezar Peluso (Presidente), julgou procedente a ação, contra o voto do Senhor Ministro Ayres Britto. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 24.11.2010.

Do cotejo da notícia com o dispositivo da decisão, pode-se inferir que o voto do Ministro Cezar Peluso (Presidente) - apesar de sucumbente na questão da admissibilidade - foi o condutor da questão de mérito.

O Informativo 610 do STF tem uma redação mais clara, inclusive no tocante ao mérito do que foi decidido ainda que seja necessário uma melhor compreensão do teor da interpretação e argumentação utilizada no julgado para se tentar explicar as conseqüências que se poderá extrair das decisões.

PLENÁRIO

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 3

Em conclusão, o Plenário, por maioria, julgou procedente pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade movida pelo Governador do Distrito Federal, para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 ("Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. § 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar

o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”) — v. Informativo 519. Preliminarmente, conheceu-se da ação por se reputar devidamente demonstrado o requisito de existência de controvérsia jurisprudencial acerca da constitucionalidade, ou não, do citado dispositivo, razão pela qual seria necessário o pronunciamento do Supremo acerca do assunto. A Min. Cármen Lúcia, em seu voto, salientou que, em princípio, na petição inicial, as referências aos julgados poderiam até ter sido feitas de forma muito breve, precária. Entretanto, considerou que o Enunciado 331 do TST ensinara não apenas nos Tribunais Regionais do Trabalho, mas também no Supremo, enorme controvérsia exatamente tendo-se como base a eventual inconstitucionalidade do referido preceito. Registrou que os Tribunais Regionais do Trabalho, com o advento daquele verbete, passaram a considerar que haveria a inconstitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei 8.666/93. Referiu-se, também, a diversas reclamações ajuizadas no STF, e disse, que apesar de elas tratarem desse Enunciado, o ponto nuclear seria a questão da constitucionalidade dessa norma. O Min. Cezar Peluso superou a preliminar, ressaltando seu ponto de vista quanto ao não conhecimento.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 4

Quanto ao mérito, entendeu-se que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu-se que isso não significaria que eventual omissão da Administração Pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não viesse a gerar essa responsabilidade. Registrou-se que, entretanto, a tendência da Justiça do Trabalho não seria de analisar a omissão, mas aplicar, irrestritamente, o Enunciado 331 do TST. O Min. Marco Aurélio, ao mencionar os precedentes do TST, observou que eles estariam fundamentados tanto no § 6º do art. 37 da CF quanto no § 2º do art. 2º da CLT (“§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada

uma das subordinadas.”). Afirmou que o primeiro não encerraria a obrigação solidária do Poder Público quando recruta mão-de-obra, mediante prestadores de serviços, considerado o inadimplemento da prestadora de serviços. Enfatizou que se teria partido, considerado o verbete 331, para a responsabilidade objetiva do Poder Público, presente esse preceito que não versaria essa responsabilidade, porque não haveria ato do agente público causando prejuízo a terceiros que seriam os prestadores do serviço. No que tange ao segundo dispositivo, observou que a premissa da solidariedade nele prevista seria a direção, o controle, ou a administração da empresa, o que não se daria no caso, haja vista que o Poder Público não teria a direção, a administração, ou o controle da empresa prestadora de serviços. Concluiu que restaria, então, o parágrafo único do art. 71 da Lei 8.666/93, que, ao excluir a responsabilidade do Poder Público pela inadimplência do contratado, não estaria em confronto com a Constituição Federal.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

ADC e art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 - 5

Por sua vez, a Min. Cármen Lúcia consignou que o art. 37, § 6º, da CF trataria de responsabilidade objetiva extracontratual, não se aplicando o dispositivo à espécie. Explicou que uma coisa seria a responsabilidade contratual da Administração Pública e outra, a extracontratual ou patrimonial. Aduziu que o Estado responderia por atos lícitos, aqueles do contrato, ou por ilícitos, os danos praticados. Vencido, parcialmente, o Min. Ayres Britto, que dava pela inconstitucionalidade apenas no que respeita à terceirização de mão-de-obra. Ressaltava que a Constituição teria esgotado as formas de recrutamento de mão-de-obra permanente para a Administração Pública (concurso público, nomeação para cargo em comissão e contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público), não tendo falado em terceirização. Salientou que esta significaria um recrutamento de mão-de-obra que serviria ao tomador do serviço, Administração Pública, e não à empresa contratada, terceirizada. Assentava que, em virtude de se aceitar a validade jurídica da terceirização, dever-se-ia, pelo menos, admitir a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, beneficiária do serviço, ou seja, da mão-de-obra recrutada por interposta pessoa.

ADC 16/DF, rel. Min. Cezar Peluso, 24.11.2010. (ADC-16)

Reclamação: inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93 e ofensa à Súmula Vinculante 10 - 4

Ao se reportar ao julgamento acima relatado, o Plenário, em conclusão, proveu dois agravos regimentais interpostos contra decisões que negaram seguimento a reclamações, ajuizadas contra acórdãos do TST, nas quais se apontava ofensa à Súmula Vinculante 10 [“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”]. Sustentava-se que o Tribunal a quo, ao invocar o Enunciado 331, IV, do TST, teria afastado a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem a devida pronúncia de inconstitucionalidade declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte [“TST Enunciado nº 331... IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993).”] — v. Informativos 563, 585 e 608. Julgaram-se procedentes as reclamações para determinar o retorno dos autos ao TST, a fim de que proceda a novo julgamento, manifestando-se, nos termos do art. 97 da CF, à luz da constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, ora declarada. Concluiu-se que o TST, ao entender que a decisão recorrida estaria em consonância com a citada Súmula 331, negara implicitamente vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, sem que o seu Plenário houvesse declarado a inconstitucionalidade. O Min. Ricardo Lewandowski, relator da Rcl 7517/DF reajustou o voto proferido anteriormente. Vencido o Min. Eros Grau, relator da Rcl 8150/SP, que negava provimento ao recurso.

Rcl 7517 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 24.11.2010. (Rcl-7517)

Rcl 8150 AgR/SP, rel. orig. Min. Eros Grau, red. p/ o acórdão Min. Ellen Gracie, 24.11.2010. (Rcl-8150)

É interessante verificar alguns trechos da decisão publicada em setembro de 2011

O Ministro Cezar Peluso ao ingressar no mérito da causa apresentou as seguintes considerações.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Em relação a isso não tenho dúvida nenhuma, eu reconheço a plena constitucionalidade da norma e, se o tribunal a reconhecer, como eventualmente poderá fazê-lo, a mim me parece que o Tribunal não pode, nesse julgamento, impedir que a Justiça Trabalhista, com base em outras normas, em outros princípios e à luz dos fatos de cada causa, reconheça a responsabilidade da Administração.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio sustentou posicionamento que deu origem ao debate que se seguiu:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Justiça do Trabalho tem batido carimbo com o Enunciado 331 da Súmula da jurisprudência predominante.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Pode até ser. Vossa Excelência conhece bem a Justiça do Trabalho. Deixe-me dizer o que estou entendendo da postura da Justiça do Trabalho.

Ela tem decidido que a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade, nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então, esse dispositivo é constitucional. E proclama: mas isto não significa que eventual omissão da Administração pública, na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado, não gere responsabilidade. É outra matéria.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas, onde prevista essa atuação censora?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – São outros fatos examinados sob a luz de outras normas constitucionais. É isso que estou dizendo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Mas a constituição não pode dar com a mão direita e tirar com a esquerda.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O preceito não distingue.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Nós não temos discordância quanto à substância da ação. Eu reconheço a constitucionalidade da norma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, porque não abrir esse embrulho e o Supremo vir a pacificar o tema?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE E RELATOR) – Só estou advertindo ao Tribunal que isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos. Por isso declarei que seria carecedor da ação, porque, a mim me parece, reconhecer a constitucionalidade, que nunca foi posta em dúvida, não vai impedir a postura da Justiça trabalhista que é agora impugnada, mas é impugnada sobre outro ponto de vista. Não é a constitucionalidade dessa norma que vai impedir a Justiça do Trabalho de reconhecer a responsabilidade da Administração perante os fatos!

Como se pode constatar, a decisão fez valer a força normativa da Constituição, uma vez que esta veda a contratação sem concurso público, desta forma não teria cabimento o pagamento de verbas trabalhistas para quem não se submeteu a concurso público. A decisão ficou no campo da concretização dos direitos fundamentais e normas constitucionais afetas ao regime administrativo e na aplicação de princípios jurídicos para aferição da validade e limites de aplicação da norma jurídica infraconstitucional em questão.

O que se pode extrair do mérito da causa?

Em primeiro lugar, não há como negar a constitucionalidade do dispositivo da Lei nº 8666/93 que exclui a responsabilidade da Administração Pública pelos débitos trabalhistas e previdenciários não adimplidos pelas entidades contratadas para prestação de serviços terceirizados, ante o teor expresso da decisão proferida.

Porém, em segundo lugar, esta exclusão de responsabilidade trabalhista e previdenciária não afastaria a responsabilidade da Administração pela não fiscalização do contrato.

Em terceiro lugar, essa responsabilização pela não fiscalização do contrato não poderia ser automática, dependeria de prova da não fiscalização.

Em quarto lugar, como destacado no voto do Ministro Marco Aurélio, ela não poderia ser solidária com a entidade prestadora de serviços.

Por fim, como observou a Ministra Carmen Lúcia, a responsabilidade não seria objetiva e teria caráter extrapatrimonial.

Não foi esclarecido no debate, mas o dever de fiscalização por parte da Administração Pública decorreria de uma abordagem principiológica, seja do ponto de vista sistemático da Lei nº 8666/93, conjugado com o princípio da moralidade pública (apto a gerar deveres para a Administração Pública como no caso da vedação do nepotismo), seja do ponto de vista da leitura moral do direito a partir de princípios como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

No que diz respeito ao primeiro enfoque, deve-se observar que como a Lei prevê a responsabilidade da Administração Pública pela fiscalização da Contribuição Previdenciária e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS, que seria atribuição da Receita Federal do Brasil e da Caixa Econômica Federal, a moralidade pública, alçada como princípio constitucional, exigiria a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços.

Com relação ao segundo enfoque, a hipossuficiência econômica do trabalhador também exigiria a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, aptos a gerarem direitos humanos fundamentais, uma vez que se a Administração Pública se beneficia da energia de trabalho deve assegurar condições de dignidade para o trabalhador.

Porém, a decisão judicial do STF veio para por um freio na condenação indiscriminada da Administração Pública, como vinha acontecendo em sede trabalhista, pois a Administração Pública não pode ter seu patrimônio afetada por atos de responsabilidade de terceiros, já que a Administração Pública não tem o objetivo de lucrar com a terceirização e, como regra, paga pelo serviço dentro dos parâmetros fixados no contrato ou convênio que seguem as diretrizes constitucionais do Regime Administrativo.

É justamente encima destas premissas que se deve fazer as considerações críticas necessárias sobre as conseqüências que se tem extraído do julgado e as conseqüências que se deve extrair.

4 AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO JULGADO PROFERIDO NA AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE: COMO ESTÁ E COMO DEVERIA SER

No início, houve muita dúvida a respeito da aplicação do julgado. Alguns juízes do trabalho passaram a julgar improcedente o pedido de responsabilização da Administração Pública. Outros, como o julgado falava na possibilidade da responsabilização da Administração Pública pela falha na fiscalização do contrato, continuaram condenando esta como se nada tivesse sido alterado, inclusive aplicando automaticamente o disposto na súmula 331 do TST que falava em responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos débitos Trabalhistas e Previdenciários.

A Administração Pública passou a recorrer para os Tribunais Regionais que começaram a proferir decisões desencontradas.

A Advocacia Pública começou a apresentar reclamações para o STF alegando o descumprimento da decisão proferida na ADC nº 16, uma vez que as decisões estavam vindo sem fundamentação dos fatos ensejadores da responsabilidade administrativa.

O TST com vistas a tentar resolver a questão e gerar a teoria do fato consumado na interpretação da decisão do STF acabou mudando o teor da redação da súmula 331 do TST, que passou a ser configurada da seguinte forma:

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei no 6.019, de 03.01.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei no 7.102, de 20.06.1983) e de conservação

e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

As inovações surgidas constam dos itens V e VI da Súmula, deles se podendo extrair o seguinte:

- a. a responsabilidade fixada tem caráter subsidiário;
- b. a responsabilidade pela falta ou falha na fiscalização da atuação da prestadora de serviço é culposa, portanto, não tem caráter objetivo;
- c. a aludida responsabilidade não decorre do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada;
- d. a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação.

Façamos uma breve análise crítica das disposições destacadas da referida súmula.

Em primeiro lugar, ao destacar que a responsabilidade é subsidiária, deve-se entender que a mesma não tem caráter solidário,

de forma que, antes de executar a Administração Pública tomadora de serviços, deve-se primeiro promover a execução contra a prestadora de serviços que vier a ser condenada e se encontrar inadimplente.

Em segundo lugar, deve-se comprovar culpa da Administração pela falha ou falta de fiscalização da atuação da prestadora de serviços.

A culpa na escolha fica difícil de ser comprovada se se configurar que houve processo licitatório e não houver nenhuma impugnação quanto a idoneidade da empresa quando da participação do certame público.

A culpa na vigilância é que deve ser efetivamente comprovada.

Alguns juízes têm invertido o ônus da prova fazendo com que a Administração prove que adotou todas as medidas para a fiscalização do contrato. Isso pode até se tornar razoável, considerando muitas vezes a hipossuficiência do trabalhador, se se observar o critério posterior.

Há que se destacar que, se há mera inadimplência das empresas prestadoras de serviço não gera a responsabilidade da Administração Pública, deve-se apurar se a mesma tinha o efetivo dever de agir, ou se cabia ao trabalhador a providência de comunicar a Administração Pública a existência de possível irregularidade trabalhista.

Por fim, entramos no ponto que consideramos a questão mais delicada de todas as ventiladas até agora e que aparentemente não tem sido objeto de consideração da jurisprudência e dos estudiosos do assunto.

A Lei 8.666/93 na disposição considerada constitucional exclui expressamente a transferência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário para a Administração Pública em razão do inadimplemento das verbas trabalhistas e previdenciárias pela empresa prestadora de serviços.

Ora, a responsabilidade atribuída não pode ser trabalhista (férias, 13º salário, FGTS etc.), uma vez que não há qualquer relação de emprego entre a Administração Pública e o trabalhador de empresa prestadora de serviços, não se podendo falar em grupo econômico, nem em sucessão de empregadores, observando-se o caráter civil da responsabilidade, sendo ela de caráter subsidiário.

Deve-se destacar, que dar a responsabilidade trabalhista (férias, 13º salário, FGTS, etc.) em caráter subsidiário é transferir encargo trabalhista para a Administração Pública, o que é expressamente vedado pela Lei declarada constitucional.

Ora, se estamos no campo da responsabilidade civil, o dano deveria ser também civil, ou seja, dano moral (com as devidas considerações na esfera trabalhista) ou material (de deveriam ter caráter proporcional e razoável), e não atribuir-se a responsabilidade o caráter trabalhista (cujo dano decorreria na fixação especificamente de verbas trabalhistas como férias, 13º salário, FGTS, etc.).

Desta forma, no nosso modo de ver, fixar a responsabilidade trabalhista como sendo o objeto da condenação da Administração Pública, ainda que em caráter subsidiário, seria transferir encargo trabalhista para a Administração Pública o que vai de encontro com o texto legal, sendo, portanto, medida eivada de vício de caráter manifesto.

Observe-se que a responsabilidade trabalhista poderia ser até um teto de responsabilidade para a Administração Pública, mas sendo a responsabilidade de caráter civil estaria ela sujeita também à ponderação da proporcionalidade da fixação da indenização prevista nos arts. 944, caput, e parágrafo único e 945 do Código Civil.

Essas considerações serão pertinentes, é claro, se houver efetiva falha ou falta administrativa na fiscalização da atuação da entidade prestadora de serviços e que esta fique devidamente comprovada sob pena de nulidade da decisão, como se pode extrair, por exemplo, da seguinte jurisprudência:

Processo: RR - 8053-69.2010.5.01.0000 - *Fase Atual:* RR

Tramitação Eletrônica

Processo TRT - Referência: RO-39300/2008-0052-01.

Órgão Judicante: 4ª Turma

Relator: Ministro Milton de Moura França

Recorrente(s):

Fundação Instituto Oswaldo Cruz - Fiocruz

Procurador :

Dr. Edson da Costa Lobo

Recorrido(s):

Denuzia dos Santos de Albuquerque

Advogado :

Dr. Francisco das Chagas Pereira da Silva

Recorrido(s):

Cooperativa de Trabalhadores Autônomos do Complexo de Manguinhos Ltda. – Cootram

ACÓRDÃO

4ª Turma

MF/GP/mrm

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - TOMADORA DE SERVIÇOS - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA - FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ - SÚMULA Nº 331, V, DESTA CORTE. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16, declarou que a responsabilidade subsidiária só pode ser declarada quando comprovado que a Administração Pública contratou, sem as cautelas devidas, empresa para lhe prestar serviços, e/ou, ainda, não cuidou de fiscalizar o cumprimento dos encargos trabalhistas, por parte de sua contratada, a teor do que dispõe a Súmula 331, V, desta Corte. Não caracterizadas a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, para efeito de condenação, não pode o ente público ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas da contratada. *Agravo de instrumento e recurso de revista providos.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº *TST-RR-8053-69.2010.5.01.0000*, em que é recorrente *FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ* e são recorridas *DENUZIA DOS SANTOS DE ALBUQUERQUE e COOPERATIVA DE TRABALHADORES AUTÔNOMOS DO COMPLEXO DE MANGUINHOS LTDA. - COOTRAM.*

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante, sob o fundamento de que -...a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.

Irresignada, a reclamada FIOCRUZ interpõe recurso de revista (fls. 65/71 - PDF, seq.1). Alega, em síntese, que o acórdão afronta os artigos 71 da Lei nº 8.666/93, 8º da CLT, 5º, II, e 37, XXI e § 6º, da Constituição Federal.

O recurso teve seu prosseguimento autorizado por força de agravo de instrumento.

Contrarrazões a fls. 92/104 (PDF, seq.1).

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho.

Relatados.

V O T O

O agravo de instrumento é tempestivo (fls. 2 e 77 - PDF, seq.1) e está subscrito por Procurador Federal.

CONHEÇO.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada Fundação Instituto Oswaldo Cruz - FIOCRUZ contra o r. despacho de fls. 73/74 - PDF, seq.1, que negou seguimento ao seu recurso de revista, quanto ao tema -responsabilidade subsidiária-, com fundamento na Súmula nº 333 desta Corte, explicitando que o acórdão do TRT está em conformidade com a Súmula nº 331, IV.

Sustenta a viabilidade da revista, sob o argumento de que a Presidência do Regional extrapolou os limites do juízo de admissibilidade, visto que -utilizou-se de faculdade deferida apenas ao Relator do recurso de Revista nesse TST - art. 896, § 5º, da CLT- - fl. 4, além de que -trata de questão cujo fundo é de natureza puramente constitucional, em face da aplicação da Súmula 331 por essa Egrégia Justiça Especializada e da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Parágrafo único do art. 71, da lei nº 8.666/93 (ADC 16-9), em tramitação no Supremo Tribunal Federal-. Salienta, ainda, que deve ser observada a Súmula Vinculante nº 10 do STF, por ocasião do julgamento.

Contraminuta a fls. 87/90- PDF, seq.1.

Parecer do d. representante do Ministério Público do Trabalho pelo não conhecimento do agravo de instrumento (PDF, seq. 3).

Merece reforma o despacho agravado.

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante.

Seu fundamento é de que:

[...] Venho, no entanto, me curvando ao entendimento prevalente na Turma de que *a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.*

5 - No caso dos autos, em que pese a *licitude do convênio firmado com a COOTRAM (f.92/176) e inexistência de culpa na contratação*, não há justificativa para se eximir a FIOCRUZ de qualquer responsabilidade. Admitir-se o contrário, seria frustrar o recebimento do crédito trabalhista na inadimplência do empregador, o que não se pode admitir. No caso, a recorrente, embora formalmente admitida pela COOTRAM (1ª ré), sempre exerceu suas atividades nas dependências da FIOCRUZ (2ª ré), em proveito da tomadora, realizando atividades de auxiliar de serviços gerais que lhe são necessárias para o normal desenvolvimento de suas obrigações. Assim, não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. *Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.* Pondo um ponto final na questão, o C.TST editou o item IV da Súmula nº 331, consagrando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no caso de inadimplência das obrigações trabalhistas pelo empregador, extensiva aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. *A Súmula 331 do TST, por outro lado, não é inconstitucional, vez que não se trata de lei criada pelo TST, mas de*

mera interpretação do art. 455 da CLT.- - sem grifo no original. (fl. 58 - PDF, seq. 1)

Em sua minuta de agravo (fls. 4/5 - PDF, seq.1), a reclamada FIOCRUZ sustenta que o recurso de revista deve ser conhecido, sob o argumento de que se trata de -matéria puramente constitucional, em face da aplicação da Súmula 331 por essa Egrégia Justiça Especializada e da Ação Declaratória de Constitucionalidade do Parágrafo único do art. 71, da lei nº 8.666/93 (ADC 16-9), em tramitação no Supremo Tribunal Federal-.

Com razão.

De acordo com o Regional, -a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação-.

Explicita, outrossim, que -não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.-

Nesse contexto, em que não estão caracterizadas a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, *para efeito de responsabilização subsidiária do ente público pelos encargos trabalhistas*, convém que se prossiga a revista, para um melhor exame, em face de uma provável ofensa ao art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Com estes fundamentos, *DOU PROVIMENTO* ao agravo de instrumento.

RECURSO DE REVISTA

O recurso de revista é tempestivo (fls. 64 e 65 - PDF, seq.1) e está subscrito por procurador federal.

I - CONHECIMENTO

I.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O e. TRT da 1ª Região, pelo v. acórdão de fls. 54/59 - PDF, seq. 1, deu provimento ao recurso ordinário da reclamante, para condenar a FIOCRUZ a responder subsidiariamente pelas verbas deferidas à reclamante.

Seu fundamento é de que:

-... Venho, no entanto, me curvando ao entendimento prevalente na Turma de que *a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação.*

5 - No caso dos autos, em que pese *a licitude do convênio firmado com a COOTRAM (f.92/176) e inexistência de culpa na contratação*, não há justificativa para se eximir a FIOCRUZ de qualquer responsabilidade. Admitir-se o contrário, seria frustrar o recebimento do crédito trabalhista na inadimplência do empregador, o que não se pode admitir. No caso, a recorrente, embora formalmente admitida pela COOTRAM (1ª ré), sempre exerceu suas atividades nas dependências da FIOCRUZ (2ª ré), em proveito da tomadora, realizando atividades de auxiliar de serviços gerais que lhe são necessárias para o normal desenvolvimento de suas obrigações. Assim, não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações trabalhistas. *Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.* Pondo um ponto final na questão, o C.TST editou o item IV da Súmula nº 331, consagrando a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços no caso de inadimplência das obrigações trabalhistas pelo empregador, extensiva aos órgãos da administração direta, autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que tenham participado da relação processual e constem também do título executivo judicial. *A Súmula 331 do TST, por outro lado, não é inconstitucional, vez que não se trata de lei criada pelo TST, mas de mera interpretação do art. 455 da CLT.- - sem grifo no original.* (fl. 58 - PDF, seq. 1)

Nas razões de revista (fls. 65/71 - PDF, seq.1), a reclamada alega, em síntese, que o acórdão afronta os artigos 71 da Lei nº 8.666/93, 8º da CLT, 5º, II, e 37, XXI e § 6º, da Constituição Federal.

Com razão.

Embora o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 contemple a ausência de responsabilidade da Administração Pública pelo pagamento dos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, é de se consignar que a sua aplicação somente se verifica na hipótese em que o contratado agiu dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, assim como de que o próprio órgão da administração que o contratou se pautou nos estritos limites e padrões da normatividade pertinente.

Esse entendimento, inclusive, foi corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 16 e concluir pela constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, não afastou a possibilidade de se responsabilizar subsidiariamente o ente público pelo pagamento dos débitos trabalhistas da empresa prestadora de serviços, na hipótese de se verificar, no caso concreto, a existência de culpa *in vigilando* e /ou *in eligendo*.

Admitir-se o contrário seria menosprezar todo um arcabouço jurídico de proteção ao empregado e, mais do que isso, olvidar que a Administração Pública deve pautar seus atos não apenas atenta aos princípios da legalidade, da impessoalidade, mas, sobretudo, pelo da moralidade pública, que não aceita e não pode aceitar, num contexto de evidente ação omissiva ou comissiva, geradora de prejuízos a terceiro, que possa estar ao largo de qualquer corresponsabilidade pelo ato administrativo que pratica.

De acordo com o Regional, -a Súmula 331/TST sempre se aplica para responsabilizar subsidiariamente o tomador dos serviços, independentemente de culpa na contratação e mesmo na presença de regular licitação-.

Explicita, outrossim, que -não há como se eximir a FIOCRUZ de responsabilidade subsidiária, na condição de tomadora dos serviços, caso a empregadora deixe de adimplir obrigações

trabalhistas. Entendimento contrário equivaleria a afirmar que a Lei Maior alberga a irresponsabilidade da Administração Pública pela fiscalização dos seus contratos e a inadimplência para com seus contratados, ainda que de forma indireta, situação que não se coaduna com o espírito da ordem constitucional vigente.

Não caracterizadas, portanto, a culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*, pressupostos que o Supremo Tribunal Federal entende devem estar presentes, para efeito de condenação, não pode o ente público ser responsabilizado pelos encargos trabalhistas.

Com estes fundamentos, *CONHEÇO* da revista, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

II - MÉRITO

II.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Conhecido o recurso, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a sua consequência é o provimento.

DOU-LHE, pois, *PROVIMENTO* para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da reclamada quanto às verbas deferidas à reclamante.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I) dar provimento ao agravo de instrumento; II) Conhecer do recurso de revista, quanto ao tema -responsabilidade subsidiária-, por violação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação a responsabilidade subsidiária da reclamada FIOCRUZ pelas verbas deferidas à reclamante.

Brasília, 14 de setembro de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

MILTON DE MOURA FRANÇA

Ministro Relator

O STF já se manifestou sobre o assunto, tendo-se firmado, por exemplo, o seguinte posicionamento, transcrito abaixo em sua integralidade:

“DECISÃO

RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE N. 16. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

Relatório

1. Reclamação, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado de Sergipe, em 6.9.2011, contra decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que, nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR 279-57.2010.5.20.0000, teria afastado a aplicabilidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 e descumprido o que decidido na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

2. A decisão impugnada tem o teor seguinte:

“RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CULPA IN VIGILANDO. Nos termos do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública não responde pelo débito trabalhista apenas em caso de mero inadimplemento da empresa prestadora de serviço, o que não exclui sua responsabilidade em se observando a presença de culpa, mormente em face do descumprimento de outras normas jurídicas. Tal entendimento foi firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADC nº 16 em 24.11.2010. Na hipótese dos autos, presume-se a culpa in vigilando do ente público, por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado previstas na Lei nº 8.666/93, ante a ausência de comprovação de sua efetiva realização, aplicando-se, ao caso, a inversão do ônus da prova, em face da hipossuficiência do empregado no tocante à capacidade de produzir tal prova. Presente a culpa do ente público, correta a condenação em sua responsabilidade subsidiária, nos termos da Súmula nº 331, IV e V. Agravo de instrumento a que se nega provimento” (fl. 94, doc. 4).

3. O Reclamante alega que “*como é notório, a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16 foi ajuizada pelo Distrito Federal, com o objetivo de estancar todas as dúvidas relativas à compatibilidade do artigo 71, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993, com a Constituição da República*” (fl. 3).

Argumenta que “*o dispositivo em foco é bastante claro na sua intenção, isto é, no sentido de inviabilizar a imputação de responsabilidade subsidiária dos Entes Públicos, sem que, para tanto, haja a correta configuração dos requisitos que possibilitem a imposição desse encargo à Administração Pública*” (fl. 4).

Sustenta que “*o Tribunal Superior do Trabalho, no afã de continuar responsabilizando os Entes Públicos, com base no Enunciado 331, IV, do TST, partiu de uma interpretação jurídica incorreta, pois, segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a responsabilidade subsidiária dos Entes da Federação somente se afigura legítima quando há o detalhamento das condutas que, em tese, comprovam a ocorrência de tal responsabilidade*” (fl. 9).

Salienta que “*os Eminentes Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Cezar Peluso e Luiz Fux, analisando pedidos idênticos ao presente, deferiram liminares em favor do Estado de Sergipe, para, até o julgamento final das Reclamações de nº 11.882/SE e 11.884/SE, 11.753/SE, 11.954/RJ e 11.884 (SE), suspender os efeitos do processo em trâmite no Tribunal Superior do Trabalho, exclusivamente no que diz respeito à responsabilidade subsidiária da Administração Pública*” (fl. 12).

Assevera que estariam presentes nesta reclamação os requisitos essenciais para o deferimento da medida liminar.

Requer: “*a) seja julgado, monocraticamente, procedente a presente reclamação, para cassar a decisão proferida pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho nos autos do Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 279-57.2010.5.20.0000, e determinar que seja realizado novo julgamento do feito, observando-se a orientação firmada pelo STF no julgamento da Ação Declaratória nº 16, Rel. Min. Cezar Peluso; b) acaso não atendido o pedido acima, requer a concessão de medida liminar inaudita altera pars para determinar a suspensão do andamento do feito -, no bojo do qual houve afronta à autoridade da decisão emanada na ADC 16*” (fl. 21).

Pede “*no mérito, a cassação definitiva da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho*” (fl. 22).

Examinados os elementos havidos nos autos, *DECIDO*.

4. Razão jurídica assiste ao Reclamante.

5. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe, no art. 157, que “*o Relator requisitará informações da autoridade, a quem for imputada a prática do ato impugnado*” e, no art. 52, que “*poderá o Relator dispensar a vista ao Procurador-Geral [...] quando sobre a matéria versada no processo já houver o Plenário firmado jurisprudência*”.

A presente reclamação está instruída com todos os documentos essenciais para a solução da controvérsia e a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, fundamentou sua decisão na Súmula n. 331 daquele Tribunal especializado, matéria recorrente neste Supremo Tribunal, *razão pela qual deixo de requisitar informações à autoridade Reclamada e dispense o parecer do Procurador-Geral da República*.

6. O que se põe em foco na presente reclamação é se, com a decisão impugnada, a 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho teria descumprido a decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, ao aplicar o entendimento da Súmula n. 331 daquele Tribunal para reconhecer a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelo cumprimento de obrigações trabalhistas.

7. Na sessão plenária de 24.11.2010, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16 para declarar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993:

“RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal

nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995” (ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Plenário, DJe 9.9.2011).

O acórdão do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16 foi publicado em 9.9.2011. No entanto, este Supremo Tribunal assentou ser desnecessária a publicação do acórdão tido por afrontado para o cabimento de reclamação, pois a decisão proferida em ação objetiva de controle de constitucionalidade tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata do julgamento.

Nesse sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PROCESSAMENTO DA RECLAMAÇÃO CONDICIONADO À JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO DITO VIOLADO. PUBLICAÇÃO DA ATA DE JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIÁRIO DE JUSTIÇA. REFORMA DO ATO QUE NEGOU SEGUIMENTO À RECLAMAÇÃO. 1. O cabimento da reclamação não está condicionado a publicação do acórdão supostamente inobservado. 2. A decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia erga omnes desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão. 3. A ata de julgamento publicada impõe autoridade aos pronunciamentos oriundos desta Corte. 4. Agravo regimental provido” (Rcl 3.632-AgR, Redator para o acórdão o Ministro Eros Grau, Plenário, DJ 18.8.2006, grifos nossos).

8. Na espécie vertente, a decisão impugnada foi proferida em 17.8.2011 (fl. 114, doc. 4); a ata do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16, publicada em 3.12.2010. Portanto, ao afastar a aplicação do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, com base na Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a 2ª Turma do Tribunal especializado descumpriu a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16.

Nesse sentido:

“Responsabilidade Subsidiária da Administração Pública. Afastamento. Art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. Constitucionalidade. Precedente. ADC 16. 4. Agravo regimental a que se dá provimento, para reconsiderar a decisão agravada e julgar procedente a reclamação” (Rcl 9.894-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe 17.2.2011).

Confira-se excerto do voto do Relator:

“Ao apreciar a ADC 16, Rel. Min. Cezar Peluso, Sessão Plenária de 24.11.2010, esta Corte julgou procedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade para declarar a compatibilidade do referido dispositivo com a Constituição. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental, para reconsiderar a decisão agravada, e, com base na jurisprudência desta Corte (art. 161, parágrafo único, RISTF), conheço da reclamação e julgo-a procedente, para cassar o acórdão reclamado e determinar que outro seja proferido em seu lugar, levando em consideração a decisão deste Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, proferida na ADC 16”.

Em caso análogo ao dos autos:

“As disposições insertas no art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no inciso IV da Súmula TST 331 são diametralmente opostas. 5. O art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993 prevê que a inadimplência do contratado não transfere aos entes públicos a responsabilidade pelo pagamento de encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, enquanto o inciso IV da Súmula TST 331 dispõe que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo contratado implica a responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se tomadora dos serviços. 6. O acórdão impugnado, ao aplicar ao presente caso a interpretação consagrada pelo Tribunal Superior do Trabalho no item IV do Enunciado 331, esvaziou a força normativa do art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993. 7. Ocorrência de negativa implícita de vigência ao art. 71, § 1º, da Lei 8.666/1993, sem que o Plenário do Tribunal Superior do Trabalho tivesse declarado formalmente a sua inconstitucionalidade” (Rcl 8.150-AgR, Redatora para o acórdão a Ministra Ellen Gracie, Plenário, DJe 3.3.2011, grifos nossos).

9. No julgamento da Questão de Ordem no Agravo Regimental na Reclamação n. 9.894, Relator o Ministro Gilmar Mendes, este Supremo Tribunal assentou que os Ministros poderiam julgar monocraticamente os processos relativos à matéria, na esteira dos precedentes.

10. Pelo exposto, na linha do entendimento firmado por este Supremo Tribunal, julgo cassar a decisão proferida pela 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho proferida nos autos do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. AIRR 279-57.2010.5.20.0000, e determinar que outra decisão seja proferida como de direito.

Publique-se.

Brasília, 9 de setembro de 2011.

Ministra *CÁRMEN LÚCIA*

Relatora”

Resta agora o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário - RE 603397 que teve sua repercussão geral reconhecida, questionando-se a violação dos artigos 5º, inciso II e 37, § 6º, da CRFB/1988, sendo que o STF tem dado provimento a várias reclamações constitucionais de violação da autoridade da decisão proferida pelo STF em sede de controle de constitucionalidade concentrado, cassando decisões tomadas pelo TST sobre a matéria, a ponto da SDI -1 do TST suspender o julgamento de processos sobre responsabilidade subsidiária de ente público, até posicionamento do STF ou posterior manifestação do referido colegiado trabalhista.

Diante do que foi exposto, passaremos a considerar que medidas estão ou poderiam ser tomadas pela Administração Pública para prevenir sua responsabilidade culposa pela falta ou falha na fiscalização da atuação da entidade prestadora de serviços com relação ao pagamento de seus encargos trabalhistas e previdenciários.

Tais medidas são, na verdade, imperativos de ordem ética, que demandarão inclusive a possível participação da Advocacia Pública como se considerará a seguir.

5 DA ÉTICA ADMINISTRATIVA E A POSSÍVEL ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA EM TAL SENTIDO NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Tem-se entendido por ética a reflexão a respeito da moralidade; e, por moralidade, a avaliação sobre a própria conduta do agente.

Firmou-se um posicionamento equivocado no Direito de que dar efetividade ao ordenamento jurídico era necessariamente recorrer ao Judiciário. Porém, muitas normas se tornam efetivas pela própria consciência de sua legitimidade no seu processo de aplicação pelo próprio destinatário da norma.

Criou-se hoje uma verdadeira indústria de responsabilização da Administração Pública com pedidos de responsabilidade subsidiária destituídos da devida fundamentação jurídica.

Em razão disto, antes de ingressar nos aspectos éticos da atuação administrativa, faremos uma pequena consideração sobre uma forma que entendemos cabível de impugnação dessas ações, muitas vezes, aventureiras (não se querendo aqui ignorar a realidade de que a má atuação administrativa contribui enormemente para proliferação das ações de responsabilidade da Administração Pública, mas apenas questionar os devidos termos em que as ações deveriam ser propostas).

Entendemos que o meio idôneo para se fazer impugnações às ações trabalhistas encaminhadas com pedidos de responsabilidade subsidiária por verbas trabalhistas e previdenciárias é a Reclamação para o Supremo Tribunal Federal - STF reativa ao descumprimento da Ação Direta de Constitucionalidade nº 16/2007.]

Destacamos que o pedido formulado poderia ser feito a partir de sustentação de descumprimento da ADC nº 16/2007 *pelo não reconhecimento pelo juízo trabalhista de origem da impossibilidade jurídica do pedido do pleito de responsabilidade subsidiária do ente público por verbas de natureza trabalhista (férias, 13º salário, FGTS...), o que é expressamente vedado pelo art. 71 da Lei 8666/93, que foi reconhecido constitucional no julgamento da referida ADC 16/2007, uma vez que exclui a atribuição de qualquer encargo trabalhista para os entes públicos em função de contratos administrativos firmados com empresas terceirizadas para prestação de serviços a partir de processo de licitação (observe-se que a decisão na ADC foi expressa no sentido de acolher a impossibilidade jurídica da transferência de encargos trabalhistas e previdenciários).*

O fato de na fundamentação da decisão da ADC ter-se ressaltado a possibilidade de fixação de outra modalidade de responsabilidade que não a trabalhista pela Justiça do Trabalho, mais especificamente a culpa pela falha na escolha da prestadora de serviços ou na fiscalização do contrato com relação ao adimplemento das verbas trabalhistas dos empregados da empresa contrata para prestação de serviços, não indica que uma possível responsabilidade subsidiária seja dada em função das verbas trabalhistas (férias, 13º salário, FGTS...). O mais lógico e razoável é que se a responsabilidade é civil o dano a ser reparado seja civil (dano material e/ou moral, razoável e proporcional) e não trabalhista, o que foi excluído pelo dispositivo da Lei nº 8666/93 declarado constitucional.

Observe-se que o fato da responsabilidade ser civil não exclui a competência da Justiça do Trabalho, pois nos termos do art. 114,VI, da CF, a Justiça do Trabalho é competente para conhecer ações referentes a dano material e moral decorrentes de relação de trabalho. Necessário atentar que relação de trabalho é um gênero que engloba a prestação de serviços terceirizados a entes públicos, pois estes são tomadores de mão de obra.

Decorrente é uma relação de prejudicialidade, que importa em como será julgada a questão principal. No caso a terceirização de serviços é uma questão prejudicial à questão principal da fixação da responsabilidade civil, sendo esta uma questão, no caso em análise, decorrente de uma relação de trabalho. Pois se houve dano ao trabalhador foi pelo fato da Administração Pública não ter, se fosse o caso, fiscalizado a prestação de serviço terceirizado apesar de se ter beneficiado da força de trabalho do empregado da empresa terceirizada, já que os serviços foram prestados para ela.

Ora, definida a questão da competência, resta mais uma vez destacar que o Tribunal Superior do Trabalho - TST mudou recentemente a redação da Súmula nº331 daquela corte trabalhista, que dispunha a respeito da terceirização de serviços, passando tal enunciado jurisprudencial a ter a seguinte redação com relação aos tópicos relativos à responsabilidade subsidiária do tomador de serviços terceirizados:

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da administração pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI — A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Como se constata, a pretexto de adaptar-se à decisão do STF na ADC 16/2007, o TST estabeleceu a necessidade de fixação de prova da falha da fiscalização administrativa do contrato de prestação de serviços terceirizados, porém, com vistas a criar uma situação de fato consumado, estabeleceu que o ente público que terceiriza serviços é responsável por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período de prestação laboral.

Importa, portanto, reafirmar que a posição da Justiça do Trabalho, na tese firmada pelo TST, vai de encontro com o reconhecimento da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93, que foi declarado constitucional pela ADC 16/2007 e cujo texto exclui expressamente a possibilidade de se transferir encargos trabalhistas para o ente público em função dos contratos administrativos firmados mediante licitação para prestação de serviços terceirizados.

Desta forma, o entendimento no sentido do cabimento reclamação para o STF que ora se apresenta é lógico e razoável, pois o pedido de fixação de responsabilidade subsidiária do ente público pelas verbas trabalhistas é juridicamente impossível, o que importaria a extinção das reclamações trabalhistas que vierem a ser propostas sem resolução do mérito em virtude da inépcia da petição inicial correspondente à vedação do pleito pelo ordenamento jurídico.

Feita esta observação preliminar, podemos partir para as considerações de cunho ético que a Administração Pública poderia adotar para evitar a propositura de ações judiciais e a sua responsabilização sob alegação de falta ou falha na vigilância da atuação das entidades prestadoras de serviço público.

Inicialmente, a Administração pode excluir a culpa pela escolha provando que houve licitação para contratação da empresa, caberia à parte contrária em uma reclamação trabalhista, se for o caso, comprovar que não haveria idoneidade da entidade prestadora de serviço à época da licitação

Para afastar a culpa na fiscalização ou vigilância do contrato, caberia à Administração comprovar que deu ciência ao trabalhador (exemplo: Declaração por ele assinada) de que podia reclamar perante a fiscalização administrativa do contrato e a fiscalização do trabalho (que poderia inclusive lhe encaminhar para o sindicato da categoria pertinente) e que fez a fiscalização de rotina na folha de pagamento da empresa.

Atualmente, no âmbito da Administração Pública Federal, os atos de fiscalização de rotina das verbas trabalhistas referentes aos contratos administrativos estão disciplinados pela IN nº 3 do MPOG.

Só recentemente passou-se a discutir a respeito da aplicação da Instrução Normativa - IN nº 3/2009 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG que estabelece critérios para fiscalização dos contratos administrativos com vistas ao atendimento à anterior redação da Súmula nº 331 do TST, a fim de se evitar a responsabilização subsidiária.

Tal Instrução Normativa, além de prever os procedimentos de fiscalização do adimplemento das verbas trabalhistas por parte das empresas contratadas para prestação de serviços terceirizados, disciplinou a possibilidade de retenção das faturas e pagamento direto aos empregados das empresas terceirizadas no caso de inadimplemento do pagamento de verbas trabalhistas.

Deve-se observar que tal medida já foi por diversas vezes declarada inconstitucional em julgamentos do Superior Tribunal de Justiça- STJ e do Tribunal de Contas da União - TCU, como se vê do seguinte precedente:

CONTRATO | RESCISÃO | Rescisão

CONTRATO | SANÇÃO CONTRATUAL | Sanção contratual

SERVIÇO TERCEIRIZADO | FISCALIZAÇÃO, MEDIÇÃO E PAGAMENTO | Fiscalização, medição e pagamento

FUNÇÕES DE GOVERNO | TRANSPORTES | Transportes (Interurbanos)

Referência

[Fiscobras. DNIT. Fiscalização quanto ao pagamento de salários e encargos trabalhistas. Impossibilidade de condicionar pagamentos dos serviços à comprovação de regularidade fiscal ou quitação de encargos trabalhistas.]

[ACÓRDÃO]

9.1. Determinar à Superintendência Regional do DNIT no Estado do Espírito Santo que:

[...]

9.1.4. Fiscalize a execução dos contratos sob sua supervisão no que diz respeito à obrigatoriedade de o contratado arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, aí incluído o pagamento dos salários e dos respectivos encargos trabalhistas e previdenciários, a exemplo do FGTS e INSS, tendo em consideração que a constatação do não cumprimento desse dever pela empresa pode ensejar a rescisão contratual, bem como a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93;

[VOTO]

No que diz respeito à deficiência na fiscalização dos contratos firmados pelo Dnit quanto ao pagamento dos salários e dos encargos trabalhistas, entendo pertinente a preocupação da equipe de auditoria no sentido de que, consoante o enunciado da súmula/TST nº 331, a Administração Pública, na condição de tomadora de serviços, possa vir a ser responsabilizada subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações laborais por parte do empregador.

Todavia, dissinto parcialmente do teor da proposta da equipe de auditoria para que se determine ao Dnit e à Superintendência Regional dessa entidade no Estado do Espírito Santo, que passe a condicionar o pagamento das medições de cada contrato à apresentação da extensa relação de documentos por ela especificados, muitos dos quais não guardam relação com a irregularidade ora apontada, a exemplo das ARTs, licença da obra e comprovante de pagamento dos tributos municipais.

Em primeiro lugar, observo que não há respaldo legal para que o pagamento dos serviços contratuais fique condicionado à comprovação da regularidade fiscal ou à quitação dos encargos trabalhistas, previdenciários e comerciais relacionados à execução da avença. Isso porque o contratado deve ser remunerado pelos serviços que efetivamente executou sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa da Administração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Cumprе assinalar que é dever do contratado manter durante a execução do contrato todas as condições de habilitação e qualificação

exigidas na licitação, bem como responder pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais (arts. 55, inc. XIII e 71 da Lei nº 8.666/93).

Por conseguinte, caracterizam a inadimplência contratual eventuais descumprimentos da legislação laboral, ensejando motivo para rescisão contratual e execução da garantia para ressarcimento dos valores e indenizações devidos à Administração (arts. 78, I, e 80, III, da Lei 8.666/93), bem como para aplicação das penalidades previstas no art. 87 do mesmo diploma legal.

A respeito, importa anotar que é pacífico o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça quanto à impossibilidade de retenção de pagamento nessa situação (v.g. RMS nº 24.953, REsp nº 7300800, e AgRg no AI nº 1.030.498, dentre outros). [...]

[...]

Dessa forma, entendo que cabe determinar à Superintendência Regional do DNIT no Espírito Santo, unidade responsável pela execução dos contratos em que a irregularidade sob comento foi detectada, que proceda à fiscalização das avenças sob sua supervisão quanto à obrigatoriedade de o contratado arcar com todas as despesas decorrentes de obrigações trabalhistas relativas a seus empregados, aí incluídos os salários e os respectivos encargos trabalhistas e previdenciários (FGTS e INSS), de modo a evitar a responsabilização da entidade pública.

Cumpre, ainda, alertar a Superintendência Regional dessa autarquia que a verificação do não cumprimento das obrigações acima mencionadas pela empresa contratada pode ensejar a rescisão contratual, bem como a aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93.

Informações AC-2197-38/09-P Sessão: 23/09/09 Grupo: II
Classe: V Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER - Fiscalização
- Levantamento -

Controle 26282 2 2 2 0

Classificação CONTRATO | PAGAMENTO | Pagamento

OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA | OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA | Obras e Serviços de Engenharia

Vejamos para fins de visualização concreta da questão os termos da referida IN com relação a este tópico:

Art. 19-A Em razão da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, o edital poderá conter ainda as seguintes regras para a garantia do cumprimento das obrigações trabalhistas nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva da mão de obra:

I - previsão de que os valores provisionados para o pagamento das férias, 13º salário e rescisão contratual dos trabalhadores da contratada serão depositados pela Administração em conta vinculada específica, conforme o disposto no anexo VII desta Instrução Normativa, que somente será liberada para o pagamento direto dessas verbas aos trabalhadores, nas seguintes condições:

- a) parcial e anualmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários, quando devidos;
- b) parcialmente, pelo valor correspondente às férias e ao 1/3 de férias, quando dos gozos de férias dos empregados vinculados ao contrato;
- c) parcialmente, pelo valor correspondente aos 13ºs salários proporcionais, férias proporcionais e à indenização compensatória porventura devida sobre o FGTS, quando da demissão de empregado vinculado ao contrato;
- d) ao final da vigência do contrato, para o pagamento das verbas rescisórias; e
- e) o saldo restante, com a execução completa do contrato, após a comprovação, por parte da empresa, da quitação de todos os encargos trabalhistas e previdenciários relativos ao serviço contratado;

II - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer a retenção na fatura e o depósito direto dos valores devidos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS nas respectivas

contas vinculadas dos trabalhadores da contratada, observada a legislação específica;

III - previsão de que o pagamento dos salários dos empregados pela empresa contratada deverá ocorrer via depósito bancário na conta do trabalhador, de modo a possibilitar a conferência do pagamento por parte da Administração; e

IV - a obrigação da contratada de, no momento da assinatura do contrato, autorizar a Administração contratante a fazer o desconto na fatura e o pagamento direto dos salários e demais verbas trabalhistas aos trabalhadores, quando houver falha no cumprimento dessas obrigações por parte da contratada, até o momento da regularização, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Art. 36. O pagamento deverá ser efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal ou da Fatura pela contratada, que deverá conter o detalhamento dos serviços executados, conforme disposto no art. 73 da Lei nº 8.666, de 1993, observado o disposto no art. 35 desta Instrução Normativa e os seguintes procedimentos:

§ 1º A Nota Fiscal ou Fatura deverá ser obrigatoriamente acompanhada das seguintes comprovações:

I - do pagamento da remuneração e das contribuições sociais (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Previdência Social), correspondentes ao mês da última nota fiscal ou fatura vencida, compatível com os empregados vinculados à execução contratual, nominalmente identificados, na forma do § 4º do Art. 31 da Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1995/9032.htm>>, quando se tratar de mão-de-obra diretamente envolvida na execução dos serviços na contratação de serviços continuados;

II - da regularidade fiscal, constatada através de consulta “on-line” ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, ou na impossibilidade de acesso ao referido Sistema, mediante consulta aos sítios eletrônicos oficiais ou à documentação mencionada no art. 29 da Lei nº 8.666/93;<<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1993/8666.htm>> e

III - do cumprimento das obrigações trabalhistas, correspondentes à última nota fiscal ou fatura que tenha sido paga pela Administração.

§ 2º O descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e as relativas ao FGTS ensejará o pagamento em juízo dos valores em débito, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Como se constata, aparentemente para fugir da vedação jurisprudencial e de controle externo da administração, a referida IN exige que a empresa que venha a participar do processo de licitação autorize expressamente a possibilidade de retenção das faturas para pagamento direto aos empregados em caso de inadimplemento de encargos trabalhistas.

Poder-se-ia entrar no mérito se tal cláusula contratual administrativa poderia ser inserida como legítima cláusula exorbitante nos contratos administrativos, diante da jurisprudência que veda a interferência da Administração Pública na gestão da empresa em nome do princípio da livre iniciativa, porém, nos parece manifesto que a disposição normativa que prevê a retenção das faturas de pagamento das empresas terceirizadas para pagamento direto aos empregados das referidas empresas é ato ilegal, pois traz para a Administração Pública encargos trabalhistas vedados pela Lei nº 8666/93, e também inconstitucional, pois faz com que a Administração Pública adote atos de empregador sem observância do disposto no Inciso II do art. 37 da CF/88 (exigência de concurso público), que lastreou a constitucionalidade do disposto no art. 71 da Lei nº 8666/93.

Entende-se a preocupação de redução de custos com condenações judiciais extraída das medidas adotadas pela IN nº 3/2009 MPOG, dentro do contexto da anterior redação da Súmula nº 331 do TST e da indefinição a respeito da constitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8666/93, porém, após a decisão da ADC 16/2007 os atos de pagamento direto determinados pela referida IN se manifestam como violadores do princípio da eficiência, além dos outros vícios de validade anteriormente expostos.

Tal medida, é extremamente prejudicial em termos práticos, pois faz com que a Administração pública mais do que fiscalizadora do adimplemento das verbas trabalhistas se torne uma extensão dos Departamentos de Pessoal das empresas contratadas e dos órgãos incumbidos constitucionalmente da fiscalização da legislação do trabalho, sem qualquer garantia que se evite pagamentos em duplicidade seja por falha de controle administrativo, seja por determinação judicial, a título de exemplo observe-se a exigência de homologação nas Delegacias Regionais do Trabalho dos Termos de rescisão contratual (muitos juízes poderão condenar a administração

pública na multa do art. 477, independentemente dos pagamentos administrativos determinados pela IN).

Nosso entendimento é de que deveria haver o cancelamento da IN na parte em que prevê a retenção administrativa das faturas de pagamento das empresas terceirizadas (que não impedirá que tais empresas procurem a Justiça Federal Comum para pedir a liberação dos valores retidos) e o pagamento direto aos empregados por se tratar de medida ilegal, inconstitucional e ineficiente em termos práticos dentro da experiência judicial de atuação nos feitos trabalhistas.

Propomos em seu lugar a previsão do requerimento liminar de retenção das faturas na Justiça do Trabalho, após a ineficácia das medidas administrativas de sanção administrativo-contratual, com base no art. 114, VI , da CF/88, e a consignação em pagamento dos valores retidos para que a Justiça do Trabalho possa regularizar a situação dos trabalhadores de forma conjunta (impondo-se a prevenção do juízo trabalhista por continência ou conexão com relação a qualquer demanda trabalhista individual)

Tal medida sim seria idônea para afastar qualquer tipo de responsabilidade da Administração Pública, poupando uma série de medidas administrativas possivelmente ineficazes praticamente do ponto de vista judicial trabalhista e custosas para administração pública (imagine-se a necessidade de controle administrativo do numerário retido das faturas, de comprovantes de pagamento, de especificação de verbas trabalhistas com exigência de treinamento especializado de servidores na área de pessoal de empresas privadas, quando bastaria uma simples fiscalização), despendendo-se recursos públicos de forma desnecessária.

A realidade é que o Judiciário Trabalhista tem muito mais experiência e recursos para gerir o pagamento dos trabalhadores a partir dos recursos que vierem a ser retidos e depositados (que vai ser mais simplificado se se entender que o objeto da responsabilidade é civil, se existir, já que em tese a consignação faria parte de medidas adotadas para evitar danos aos trabalhadores), uma vez que caberia à Justiça do Trabalho promover o pagamento dos trabalhadores em uma espécie de pequeno concurso de credores.

O fato é que o que poderiam ser em torno de 50 reclamações trabalhistas se transformariam em uma só ação, englobando

inclusive as propostas anteriormente à propositura da consignação por uma questão de continência (a ação de consignação – ou mesmo que se chame também de declaratória de inexistência de responsabilidade – seria mais ampla que qualquer reclamação trabalhista individual) ou conexão, no mínimo pela existência da mesma causa de pedir.

A continuidade dos serviços poderá ser assegurada pelas medidas emergenciais da lei de licitações e contratos administrativos, podendo – em caso de atraso de rescisão do contrato administrativo e ou atraso de salários, que não sejam resolvidos por sanções administrativas – os trabalhadores ser orientados a postularem a liberação do FGTS e do seguro desemprego na Justiça do Trabalho como medidas de tutela antecipada, o que pode inclusive ser pedido na consignação em pagamento proposta pelo ente público, lembrando, porém, que o inciso III da Súmula 331 do TST veda a pessoalidade (escolha de trabalhadores pelo tomador de serviços) e a subordinação direta (organização da atividade laborativa) nas relações do tomador com os trabalhadores da empresa prestadora de serviço.

Ao orientar as providências administrativas e apresentar as medidas judiciais cabíveis, a Advocacia Pública estaria agindo no sentido de resguardar a ética administrativa e preservar o interesse público.

Apenas por complemento, podemos destacar que em cumprimento à Lei nº 12.440/2011, que alterou alguns dispositivos legais como a CLT, e à Resolução Administrativa TST nº 1470/2011, a Justiça do Trabalho passou a emitir, a partir de 4 de janeiro de 2012, a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, documento indispensável à participação em licitações públicas.

Tal medida, certamente, demandará das entidades públicas providências para evitar o aumento de ações trabalhistas pela inadimplência de débitos trabalhistas por parte de empresas que possam deixar de exercer suas atividades por passarem a ser incluídas como devedoras na certidão de débitos trabalhistas.

6 CONCLUSÃO

Uma vez firmado o entendimento de que a responsabilidade por ser civil deve gerar uma indenização civil (danos morais e materiais, proporcionais e razoáveis de acordo com a falha administrativa que

terão as verbas trabalhistas como possível limite referencial e que poderão ser ponderados de acordo com o código civil inclusive pela extensão da culpa e pela contribuição da vítima do dano), o que vai estar em jogo é a atuação administrativa na fiscalização do contrato e não as verbas trabalhistas em si (férias, 13º salários, FGTS etc.). Tal fato não é idôneo para deslocar a competência, pois a terceirização é uma relação de trabalho que se configura como questão prejudicial da qual decorreria a responsabilidade civil (art. 114, VI, da CF).

Portanto, nessas reclamações onde se discute a responsabilidade subsidiária da Administração Pública dever-se-ia observar que esta teria caráter civil e teria a responsabilidade trabalhista da entidade prestadora de serviço apenas como um possível limite para a indenização civil, que como se destacou pode ser ponderada de acordo com o código civil.

Deve-se observar também que só se caberia falar em indenização se efetivamente fosse o caso de falha administrativa ou falta de fiscalização da atuação da prestadora de serviços no pagamento das verbas trabalhistas e previdenciárias.

Como se destacou, a Administração Pública deve adotar medidas administrativas para prevenir possível responsabilização nos termos da decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade. Ocorre que nem todas as medidas poderão ser adotadas diretamente, sendo mais prudente, em caso de inadimplemento e insucesso de sanções administrativas previstas na legislação própria, a retenção de valores e a consignação na Justiça do Trabalho para uma espécie de concurso de credores, eximindo-se a Administração Pública de sua responsabilidade.

Observe-se que no mesmo procedimento poderia haver a liberação dos depósitos do FGTS e a expedição de guias para recebimento do Seguro Desemprego. A Administração Pública poderia, por fim, garantir a continuidade dos serviços administrativos com contratações temporárias ou exceções ao regime padrão de licitações como autorizado na Constituição e nas legislações específicas, o que não pode é se tornar gestora de mão de obra sob pena de afrontar as disposições constitucionais.

Todas essas medidas visam conciliar a ética com a eficiência, respeitando-se a força normativa da constituição, da legislação infraconstitucional e das decisões judiciais. Deve-se exigir da

Administração Pública maior controle da atuação das entidades prestadoras de serviço no que toca a gestão de pessoal destas entidades em nome da interpretação sistemática da legislação administrativa pertinente e dos princípios jurídicos, dentre os quais a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

O que não se pode é proferir condenações automáticas da Administração Pública a pretexto de fazer justiça social, pois a Administração Pública não é empregadora dos trabalhadores das empresas prestadoras de serviço, havendo regras constitucionais claras que estabelecem a exigência constitucional de concurso público para que haja a vinculação com a Administração Pública. Se há irregularidades, essas devem ser tratadas com tais, inclusive com a responsabilização do administrador público que facilite o acesso indevido aos recursos públicos, já que ninguém pessoalmente é dono da Administração Pública e a ninguém, nem mesmo ao Judiciário, cabe fazer concessões indevidas às custas do patrimônio público.

REFERÊNCIAS

- ALEXY. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2005.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2. ed. Tradução de Luís Carlos Borges; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- 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 (Reimpressão 2002).
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

**O SISTEMA CONSTITUCIONAL DOS PAÍSES
LUSÓFONOS (UM BREVE PASSEIO NO MODELO
JURÍDICO-POLÍTICO DE ANGOLA, DO
BRASIL, DE CABO VERDE, GUINÉ-BISSAU,
MOÇAMBIQUE, PORTUGAL, SÃO TOMÉ
E PRÍNCIPE E TIMOR-LESTE, À LUZ DAS
CONCEPÇÕES DE FERDINAND LASSALLE,
KONRAD HESSE E KARL LOEWENSTEIN).¹**

***THE CONSTITUTIONAL SYSTEM OF COUNTRIES LUSOPHONE (A
SHORT WALK IN THE LEGAL-POLITICAL MODEL OF ANGOLA, BRA-
ZIL, CAPE VERDE, GUINEA-BISSAU, MOZAMBIQUE, PORTUGAL, SAO
TOME AND PRÍNCIPE AND EAST TIMOR, IN THE LIGHT OF CON-
CEPTIONS OF FERDINAND LASSALLE, KONRAD HESSE AND KARL
LOEWENSTEIN)***

Luís Carlos Martins Alves Jr
Bacharel em Direito, Universidade Federal do Piauí – UFPI
Doutor em Direito Constitucional, Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Procurador da Fazenda Nacional perante o Supremo Tribunal Federal
Advogado inscrito na OAB, Seccionais do Piauí e do Distrito Federal

¹ Texto oriundo de palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Distrito Federal – OAB/DF. Brasília, 5.11.2010.

SUMÁRIO: Introdução; 2 Pressupostos de compreensão a partir de Lassalle, Hesse e Loewenstein; 3 A Comunidade Lusófona; 4. Portugal; 5 Brasil; 6I. Angola; 6. Cabo Verde; 7. Guiné-Bissau; 8. Moçambique; 9. São Tomé e Príncipe; 10. Timor-Leste; 11 Considerações finais; Referências

Em homenagem à Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, jurista completa, professora exemplar e magistrada comprometida com a Justiça.

RESUMO: O presente ensaio visa analisar os sistemas constitucionais dos países lusófonos (Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe, Portugal e Timor-Leste), a partir das categorias lançadas por Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse e Karl Loewenstein, verificando mais a realidade jurídico-política do que o texto constitucional.

ABSTRACT: This essay aims to analyze the constitutional systems of the Lusophone countries (Angola, Brazil, Cape Verde, East Timor, Guinea-Bissau, Mozambique, São Tomé and Príncipe and Portugal), from the categories launched by the Ferdinand Lassalle, Konrad Hesse and Karl Loewenstein, checking over the legal and political reality of the constitutional text.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional Comparado. Lusofonia. Sistema Constitucional. Angola. Brasil. Cabo Verde. Guiné-Bissau. Moçambique. São Tomé E Príncipe. Portugal. Timor-Leste. Ferdinand Lassalle. Konrad Hesse. Karl Loewenstein.

KEYWORDS: Comparative Constitutional Law. Lusophonie. Consitutional System. Angola. Brazil. Cape Verde. Guinea-Bissau. Mozambique. São Tomé and Príncipe. Portugal. East Timor. Ferdinand Lassalle. Konrad Hesse. Karl Loewenstein.

INTRODUÇÃO

O presente texto visita os sistemas constitucionais dos países lusófonos, que vem a ser Portugal e aqueles que têm na experiência colonial portuguesa um elemento comum.

Como é cediço, fazem parte da comunidade lusófona os seguintes Estados soberanos e independentes: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe e o Timor-Leste.

O tema descansa a sua justificativa nas indiscutíveis relações de proximidade e de semelhança entre as histórias e as realidades, bem como entre os sonhos e aspirações, das pessoas e das instituições desses aludidos Estados pertencentes à comunidade lusófona.

A finalidade deste breve ensaio é a de demonstrar as principais semelhanças e dessemelhanças entre os referidos sistemas constitucionais, de sorte a propiciar e evidenciar as boas experiências normativas de cada um desses membros da comunidade lusófona e revelar as eventuais experiências negativas, para que tenhamos a humildade de copiar os acertos e procuremos evitar ou corrigir os erros cometidos.

Para alcançar esse desiderato, visitaremos os aspectos mais importantes dos respectivos textos constitucionais, conscientes, no entanto, de que a comparação de sistemas jurídicos vai muito além da singela comparação de enunciados textuais, visto que de há muito nos ensinou Miguel Reale, com a sua “Teoria tridimensional do direito” que para uma adequada compreensão do fenômeno jurídico (e o fenômeno constitucional é de caráter jurídico) se faz indispensável o conhecimento das circunstâncias fáticas, dos valores sociais e coletivamente compartilhados e dos textos normativos, no presente caso dos textos constitucionais.

Nessa linha, temos que comparação de Direito não se resume a comparação de Textos, mas, sobretudo e principalmente, a comparações de Experiências e de Realidades, levando-se em consideração todos os demais aspectos relevantes (cultura, história, geografia, economia, religião, ciências etc.) para uma adequada compreensão do Sistema Constitucional de cada um dos citados membros da comunidade lusófona.

Cuide-se que o que merece ser realçado em qualquer análise do sistema jurídico-constitucional consiste em verificar se as normas

(regras, princípios e postulados) são instrumentos eficazes de ordenação e de organização da vida em sociedade.

Ou seja, o sistema constitucional em si, visto isoladamente, não tem qualquer importância. O sistema constitucional deve estar conectado com a realidade social e a Constituição, para ser levada a sério, deve ser norma jurídica com força suficiente para conformar os padrões comportamentais das pessoas e das instituições, especialmente dos governos e dos governantes.

Nesse prisma, indaga-se: o que efetivamente nos interessa saber acerca dos sistemas constitucionais dos países lusófonos? As Constituições são simples “folhas de papel”? Ou as Constituições têm força normativa? As Constituições não passam de textos semânticos justificadores dos abusos governamentais? Ou as Constituições se revelam como norma jurídica obedecida e cumprida pelos governantes e governados? Ou as Constituições ainda desempenham um caráter pedagógico porquanto não obtiveram a plena adesão dos governantes e dos governados?

Previamente às indagações acerca da eficácia normativa dos textos constitucionais, no que tem relevância, importa saber o grau de legitimidade e de legitimação das mencionadas Constituições. Quais tiveram origem democrática e legítima e quais são autoritárias e ilegítimas?

1 OS PRESSUPOSTOS DE COMPREENSÃO A PARTIR DE LASSALLE, HESSE E LOEWENSTEIN

Nessa perspectiva, como pressupostos de compreensão utilizaremos as categorias conceituais lançadas por Ferdinand Lassalle², por Konrad Hesse³, e por Karl Loewenstein⁴.

Nada obstante o surgimento de novas teorias e doutrinas explicativas e justificadoras das atuais realidades constitucionais, especialmente de países histórica e tradicionalmente situados na periferia da modernidade ocidentalizada, como sucede com os lusófonos, creio que os referidos autores permanecem capazes de viabilizar esse desiderato: uma adequada compreensão do fenômeno constitucional, afinal de contas, os clássicos são sempre atuais.

2 A essência da Constituição/Über die Verfassung.

3 A força normativa da Constituição/Die normative Kraft der Verfassung.

4 A Teoria da Constituição/Verfassungslehre.

Com efeito, no longínquo ano de 1862, no reino germânico da Prússia, Ferdinand Lassalle proferiu palestra posteriormente publicada e que no Brasil ganhou dois títulos: o primeiro *Que é uma Constituição?*; o segundo título é *A Essência da Constituição*. Este último é o título mais usual de sua clássica obra em solo brasileiro.

Pois bem, Lassalle principia sua exposição com as seguintes indagações:

Que é uma Constituição? Qual a verdadeira essência de uma Constituição? Em todos os lugares e a qualquer hora, à tarde, pela manhã e à noite, estamos ouvindo falar da Constituição e de problemas constitucionais. Na imprensa, nos clubes, nos cafés e nos restaurantes, é este o assunto obrigatório de todas as conversas.

E, apesar disso, ou por isso mesmo, formulamos em termos precisos esta pergunta: Qual será a verdadeira essência, o verdadeiro conceito de uma Constituição? Estou certo de que, entre essas milhares de pessoas que dela falam, existem muito poucos que possam dar-nos uma resposta satisfatória.

Ante esse quadro problemático, Lassalle continua lançando mão de indagações que recordam o método da maiêutica socrática, e nesse jogo de perguntas e respostas, diz que a resposta de um jurista seria a de que *“A Constituição é a lei fundamental proclamada pela nação, na qual baseia-se a organização do Direito público do país”*.

De posse desse conceito jurídico da Constituição como “Lei Fundamental”, Lassalle pergunta: *“Qual a diferença entre uma Constituição e uma lei?”*

Lassalle reconhece a essência legislativa da Constituição, no sentido de que ela – a Constituição – é também uma Lei; mas nada obstante seja uma Lei, ela – a Constituição – é mais do que uma simples Lei, porquanto, segundo Lassalle, alterações legislativas não provocam as mesmas reações que provocam alterações constitucionais, visto que *“quando mexem na Constituição, protestamos e gritamos: ‘Deixem a Constituição!’*. *Qual é a origem dessa diferença?”*, indaga Lassalle.

Para Lassalle: *“Todos esses fatos demonstram que, no espírito unânime dos povos, uma Constituição deve ser qualquer coisa de mais sagrado, de mais firme e de mais imóvel que uma lei comum”*

Por isso que, continua Lassalle, a *“Constituição não é uma lei como as outras, é uma lei fundamental da nação”*. Mas o que diferencia a lei fundamental das demais leis não-fundamentais? Permanece indagando Lassalle.

Para responder a essa pergunta Lassalle fornece três pistas:

1º Que a lei fundamental seja uma lei “básica”, mais do que as outras comuns, como indica seu próprio nome “fundamental”;

2º Que constitua – pois de outra forma não poderíamos chamá-la de fundamental – o verdadeiro fundamento das outras leis, isto é, a lei fundamental, se realmente pretende ser merecedora desse nome, deverá informar e engendrar as outras leis comuns originárias da mesma. A lei fundamental, para sê-lo, deverá, pois, atuar e irradiar-se através das leis comuns do país;

3º Mas as coisas que têm um fundamento não o são por um capricho; existem por que necessariamente devem existir. O fundamento a que respondem não permite serem de outro modo. Somente as coisas que carecem de fundamento, que não as casuais e as fortuitas, podem ser como são ou mesmo de qualquer forma; as que possuem um fundamento, não. Elas se regem pela necessidade. [...] A idéia de fundamento traz, implicitamente, a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz e determinante que atua sobre tudo que nela se baseia, fazendo-a assim e não de outro modo.

Certo que para Lassalle em sendo a Constituição a Lei Fundamental de uma nação, ela enquanto Lei Fundamental se apresenta como uma *“força ativa que faz, por uma exigência da necessidade, que todas as outras leis e instituições jurídicas vigentes no país sejam o que realmente são. Promulgada, a partir desse instante, não se pode decretar, naquele país, embora possam querer, outras leis contrárias à fundamental”*

Nos aproximamos do elemento central das proposições de Lassalle e vez mais ele formula uma pergunta capital para descortinar a verdadeira essência da Constituição:

Muito bem, pergunto eu, será que existe em algum país – e fazendo esta pergunta os horizontes clareiam – alguma força ativa que possa influir de tal forma em todas as leis do mesmo, que as obrigue a ser necessariamente, até certo ponto, o que são e como são, sem poderem ser de outro modo?

A ESSA INDAGAÇÃO, LASSALLE OFERECE A SEGUINTE RESPOSTA:

Esta incógnita que estamos investigando apóia-se, simplesmente, nos fatores reais do poder que regem uma determinada sociedade.

Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são.

Eis o coração da tese de Lassalle: *a Constituição resulta dos fatores reais de poder de uma determinada sociedade.*

Lassalle joga com um exemplo que sabe absurdo: *“suponhamos que um país, por causa de um sinistro, ficasse sem nenhuma das leis que o governavam e que por força das circunstâncias, fosse necessário decretar novas leis”*

Ante esse quadro de absoluta anomia jurídica, Lassalle indaga: *“Neste caso, o legislador, completamente livre, poderia fazer leis de capricho ou de acordo com o seu próprio modo de pensar?”*

Lassalle começa a responder a essa pergunta lastreado no insuperável princípio da realidade.

Com efeito, os contrários à monarquia, onde houvesse uma, ficariam açulados a negar ao monarca as suas prerrogativas políticas e poriam abaixo essa forma de governo. A reação do monarca, seria a seguinte, segundo Lassalle:

O monarca responderia assim: Podem estar destruídas as leis, porém a realidade é que o exército subsiste e me obedece, acatando minhas ordens; a realidade é que os comandantes dos arsenais e quartéis põem na rua os canhões e as baionetas quando eu o ordenar. Assim, apoiado neste poder real, efetivo, das baionetas e dos canhões, não tolero que venham me impor posições e prerrogativas em desacordo comigo.

Como podeis ver, um rei a quem obedecem o exército e os canhões é uma parte da Constituição.

Peço licença para abrir um parêntese nesse aspecto da força das armas no cenário jurídico-constitucional de um país, especialmente no tocante à defesa das instituições do Estado.

É por todos conhecido o clássico debate travado entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de quem deve ser o “Guardião da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*).

Segundo a visão liberal e democrática de Hans Kelsen⁵ o órgão jurídico-político adequado e competente para guardar, defender e proteger a Constituição deve ser um “Tribunal”, composto de magistrados cuja missão principal seria, mediante uma justiça ou jurisdição constitucional, velar pela supremacia normativa da Constituição.

Todavia, segundo a visão anti-liberal e autoritária de Carl Schmitt⁶, em vez do “Tribunal Constitucional”, o verdadeiro “guardião” da Constituição seria o Chefe de Estado, porquanto seja ele o detentor da faculdade de decretar o “estado de emergência ou de exceção constitucional”, logo a quem obedecem as forças armadas ou de segurança de um país. Ou seja, aquele que detiver o comando das armas se revela como o verdadeiro “guardião da Constituição”.

Se observarmos o texto constitucional brasileiro somos tentados a imaginar que as teses liberais e democráticas de Kelsen se apresentam vencedoras, haja vista o disposto no *caput* do artigo 102 que enuncia que “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*”.

Sucedem que os textos não devem ser lidos “em tiras ou isoladamente”, mas em sua totalidade, como adverte o magistério de Eros Roberto Grau⁷.

Por esse ângulo, no texto constitucional brasileiro há específico Título – o V – versando acerca da “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, com a atribuição concedida ao Presidente da República, ouvidos os Conselhos de Defesa Nacional e o Conselho da República, de decretar o “Estado de Defesa” e de solicitar ao Congresso Nacional a decretação do “Estado de Sítio”, que implicaria a suspensão dos direitos e liberdades constitucionais (arts. 136 a 141, CF).

Tenha-se que nos termos da Constituição brasileira o Presidente da República é o comandante supremo das Forças Armadas nacionais (art. 142). Nesse passo, à luz de Carl Schmitt, o “guardião” da Constituição

5 KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

6 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

7 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

brasileira seria o Presidente da República, a quem o “aparato de segurança” deve obedecer.

Todavia, analisando o tema com mais vagar, veremos que ambas as concepções são aparentemente contraditórias, visto que em situação de *normalidade institucional* o “guardião da Constituição” é o Supremo Tribunal Federal. Mas em situação de *anormalidade institucional* a missão de proteger a Constituição compete ao Presidente da República.

E, em situações extremas, diante de conflito insolúvel entre os poderes constitucionais (Presidente da República *versus* Supremo Tribunal Federal ou *versus* Congresso Nacional), compete às Forças Armadas o dever de velar pela preservação ou restabelecimento da ordem institucional (art. 142, CF).

É de ver, portanto, a importância das Forças Armadas como *fator real de poder* nos sistemas constitucionais, sejam os democráticos sejam os autoritários.

Nos demais países lusófonos a situação é praticamente a mesma, competindo à “Corte Constitucional” velar pela Constituição nos períodos de normalidade institucional e ao Chefe-de-Estado ou às Forças Armadas velar pela Constituição nos períodos de anormalidade institucional.

Fecho o longo parêntese e volto a Ferdinand Lassalle.

Nessa batida, Lassalle recorda que além do rei e do exército (forças armadas) uma “aristocracia” ou “nobreza” influente e bem-vista pelo rei é também uma parte da Constituição, pois essa parcela da sociedade, ainda que ínfima, não abriria mão de suas benesses ou prerrogativas.

Quem mais, segundo Lassalle, se apresenta como “fator real de poder” e parte da Constituição? Lassalle fala da “grande burguesia” e dos “banqueiros”, ou seja, do poder econômico como partes da Constituição, porquanto o próprio Estado e a sociedade dependeriam financeiramente dessas duas aludidas classes sociais.

Lassalle também menciona a alta burocracia estatal como “fator real de poder” e aduz o seguinte exemplo:

Suponhamos que o governo intentasse promulgar uma lei penal semelhante à que prevaleceu durante algum tempo na China,

punindo na pessoa dos pais os roubos cometidos pelos filhos. Essa lei não poderia vigor, pois contra ela se levantaria o protesto, com toda a energia possível, da cultura coletiva e da consciência social do país. Todos os funcionários, burocratas e conselheiros do Estado ergueriam as mãos para o céu e até os sisudos senadores teriam que discordar de tamanho absurdo. É que, dentro de certos limites, também a consciência coletiva e a cultura geral da nação são partículas, e não pequenas, da Constituição.

Lassalle não fala das religiões ou das igrejas, mas não restam dúvidas de que acaso o legislador resolvesse interferir na religiosidade ou na economia interna das igrejas, certamente sofreria ante a força social e as influências que as crenças religiosas exercem sobre as pessoas. Nesse passo, digo que as igrejas também são partes da Constituição, e o seu poder não deve ser desprezado.

Por fim, Lassalle analisa se a “pequena burguesia” e a “classe operária” podem ser vistas como parcelas da Constituição:

Imaginemos agora que o governo, querendo proteger e satisfazer os privilégios da nobreza, dos banqueiros, dos grandes industriais e dos grandes capitalistas, tentasse privar das suas liberdades políticas a pequena burguesia e a classe operária. Poderia fazê-lo?

Infelizmente, sim; poderia, mesmo que fosse transitariamente. Os fatos nos demonstram que poderia.

Mas, e se o governo pretendesse tirar à pequena burguesia e ao operariado não somente as suas liberdades políticas, mas a sua liberdade pessoal, isto é, pretendesse transformar o trabalhador em escravo ou servo, retornando à situação em que se viveu durante os tempos da Idade Média? Subsistiria essa pretensão?

Não, embora estivessem aliados ao rei a nobreza e toda a grande burguesia.

Seria tempo perdido.

O povo protestaria, gritando: Antes morrer do que sermos escravos! A multidão sairia à rua sem necessidade de que os seus patrões fechassem as fábricas, a pequena burguesia juntar-se-ia solidariamente

com o povo e a resistência desse bloco seria invencível, pois nos casos extremos e desesperados, também o povo, nós todos, somos uma parte integrante da Constituição.

Com efeito, nos períodos dramáticos e revolucionários, parcela substantiva do povo se torna irracional e explode a violência.

Eis a tese central de Lassalle: *“Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação”*

Nesse passo, Lassalle revela que a Constituição jurídica não passa de uma simples “folha de papel”:

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito – instituições jurídicas. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido.

Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatores reais do poder, transformando-os dessa maneira em fatores jurídicos.

Lassalle demonstra que a organização do poder institucionalizado é a justificativa de sua permanência e de seu controle sobre o poder popular desorganizado, porquanto sejam as forças armadas alicerçadas na hierarquia, na disciplina e na obediência.

Entretanto, segundo Lassalle, o poder da nação apesar de infinitamente maior não é tão organizado quanto o poder das forças armadas e a nação carece do principal instrumento do aparato de segurança do poder institucionalizado: de armas. A nação fabrica ou paga as armas que a mantém domesticada ou neutralizada.

Para Lassalle essas seriam as razões explicativas da supremacia do poder organizado das instituições sobre o poder desorganizado da nação. No entanto, a população pode um dia se revoltar, cansada de ver os interesses gerais da nação mal conduzidos e derrotar aqueles que em

vez de usar o poder para servir ao povo, servem-se do poder contra o próprio povo, pois o *poder da nação é invencível*, acentua Lassalle.

Nesse compasso, Lassalle explicita as diferenças entre a Constituição real e a Constituição jurídica:

Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa constituição real e efetiva, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra constituição escrita, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar folha de papel.

Lassalle recorda que todas as sociedades sempre tiveram um modo de ser e de funcionar, sempre tiveram uma constituição no sentido real, mas a modernidade trouxe uma novidade para o cenário social: a constituição escrita na folha de papel, cuja principal missão é o estabelecimento documental de todas as instituições e princípios do governo vigente.

Lassalle, em tópico sobre a “arte” e a “sabedoria” constitucionais, inicia demonstrando que a erupção revolucionária não abala o direito privado, mas o direito público constitucional desmorona. Indaga Lassalle: “*Quando podemos dizer que uma constituição escrita é boa e duradoura?*” Lassalle oferece a seguinte solução:

A resposta é clara e parte logicamente de quanto temos exposto: Quando esta constituição escrita corresponder à constituição real e tiver suas raízes nos fatores do poder que regem o país.

Onde a constituição escrita não corresponder à real, irrompe inevitavelmente um conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente, perante a constituição real, a das verdadeiras forças vitais do país.

Conclui Lassalle:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores reais do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.

[...]

Se alguma vez os meus ouvintes ou leitores tiverem que dar seu voto para oferecer ao país uma Constituição, estou certo de que saberão como devem ser feitas estas coisas e que não limitarão a sua intervenção redigindo e assinando uma folha de papel, deixando incólumes as forças reais que mandam no país.

Essa é a premissa estampada por Ferdinand Lassalle: *os problemas constitucionais não questões jurídicas, não se resolvem de acordo com as normas do direito, mas se cuidam de questões políticas, resolvidas com base nas conveniências, nos interesses e na força.*

Peço, vez mais, licença para recordar uma página da história constitucional brasileira que se afivela ao pensamento de Lassalle.

Trata-se do Mandado de Segurança n. 3.557, julgado em 7.11.1956, no qual o Supremo Tribunal Federal apreciou impetração do Presidente João Café Filho em face da Mesa do Congresso Nacional que se recusava a retransmitir-lhe o cargo de Presidente da República, tendo em vista a pressão exercida pelas Forças Armadas, especialmente pelo General Henrique Teixeira Lott, Ministro da Guerra.

Nesse julgamento, o Tribunal reconhece a sua incapacidade de impor a força jurídica da Constituição em face da força política das Armas. Valiosa a reveladora passagem do voto do Ministro Nelson Hungria:

Qual o impedimento mais evidente, e insuperável pelos meios legais, do titular da Presidência da República, que o obstáculo oposto por uma vitoriosa insurreição armada?

Afastado 'o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade', a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o senhor Café Filho, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos tanks e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais especioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida de jure por esta Corte.

É uma situação de fato criada e mantida pela força das armas, contra a qual seria, obviamente, inexeqüível qualquer decisão do Supremo Tribunal. A insurreição é um crime político, mas, quando vitoriosa, passa a ser um título de glória, e os insurretos estarão a cavaleiro do regime legal que infringiram; sua vontade é que conta, e nada mais.

[..]

Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição.

Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, doublé de exaltado político partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensinaria ocasião para se verificar se os Ministros desta Corte 'eram leões de verdade ou leões de pé de trono'.

Jamais nos inculcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas.

Senhor Presidente, o atual estado de sítio é perfeitamente constitucional, e o impedimento do impetrante para assumir a Presidência da República, antes de ser declaração do Congresso, é imposição das forças insurrecionais do Exército, contra a qual não há remédio na farmacologia jurídica.

É indubitável que diante da força real do poder das armas a força simbólica do direito nada pode fazer.

Nada obstante esse dado incontestável da realidade política, em 1959 Konrad Hesse proferiu palestra na qual procurou apresentar uma alternativa à tese ácida de Ferdinand Lassalle. No Brasil a

citada palestra foi publicada sob o título de “A Força Normativa da Constituição”⁸.

Em sua exposição, Hesse principia recordando a aludida palestra de Ferdinand Lassalle e as teses defendidas por esse citado pensador constitucional, mormente a ideia de que a Constituição jurídica não passa de uma “folha de papel” inútil se divorciada dos fatores reais de poder, de sorte a revelar uma contradição entre o Direito Constitucional e a própria essência da Constituição.

Incomodado com essa perspectiva, Hesse aduz:

Essa negação do direito constitucional importa na negação do seu valor enquanto ciência jurídica. Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferenciando-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes.

Tenha-se que Hesse falou para um povo escarmentado pelos horrores impostos pelo nazifascismo e praticamente se reconstruindo, material e moralmente, após a derrota na Segunda Guerra Mundial.

Seguindo o método de Lassalle, Hesse faz várias indagações provocativas:

A questão que se apresenta diz respeito à força normativa da Constituição. Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, também uma força determinante do Direito Constitucional? Qual o fundamento e o alcance dessa força do Direito Constitucional? Não seria essa força uma ficção necessária para o constitucionalista, que tenta criar a suposição de que o direito domina a vida do Estado, quando na realidade, outras forças mostram-se determinantes?

8 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

Na construção de suas respostas, Hesse procura demonstrar que a análise do tema pressupõe o reconhecimento das relações entre o texto normativo e o contexto social, no seu condicionamento recíproco, afastando o prisma isolado do positivismo formalista ou do positivismo sociológico, levando a uma superação da radical separação entre a realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*).

Com efeito, aduz Konrad Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Para Konrad Hesse, a Constituição não é mero reflexo da realidade social, mas um elemento capaz de imprimir ordem e conformar essa realidade social e política, visto que há mútuo condicionamento entre a “Constituição real” e a “Constituição jurídica”, em uma relação de coordenação, e não de dependência recíproca, porquanto a pretensão de eficácia da Constituição a coloca como uma força normativa social.

Konrad Hesse critica o formalismo estéril divorciado da realidade, porquanto regulador de inúteis abstrações hipotéticas, e diz: *“se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se”*

Hesse se louva no pensamento de Wilhelm Humboldt e aduz que a norma constitucional somente constrói o futuro se considerar o presente, e se estiver determinada pelo “princípio da necessidade”. Diz Hesse:

Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências

dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida.

Avizinhamo-nos do coração da tese de Hesse que consiste em identificar plenamente o texto constitucional com o contexto social, pois isso seria acolher a premissa de Lassalle. Diz Hesse:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade do poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Eis a tese de Hesse: *a vontade de Constituição pode prevalecer sobre a vontade do poder, desde que haja uma consciência constitucional ou cívica por parte dos principais interessados e responsáveis pela concretização da Constituição.*

Essa vontade constitucional provém de três vertentes diversas, segundo Hesse:

Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita de estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade.

Fincadas essas estacas conceituais, Hesse aponta os caminhos que devem ser percorridos para que uma Constituição tenha efetiva e eficaz força normativa, revelando os limites do texto constitucional e os pressupostos das normas constitucionais.

Segundo Hesse, o conteúdo da Constituição deve considerar os elementos sociais, culturais, políticos, históricos, econômicos e deve considerar o estado espiritual de seu tempo, em busca de uma ordem jurídica justa e adequada, de modo a assegurar o apoio e a defesa da consciência geral. A Constituição deve ser estimada pelo povo.

A Constituição deve ser aberta e principiológica, não sendo adequado constitucionalizar interesses momentâneos ou particulares ou situações muito específicas, de sorte a provocar a necessidade de permanentes revisões constitucionais, com a sua inevitável desvalorização normativa, enuncia Hesse.

Outrossim, a Constituição deve contemplar uma visão plural dos complexos interesses existentes em uma sociedade, não devendo se assentar em uma estrutura unilateral, pois a dinâmica de um mundo em permanente transformação exige a preservação e a incorporação da estrutura contrária, mediante meticulosa ponderação, afirma Hesse.

Saindo da órbita do conteúdo e avançando no delicado tema da *práxis* constitucional, Hesse convida a todos a sacrificar seus interesses particulares e egoísticos em favor da preservação da Constituição, pois isso fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado democrático. Em vez da vontade do “interesse”, prevaleça a vontade de Constituição.

Ainda no aspecto da prática constitucional, Hesse alude acerca da interpretação constitucional que deve ser voltada para a ótima concretização da norma constitucional, cabendo ao intérprete verificar as possibilidades evolutivas do texto, adaptando-o às contingências e mudanças de tempo, sem que haja necessidade de revisão constitucional, bastando mudar a interpretação sem mudar o texto.

Eis o sumário das principais teses de Hesse:

A Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (Sein) e dever-ser (Sollen).

A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação da realidade. [...] Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade da Constituição (Wille zur Verfassung).

[...]

Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas hão de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.

[...]

Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Isso significa que o Direito Constitucional deve preservar, modestamente, a consciência dos seus limites. Até porque a força normativa da Constituição é apenas uma das forças de cuja atuação resulta a realidade do Estado. E esta força tem limites. A sua eficácia depende da satisfação dos pressupostos acima enunciados.

[...]

Essa orientação torna imperiosa a assunção de uma visão crítica pelo Direito Constitucional, pois nada seria mais perigoso do que permitir o surgimento de ilusões sobre questões fundamentais para a vida do Estado.

Hesse analisa a situação peculiar da Alemanha submetida às forças militares de ocupação e visita o “estado de necessidade constitucional”. Alfim conclui:

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.

Conquanto estivesse falando da Constituição alemã e para os alemães, as lições de Hesse podem ser aproveitadas por todos os povos e nações e em todas as épocas. Assim como as de Lassalle.

Creio que Ferdinand Lassalle e Konrad Hesse falam coisas similares. Com efeito, a “Constituição jurídica” – a folha de papel – tem sucumbido em face da “Constituição real” – dos fatores reais do poder – por conta da ausência de organização dos maiores interessados na concretização da Constituição: o povo.

Se houver uma consciência constitucional do povo e dos governantes, mas sobretudo do povo, como alude Hesse, a Constituição se apresentará como um verdadeiro fator real de poder por conta de sua força normativa conformadora e transformadora da realidade. Esse tem sido o principal desafio do Direito Constitucional enquanto instrumento normativo de transformação social. Como a Constituição de um país se torna norma jurídica efetiva e eficaz?

Para esse complexo problema, utilizaremos as contribuições de Karl Loewenstein⁹.

A edição original da aludida obra de Loewenstein surgiu no ano de 1957 com o título em inglês *Political Power and the governmental Process*, é que nada obstante seja o autor alemão, teve de emigrar para os

9 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

Estados Unidos em decorrência da Segunda Guerra Mundial, haja vista a sua ascendência judaica.

Pois bem, Loewenstein analisa a anatomia do processo político-governamental e a dinâmica desse processo, principia seu texto com a “tríade enigmática” que domina a vida humana: *“Os três incentivos fundamentais que dominam a vida do homem na sociedade e regem a totalidade das relações humanas, são: o amor, a fé e o poder; de uma maneira misteriosa, estão unidos e entrelaçados”* (tradução livre).

Para Loewenstein o poder tem um caráter demoníaco e patológico que leva ao cometimento de abusos e à corrupção e degeneração dos costumes, por isso é imprescindível controlá-lo. Eis o núcleo do constitucionalismo: *limitar e controlar os detentores do exercício do poder político; constranger o governante.*

Após percorrer os principais temas do direito constitucional e da ciência política, Loewenstein intitula o Capítulo V de sua obra com o rótulo “A Constituição” e aduz:

A classificação de um sistema político como democrático constitucional depende da existência ou carência de instituições efetivas por meio das quais o exercício do poder político esteja distribuído entre os detentores do poder, e por meio dos quais os detentores do poder estejam submetidos ao controle dos destinatários do poder, constituídos em detentores supremos do poder.

Sendo a natureza humana como é, não cabe esperar que o detentor ou os detentores do poder sejam capazes, por autolimitação voluntária, de liberar os destinatários do poder e a si mesmos do trágico abuso do poder. Instituições para controlar o poder não nascem nem operam por si sós, senão que deveriam ser criadas ordenadamente e incorporadas conscientemente no processo do poder. Há passados muitos séculos desde que o homem político aprendeu que a sociedade justa, que lhe outorga e garante seus direitos individuais, depende da existência de limites impostos aos detentores do poder no exercício de seu poder, independentemente de se a legitimação de seu domínio tem fundamentos fáticos, religiosos ou jurídicos. Com o tempo se tem reconhecido que a melhor maneira de alcançar este objetivo será fazendo constar os freios que a sociedade deseja impor aos detentores do poder em forma de um sistema de regras fixas – a Constituição – destinada a limitar o exercício do poder político. A

Constituição se converteu assim no dispositivo fundamental para o controle do poder político. (Tradução livre)

Segundo Loewenstein, o *telos* (a finalidade) da Constituição consiste em criar mecanismos institucionais que sirvam de limites ao exercício do poder político, especialmente em face dos abusos governamentais, e que permitam a participação legítima dos destinatários do poder no processo político.

Loewenstein, após analisar a dinâmica das mudanças constitucionais, fere o tema do “sentimento constitucional”, e aduz:

Com a expressão ‘sentimento constitucional’ (Verfassungsgefühl) se toca um dos fenômenos psicológico-sociais do existencialismo político mais difíceis de captar. Se poderia descrever como aquela consciência da comunidade que, transcendendo a todos os antagonismos e tensões existentes político-partidários, econômico-sociais, religiosos ou de outro tipo, integra a detentores e a destinatários do poder no marco de uma ordem comunitária obrigatória, justamente a constituição, submetendo o processo político aos interesses da comunidade. Este fenômeno pertence ao imponderável da existência nacional e não pode ser produzido racionalmente, ainda que possa ser fomentado por uma educação da juventude [...]. Sem embargo, a formação do sentimento de constitucionalidade depende amplamente dos fatores irracionais, da mentalidade e da experiência histórica de um povo, especialmente se a constituição tiver se saído bem em épocas de necessidade nacional. (Tradução livre)

No ponto que nos interessa mais imediatamente, Loewenstein inicia a apresentação de sua classificação ontológica das Constituições, aquilo que essencialmente têm sido as Constituições. Antes, contudo, ele jocosamente fala dos modelos tradicionais de classificação das Constituições e recorda a figura do proverbial “homem de Marte”, que se a esse alienígena fossem apresentadas as Constituições dos países não poderia imaginar de sob as coincidência estruturais, freqüentemente, textuais dessas disposições jazem as mais diferentes conformações da dinâmica do poder.

Com efeito, as tradicionais classificações constitucionais não dizem nada acerca da essência (ontologia) da Constituição naquilo que efetivamente interessa, ou seja, se a Constituição se revela um instrumento normativo de controle efetivo do exercício do poder político, segundo Loewenstein.

Isso quer dizer as clivagens entre as constituições materiais ou formais, rígidas ou flexíveis, sintéticas ou analíticas, liberais ou sociais, monárquicas ou republicanas, presidencialistas ou parlamentaristas, não revelam a essência do fenômeno constitucional, que será capturada se se analisar a realidade normativa, em vez de simples leitura do texto constitucional.

Nessa perspectiva, Loewenstein propõe um novo critério classificatório: *o ontológico*, que visa considerar o grau de concordância e conformidade entre as normas constitucionais e a realidade do processo político, que verifica a correspondência entre o texto normativo e o contexto social.

Por esse critério, Loewenstein diferencia as constituições em *normativas ou nominais ou semânticas*.

Segundo Loewenstein, a Constituição é normativa na medida em que os detentores e os destinatários do poder observam e cumprem as normas dimanadas dela – a Constituição. As condições para o surgimento da Constituição normativa são as seguintes:

Em uma ampla medida, a questão fundamental sobre se fará realidade a conformação específica do poder prevista constitucionalmente depende do meio social e político onde a constituição tem que valer. Quando se implanta, sem uma prévia educação política, uma democracia constitucional plenamente articulada em um Estado, recém liberado de uma autocracia tradicional ou da tutela colonial, é quase um milagre se deita raízes imediatamente. Para que uma constituição seja viva, deve ser, para tanto, efetivamente “vívda” por destinatários e detentores do poder, necessitando um ambiente nacional favorável para sua realização. A tradição autocrática no processo governamental tem que haver-se perdido o suficiente entre os governantes e os governados, para que o Estado constitucional tenham uma “faire chance” de êxito. Para que uma constituição seja viva, não é suficiente que seja válida em sentido jurídico. Para ser real e efetiva, a constituição terá que ser observada lealmente por todos os interessados e terá que estar integrada na sociedade política, e esta nela. A constituição e a comunidade terão que ter passado por uma simbiose. Somente neste caso cabe falar de uma constituição normativa: suas normas dominam o processo político ou, ao inverso, o processo de poder se adapta às normas da Constituição e se submete a elas. Para usar de uma expressão da

vida diária: a constituição é como um traje que serve bem e que se usa realmente. (Tradução livre)

O outro tipo de constituição é o nominal, que vem a ser aquele sistema jurídico válido, mas que ainda não tem força normativa suficiente para domesticar o processo político, de sorte que há uma clivagem entre o texto constitucional e a realidade social. Eis a motivação do sistema constitucional nominal, segundo Loewenstein:

O que a constituição nominal implica é que os pressupostos sociais e econômicos existentes – por exemplo, a ausência de educação geral e, no particular, de educação política, a inexistência de uma classe média independente e outros fatores – no momento atual operam contra uma concordância absoluta entre as normas constitucionais e as exigências do processo político. A situação, de fato, impede, ou não permite por agora, a completa integração das normas constitucionais na dinâmica da vida política. Provavelmente, a decisão política que conduziu a promulgar a constituição, ou este tipo de constituição, foi prematura. A esperança, sem embargo, persiste, dada a boa vontade dos detentores e dos destinatários do poder, de que cedo ou tarde a realidade do processo político corresponderá ao modelo estabelecido na constituição. A função primeira da constituição nominal é educativa; seu objetivo é, em um futuro mais ou menos distante, converter-se em uma constituição normativa e determinar realmente a dinâmica do processo político no lugar de estar submetida a ela. E para continuar com nosso exemplo: o traje está pendurado no armário durante um certo tempo e será usado quando o corpo nacional houver crescido. (Tradução livre)

Por fim, Loewenstein visita o terceiro tipo de sistema constitucional, o semântico, que vem a ser aquela Constituição que, ao invés de controlar e limitar os abusos governamentais, é utilizada para justificar, dando uma aparência de legalidade constitucional, os abusos políticos. É uma Constituição paradoxal, pois a essência de toda Constituição é frear o abuso político, mas a semântica torna o poder sem peias e sem amarras. Eis a explicação de Loewenstein:

A conformação do poder está congelada em benefício dos detentores fáticos do poder, independentemente de que esses sejam uma pessoa individual (ditador), uma junta, um comitê, uma assembléia ou um partido. Esse tipo se pode designar como constituição semântica. Se não houvesse em absoluto nenhuma

constituição formal, o desenvolvimento fático do processo político não seria notavelmente diferente. Em lugar de servir à limitação do poder, a constituição semântica é aqui um instrumento para estabilizar e eternizar a intervenção dos dominantes fáticos da localização do poder político. E para continuar com o exemplo anterior: o traje não é em absoluto um traje, mas um disfarce. (Tradução livre)

A Constituição semântica é típica dos regimes políticos antidemocráticos ou autoritários. A nominal é típica dos países em desenvolvimento social, econômico e político, que têm pouca tradição democrática ou recém saídos do autoritarismo. E a normativa é própria dos países mais desenvolvidos, com instituições mais estáveis e com a sociedade civil melhor organizada.

Loewenstein chama a atenção para o simbolismo constitucional e para as aparências de constitucionalidade, e critica uma ingenuidade otimista do mundo ocidental que apostou todas as suas esperanças nos textos constitucionais escritos, e fala dos perigos em torno da erosão da consciência ou do sentimento de constitucionalidade decorrente dessas imensas expectativas depositadas nas Constituições, muitas vezes divorciadas da realidade social de cada povo e nação.

Essas frustrações constitucionais, segundo Loewenstein, podem atrair panacéias escatológicas das “flautas mágicas dos caçadores de ratos”, com o surgimento de salvadores da pátria, com fortes tendências autoritárias, pois, continua Loewenstein, a crise de normatividade da constituição escrita se reflete na crise do próprio Estado democrático constitucional do futuro.

Segundo Loewenstein, a normatividade constitucional passa necessariamente por uma consciência constitucional dos governantes e dos governados. Essa é praticamente a mesma tese de Hesse. E inclusive de Lassalle, na medida em que o povo deve ser o principal fator real de poder integrante de uma Constituição.

Pois bem, à luz do que expusemos, podemos visitar os sistemas constitucionais lusófonos e verificar se as suas Constituições não passam de “folhas de papel”, seqüestradas pelos fatores reais de poder; ou se têm “força normativa”, capazes de conformar e ordenar o poder político e a sociedade; e nessa linha, se são sistemas constitucionais normativos, nominais ou semânticos.

Tenha-se que além dessas aludidas perspectivas constitucionais, utilizaremos informações e dados acerca das condições de vida das populações dos Estados ora examinados, veremos o grau de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, se vige um sistema democrático com respeito pelas liberdades fundamentais, se o exercício do poder público é pautado pela decência e honestidade do administrador e do político, ou seja, surpreenderemos se os indivíduos e a coletividade vivenciam um sistema verdadeiramente de justiça e de paz, a partir ou a despeito dos textos constitucionais respectivos.

Para alcançar essa finalidade, utilizaremos de dados e informações de organismos ou entidades internacionais de reconhecida seriedade e insuspeita correteza.

2 A COMUNIDADE LUSÓFONA¹⁰ (WWW.CPLP.ORG)

Antes de visitar os específicos sistemas constitucionais de cada um dos países da comunidade lusófona será ferida a própria lusofonia, que vem a ser processo histórico de transmissão cultural imposta pelos portugueses aos povos e nações submetidos a sua dominação política e social, tendo como principal elemento de integração comum o idioma português.

Com efeito, a partir desse elemento comum idiomático surgiu, inclusive, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, organização criada em 17.7.1996, com sede em Lisboa, cuja principal finalidade é amplificar a *integração* entre as pessoas e as instituições, nos variados domínios do conhecimento e da vida, envolvendo, a política, o direito, a educação, as artes, as ciências, enfim, aproximando os governos, as instituições e sobretudo e principalmente as pessoas.

Essa lusofonia tem como ponto de partida a experiência colonial portuguesa iniciada no alvorecer do século XV, fruto da ambição expansionista lusitana.

Segundo se extrai da leitura de Raymundo Faoro¹¹, o português foi forjado na luta e na guerra, e a sua ambição econômica fê-lo explorar os mares nunca dantes navegados.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.cplp.org>>

¹¹ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

Ao lado dessa motivação econômica, extrai-se de Darcy Ribeiro¹² que havia um componente de salvacionismo religioso por força do poder e da influência da Igreja Católica na vida do homem medieval europeu, e do português ibérico em particular, no sentido de levar a cristandade católica para todo o orbe terrestre.

Pois bem, pode-se acreditar em Gilberto Freyre¹³ que foram esses os principais móveis do expansionismo português: a ambição econômica aliada a uma perspectiva soteriológica cristã.

Com esses impulsos (ambição econômica e fé religiosa), o português singrou os mares e se estabeleceu em várias localidades, nas Américas, na África e na Ásia, firmando raízes, dominando e submetendo povos e nações menos organizados.

É certo que dos portugueses herdamos muitos caracteres, sendo que a figura do “homem cordial” é um dos principais aspectos, segundo Sérgio Buarque de Holanda¹⁴, no sentido de um indivíduo inadequado para as relações impessoais, especialmente no trato das coisas públicas ou coletivas, visto que as relações familiares ou afetivas são mais relevantes do que os deveres sociais ou jurídicos.

Sem embargo da sucessão de muitos débitos, é certo que recebemos coisas positivas, pois os portugueses estavam contidos em mundo no qual a dominação e a subjugação de outros povos e nações fazia parte do cotidiano e, dentre os créditos dos lusitanos, indiscutivelmente temos o idioma português, que o poeta certamente alcunhou de a “última flor do Lácio”.

Após essa brevíssima análise da lusofonia, passarei a visitar cada um dos respectivos sistemas constitucionais dos países lusófonos, começando com Portugal, ponto de partida de toda essa rica experiência social e política, passando pelo Brasil, primeira das ex-colônias a se desvencilhar do domínio português, e seguindo, por ordem alfabética, os demais Estados lusófonos: Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e, finalmente, o caçula Timor-Leste.

12 RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

13 FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala – introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

Jorge Miranda¹⁵, em tópico intitulado “os sistemas constitucionais dos países africanos de língua portuguesa”, leciona que o acesso à independência dos cinco países africanos lusófonos não se fez ao mesmo tempo e nos mesmos termos dos demais países da África, porquanto somente com a derrocada do “Estado Novo” português e a queda do regime salazarista o ritmo de libertação foi acelerado pelos vários “movimentos de libertação”.

A primeira fase dos mencionados países foi marcada por intensas lutas internas, que agravaram uma situação de pobreza e abandono de sua população. A partir dos anos 90 do século passado, esses Estados iniciam uma mudança de eixo no rumo da democracia e da paz.

Portugal e o Brasil têm servido de bússolas para que essas novas democracias se institucionalizem, de sorte a propiciarem um regime político onde os direitos e liberdades individuais e sociais possam ser exercitados, com segurança e prosperidade.

3 PORTUGAL¹⁶

Como é de sobejo conhecimento, a história de Portugal tem início com as lutas dos reinos cristãos pela reconquista da península ibérica e conseqüente expulsão dos mouros islâmicos daquele pedaço do continente europeu, finalizada no ano de 1249.

O Reino de Portugal foi estabelecido em 1139, sendo provavelmente o primeiro Estado-nação moderno europeu. Talvez por isso, tenha sido um dos primeiros a iniciar o processo de expansão marítima e de colonização e dominação dos povos e nações das Américas, da África e da Ásia, cujo apogeu se deu no início do século XVI, no reinado de Dom Manuel I, alcunhado de “o Venturoso”, e que se intitulava “Rei de Portugal e dos Algarves, senhor da África, da Índia, da China, do Japão, do Egito, da Etiópia e do Brasil”, no período de 1495 até 1521.

Após um período de apogeu econômico e político, Portugal entra em crise e vê os seus domínios se dissolverem, conquistados por outras potências européias, mormente França, Inglaterra e Holanda, sem prejuízo das permanentes investidas da Espanha contra o seu próprio território e contra os seus domínios.

15 MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.

16 Disponível em: <<http://www.portugal.gov.pt>>

Sacudido pelos ventos revolucionários que varreram a Europa continental no final do século XVIII e início do século XIX, oriundos da França, a família real portuguesa, ante a iminente invasão das forças napoleônicas, foge para o Brasil e instala o centro administrativo e político do Império na América.

Solucionada a questão napoleônica, a família real é constrangida a retornar a Portugal e se submete ao novo regime político exigido após a experiência revolucionária: a monarquia constitucional, em face da promulgação da Constituição Política da Monarquia Portuguesa, em 23.9.1822.

Poucos dias antes da promulgação de sua primeira Constituição, Portugal vê o Brasil, então Reino Unido, outrora sua colônia mais próspera, proclamar a sua independência, em 7 de setembro, por meio do príncipe herdeiro Dom Pedro, que se auto-intitulou “Defensor Perpétuo do Brasil, por obra e graça da Santíssima Trindade e por unânime aclamação dos povos”.

Durante o século XIX, Portugal enfrenta crises econômicas e políticas que vão resultar no início do século XX na implantação do regime republicano em 5.10.1910. Após um período conturbado, em 1932 ascende ao poder Antonio de Oliveira Salazar que instituiu em solo português o regime do “Estado Novo”, marcado pelo autoritarismo político e castração das franquias liberais democráticas, e pelo isolamento político de Portugal.

Salazar, por motivo de doença, afasta-se do poder em 1968, vindo a falecer em 27.7.1970. Sucede-lhe Marcelo Caetano até o golpe de estado ocorrido em 25.4.1974, no evento denominado “Revolução dos Cravos”, conduzido pelo Movimento das Forças Armadas, composto de militares que participaram das “Guerras Coloniais” (conflitos com Angola, Guiné e Moçambique).

Em 25.4.1976 ocorreu a promulgação da atual Constituição de Portugal que abriu uma nova perspectiva nas relações portuguesas com a Europa e com o restante do mundo, especialmente com as suas antigas colônias, e com a própria população em solo português.

Pedagógico o enunciado contido no preâmbulo da Constituição portuguesa de 1976:

A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime fascista.

Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa.

A Revolução restituiu aos Portugueses os direitos e liberdades fundamentais. No exercício destes direitos e liberdades, os legítimos representantes do povo reúnem-se para elaborar uma Constituição que corresponde às aspirações do país.

A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Portuguesa:

A aludida Constituição positiva uma nova realidade social e política no cenário português e abre as portas de Portugal para um novo período de democracia, com o respeito às franquias liberais e das indispensáveis conquistas sociais, como preconiza José Carlos Vieira de Andrade¹⁷.

Tenha-se que Portugal ostenta, hodiernamente, índices sociais que situam o país entre aqueles que possuem a população com boa qualidade de vida, como revelam os dados contidos nos organismos e agências internacionais.

No critério das liberdades fundamentais, Portugal é visto como um Estado plenamente democrático. Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD (www.un.org), 95% dos portugueses são alfabetizados.

17 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

Em Portugal, segundo a Organização das Nações Unidas, a expectativa de vida gira em redor de 78 anos, sendo 75 anos para os homens e 81 anos para as mulheres. A mortalidade infantil, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, é de 4 crianças para cada 1.000 nascimentos, no ano de 2005. Cuide-se que segundo a OMS o índice “aceitável” é de até 10 mortes para cada 1.000 nascimentos.

Ainda no plano das condições sociais e econômicas, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH de Portugal é de “0,909”, considerando que o máximo é de 1. O aludido índice leva em consideração a renda *per capita*, o grau de educação e a expectativa de vida das populações. O melhor IDH é o da Noruega (0,938). IDH acima de 0,9 implica país com desenvolvimento humano *muito elevado*.

Sucede, no entanto, que o índice de percepção de corrupção é relativamente baixo (5,8), nos termos da Transparência Internacional (www.transparency.org), em uma escala que varia de 0 a 10. O melhor desempenho é o da Nova Zelândia, com índice 9,4. O pior é o da Somália: 1,1.

Cuide-se que o Estado português foi beneficiado pelo ingresso na Comunidade Européia, e integra União Européia, que vitaminou sensivelmente a economia local, permitindo a melhoria substantiva das condições sociais da população portuguesa.

Em suma, as promessas constitucionais estampadas no Texto Fundamental de 1976 não se transformaram em “letra morta”, e a Constituição portuguesa não é uma “simples folha de papel”, mercê dos “fatores reais de poder”, mas é dotada de “força normativa” conformadora e transformadora da realidade social dos portugueses, como defende José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸.

Nesse passo, concordamos com Jorge Miranda¹⁹ no sentido de que o sistema constitucional português é de caráter normativo, pois há uma consciência ou sentimento constitucional que favorece à obediência e ao respeito da Constituição, pelos governantes e pelos governados, e tanto os direitos e garantias individuais e coletivas quanto os direitos sociais e democráticos têm sido exercidos com adequada compatibilidade, de acordo com as necessidades das pessoas e dentro das capacidades do Estado e da própria sociedade, na medida do possível.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.

19 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

4 BRASIL²⁰

A história constitucional propriamente brasileira tem início em 7.9.1822 com a promulgação da Independência e a dissolução dos laços jurídico-políticos entre Brasil e Portugal, confirmada pela outorga da Carta Constitucional de 1824, que foi o documento político que regeu o império brasileiro.

O Brasil tem sofrido profundas mudanças econômicas, sociais e políticas, e passou por crises de variadas ordens, até a estabilização institucional ocorrida com a promulgação da Constituição de 5.10.1988, que demarca o ingresso definitivo do País no plano democrático, após o período autoritário marcado pelo regime militar instaurado no Brasil em 1º.4.1964.

Com efeito, até a Constituição de 1988, a experiência institucional brasileira foi marcada por sucessivas crises constitucionais, inclusive com golpes de Estado, que revelavam a quebra da legalidade constitucional.

Convém, assim como feito em relação ao texto fundamental português, recordar o disposto no Preâmbulo da Constituição brasileira vigente:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A Constituição brasileira de 1988 se enquadra no paradigma constitucional democrático, síntese e superação dos paradigmas constitucionais liberal e social, na medida em que o primeiro se consubstanciava em modelo no qual o Estado deveria ser o mais omisso possível, enquanto que no segundo o Estado deveria intervir o máximo possível. Na perspectiva democrática, o Estado deve agir tendo em mira a fraternidade entre os brasileiros e entre os demais povos e nações.

20 Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>

Forte nesse modelo fraternal, o texto constitucional brasileiro se revela repleto de promessas constitucionais que se apresentam como verdadeiras utopias coletivas, cujas concretizações dependem de um esforço conjugado do Governo, das instituições e das pessoas. É um texto ambicioso, auspicioso, e que requer um forte sentimento ou consciência constitucional para se tornar realidade normativa, em vez de retórica vazia e meramente simbólica, como adverte o magistério de Marcelo Neves²¹.

Cuide-se que o Brasil já se apresenta como uma democracia madura, com instituições sólidas, com respeito às franquias liberais fundamentais, onde viceja a possibilidade real de alternância republicana de poder, mediante eleições livres e legítimas.

Todavia, no plano dos direitos sociais básicos, o País apresenta índices obscenos de desigualdade social e há uma parcela considerável de brasileiros alijados das benesses econômicas.

Nesse quadro, calha verificar os indicadores sociais e econômicos do Brasil e de sua população.

No critério das liberdades fundamentais, como assinalado o Brasil é um Estado que vivencia a plenitude do regime político-democrático. No entanto, como mencionado, no plano dos direitos sociais, o País não se encontra em situação privilegiada, a despeito dos avanços, como sucede com o índice de quase 90% de alfabetização, segundo o PNUD.

Segundo a ONU, a expectativa de vida do brasileiro gira em redor de 72 anos, sendo 69 para os homens e 76 para as mulheres. Por seu turno, a mortalidade infantil, segundo a OMS, é de 19,3 crianças por mil nascimentos, o dobro do índice “aceitável” estabelecido pela OMS. O IDH brasileiro é 0,699, colocando o país na 73ª posição mundial. O índice de percepção de corrupção é 3,7, revelador que para nós brasileiros grassa em nossas relações um alto grau de abuso do poder.

Em suma, no tópico relativo às liberdades e direitos fundamentais individuais ou coletivas, inclusive nos direitos políticos, a Constituição brasileira não é uma simples “folha de papel” a serviço dos “fatores reais de poder”.

21 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Todavia, no plano dos direitos sociais, a Constituição não tem se revelado em sua força normativa máxima, podendo, por essa razão, ser compreendida como “nominal”, porquanto dependente de uma maior conscientização constitucional dos governantes e dos governados, sobretudo no plano das políticas públicas de caráter social.

5 ANGOLA²²

A história constitucional moderna de Angola tem início em 11.11.1975, após o fim das “Guerras Coloniais”, data da independência de Angola em face de Portugal, por força dos “movimentos de libertação”, no caso angolano o Movimento Popular de Libertação de Angola – MPLA, a Frente Nacional de Libertação de Angola – FNLA e a União Nacional pela Independência Total de Angola – UNITA, como giza Fernando José de França Dias Van-Dúnem²³.

Após a conquista da independência, Angola sofreu o flagelo de uma guerra civil que perdurou 27 anos, e que ceifou a vida de milhões de pessoas e vitimou, com danos físicos e morais irreparáveis, um imenso contingente de pessoas. Angola é um país em reconstrução.

Cuide-se que na região de Cabinda, rica em petróleo, há a Frente de Libertação do Estado de Cabinda – FLEC²⁴, mas há dez anos foi assinado um acordo de paz na busca de se por fim à tentativa de secessão no território angolano, nada obstante as resistências do aludido movimento de guerrilha política.

Nada obstante essa situação, a atual Lei Constitucional angolana foi aprovada em 16.9.1992, e sofreu grande influência dos textos constitucionais português e brasileiro, possuindo uma estrutura clássica de separação dos poderes e direitos fundamentais individuais e sociais, contendo promessas que exigem um avançado grau de consciência constitucional dos governantes e dos governados.

O preâmbulo constitucional angolano dispõe:

²² Sítio virtual: www.angola.gov.ao

²³ VAN-DÚNEM, Fernando José de França Dias. A Constituição de Angola: uma análise histórico-jurídica; in *As Constituições dos países de língua portuguesa comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

²⁴ Disponível em: <<http://www.cabinda.org>>

Nós, o Povo de Angola, através dos seus lídimos representantes, legisladores da Nação livremente eleitos nas eleições parlamentares de Setembro de 2008;

Cientes de que essas eleições se inserem na longa tradição de luta do povo angolano pela conquista da sua cidadania e independência, proclamada no dia 11 de Novembro de 1975, data em que entrou em vigor a primeira Lei Constitucional da história de Angola e corajosamente preservada, graças aos sacrifícios colectivos para defender a soberania nacional e a integridade territorial do país;

Tendo recebido, por via da referida escolha popular e por força do disposto no artigo 158.º da Lei Constitucional de 1992, o nobre e indeclinável mandato de proceder à elaboração e aprovação da Constituição da República de Angola;

Côncios da grande importância e magna valia de que se reveste a feitura e adopção da lei primeira e fundamental do Estado e da sociedade angolana;

Destacando que a Constituição da República de Angola se filia e enquadra directamente na já longa e persistente luta do povo angolano, primeiro, para resistir à ocupação colonizadora, depois para conquistar a independência e a dignidade de um Estado soberano e, mais tarde, para edificar, em Angola, um Estado democrático de direito e uma sociedade justa;

Invocando a memória dos nossos antepassados e apelando à sabedoria das lições da nossa história comum, das nossas raízes seculares e das culturas que enriquecem a nossa unidade;

Inspirados pelas melhores lições da tradição africana – substrato fundamental da cultura e da identidade angolanas;

Revestidos de uma cultura de tolerância e profundamente comprometidos com a reconciliação, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento;

Decididos a construir uma sociedade fundada na equidade de oportunidades, no compromisso, na fraternidade e na unidade na diversidade;

Determinados a edificar, todos juntos, uma sociedade justa e de progresso que respeita a vida, a igualdade, a diversidade e a dignidade das pessoas;

Relembrando que a actual Constituição representa o culminar do processo de transição constitucional iniciado em 1991, com a aprovação, pela Assembleia do Povo, da Lei n.º 12/91, que consagrou a democracia multipartidária, as garantias dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos e o sistema económico de mercado, mudanças aprofundadas, mais tarde, pela Lei de Revisão Constitucional n.º 23/92;

Reafirmando o nosso comprometimento com os valores e princípios fundamentais da Independência, Soberania e Unidade do Estado democrático de direito, do pluralismo de expressão e de organização política, da separação e equilíbrio de poderes dos órgãos de soberania, do sistema económico de mercado e do respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do ser humano, que constituem as travesmeiras que suportam e estruturam a presente Constituição;

Conscientes de que uma Constituição como a presente é, pela partilha dos valores, princípios e normas nela plasmados, um importante factor de unidade nacional e uma forte alavanca para o desenvolvimento do Estado e da sociedade;

Empenhando-nos, solenemente, no cumprimento estrito e no respeito da presente Constituição e aspirando a que a mesma postura seja a matriz do comportamento dos cidadãos, das forças políticas e de toda a sociedade angolana;

Assim, invocando e rendendo preito à memória de todos os heróis e de todos e cada uma das angolanas e dos angolanos que perderam a sua vida na defesa da Pátria;

Fieis aos mais altos anseios do povo angolano de estabilidade, dignidade, liberdade, desenvolvimento e edificação de um país moderno, próspero, inclusivo, democrático e socialmente justo;

Comprometidos com o legado para as futuras gerações e no exercício da nossa soberania;

Aprovamos a presente Constituição como Lei Suprema e Fundamental da República de Angola.

Tenha-se que Angola é um Estado que possui imensas riquezas naturais, especialmente petróleo e diamantes, além de outros bens que podem ser canalizados para a melhoria das condições de vida do povo angolano.

Sucedo, nada obstante, que essas citadas riquezas alimentaram a guerra civil que tanto açoitou a população angolana. Angola deverá aprender a conviver com as suas imensas riquezas e deverá ampliar o acesso do povo às benesses sociais propiciadas pelo crescimento econômico fundado na exploração dessas riquezas naturais.

Com efeito, no critério das liberdades fundamentais, Angola, segundo o critério de democracia, se enquadra no regime autoritário, com índice 3,35. O melhor índice é o da Suécia (9,8) e o pior é o da Coreia do Norte (0,86), segundo o “Economist Intelligence Unit Democracy Index”²⁵.

Seguindo as informações relativas aos indicadores sociais de Portugal e do Brasil, em Angola o IDH é de 0,564; a expectativa de vida é de 43 anos; a mortalidade infantil é de 132 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é de 68% e a percepção de corrupção é de 1,9.

De posse desses dados, temos que a Constituição angolana se revela como uma simples “folha de papel”, mercê da vontade dos “fatores reais de poder”. Nessa linha, como o País está em reconstrução democrática, convém reconhecer o caráter nominal de seu sistema constitucional.

6 CABO VERDE²⁶

Assim como Angola, a moderna história constitucional de Cabo Verde tem início nas lutas de libertação do jugo colonial português, precisamente em 5.7.1975, data de sua independência política.

O arquipélago de Cabo Verde tem uma economia baseada na agricultura e na exploração marinha.

Pois bem, no plano político, segundo José André Leitão da Graça²⁷, o processo caboverdiano é um caso típico de transição iniciada por uma elite autoritária até o surgimento e fortalecimento das oposições.

²⁵ Disponível em: <<http://www.economist.com>>.

²⁶ Sítio virtual: www.governo.cv

²⁷ LEITÃO DA GRAÇA, José André. A Constituição Cabo-verdiana de 1991 revista pela Lei Constitucional n. 1/V/99; in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília:

Com efeito, as lutas de libertação iniciadas na década de 60 do século passado foram assumidas pelo Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde - PAIGC.

Sucedeu que as dissensões políticas entre Cabo Verde e a Guiné-Bissau levaram ao fim as possibilidades de união política entre esses Estados, e o PAIGC se transformou, em solo caboverdeano, no PAICV – Partido Africano da Independência de Cabo Verde, que detinha o monopólio partidário no País.

A partir dos anos 90, do século XX, inicia-se um processo de democratização, com o reconhecimento do pluripartidarismo em Cabo Verde, de sorte que a livre competitividade político-eleitoral se instalou no País.

Nesse passo, no critério democrático, Cabo Verde tem o índice 7,81, cuidando-se de uma democracia imperfeita, segundo a “The Economist”. O IDH de Cabo Verde é 0,708; a expectativa de vida é de 72 anos; a mortalidade infantil gira em redor de 25 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é 81% e a percepção de corrupção é 5,1, abaixo de Portugal, mas acima do Brasil que é de 3,7.

Ante esse quadro, o sistema constitucional de Cabo Verde se afivela na categoria de nominal, pois superou o aspecto semântico do regime autoritário e monopartidário, mas ainda não alcançou o nível de plena normatividade constitucional.

7 GUINÉ-BISSAU²⁸

A moderna história constitucional guineense nasceu em 24.9.1973, com a independência em face de Portugal.

A luta armada foi iniciada pelo PAIGC resultou na promulgação da primeira Constituição, em 1973, oriunda da Assembléia Nacional Popular, mas, segundo Antonio Duarte Silva²⁹ houve verdadeira outorga constitucional realizada pelo citado PAIGC.

Senado Federal, 2008.

²⁸ Disponível em: <<http://www.republica-da-guine-bissau.org>>

²⁹ SILVA, Antonio Duarte. O Constitucionalismo da Guiné-Bissau; in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

Infelizmente lá são rotineiras as crises políticas e institucionais, que têm agravado a situação de vida do povo guineense, de sorte que até o presente momento não se pode falar em estabilização política na Guiné-Bissau, pois recentemente, ainda neste ano de 2010, houve nova tentativa de golpe militar contra o governo instituído.

A vigente Constituição da Guiné-Bissau foi promulgada em dezembro de 1996. Eis o seu preâmbulo:

O PAIGC, fundado em 19 de Setembro de 1956, cumpriu exemplarmente o seu Programa Mínimo, que consiste em libertar os povos da Guiné e Cabo Verde, conquistando a soberania dos respectivos Estados, ao mesmo tempo que lançava as bases de construção de uma sociedade livre, democrática e de justiça social em cada país.

O Partido conseguiu, após a independência, granjear nos planos interno e internacional, simpatia, respeito e admiração pela forma como tem conduzido os destinos da Nação Guineense, nomeadamente através da criação e institucionalização do aparelho estatal.

Com o Movimento Reajustador do 14 de Novembro, o Partido reorientou a sua acção, corrigindo os erros que estavam a entrar a edificação de uma sociedade unida, forte e democrática.

Ao adoptar a presente Constituição, que se situa fielmente na linha de uma evolução institucional que nunca se afastou das ideias e opções do nosso povo, linha reafirmada pelas transformações profundas operadas na nossa sociedade pela legalidade, pelo direito e pelo gozo das liberdades fundamentais, a Assembleia Nacional Popular da Guiné-Bissau revela o facto de o seu articulado se encontrar imbuído do humanismo que sempre nos inspirou e que se reflecte nos direitos e liberdades aqui garantidos aos cidadãos como conquistas irreversíveis do nosso povo.

A Assembleia Nacional Popular felicita o PAIGC pelo papel de vanguarda que sempre desempenhou na condução dos destinos da Nação Guineense e congratula-se pela decisão corajosa e oportuna que o partido de Amílcar Cabral tomou ao implementar o desafio da abertura democrática rumo a construção de uma sociedade pluralista, justa e livre.

A decisão do PAIGC situa-se na esteira da sua tradição histórica de procurar a cada momento as respostas às profundas aspirações do nosso povo.

Por isso, agindo como intérprete fiel da vontade do povo e no exercício das responsabilidades que lhe cabem como órgão máximo da soberania, a Assembleia Nacional Popular aprova e adota, como lei fundamental e para vigorar a partir de 16 de Maio de 1984, a presente Constituição da República da Guiné-Bissau.

No critério democrático, o índice da Guiné-Bissau é 1,99, consistindo em regime político autoritário. O seu IDH é 0,397; a expectativa de vida é de 46 anos; a mortalidade infantil é de 113 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é de 45%; e a percepção da corrupção é de 1,9.

A Constituição da Guiné-Bissau é um caso clássico de simples “folha de papel”, se revelando um sistema constitucional semântico e meramente simbólico. Todavia, nada impede que haja um processo de educação constitucional e pedagogia cívica, sobretudo dos que são titulares dos “fatores reais do poder”, no sentido de obediência e respeito às instituições e à Constituição.

8 MOÇAMBIQUE³⁰

Como soe acontecer com os demais países africanos aqui citados, a moderna história constitucional moçambicana nasceu em 25.6.1975, com a independência em face de Portugal.

Moçambique foi castigada por uma guerra civil entre os partidários da FRELIMO – Frente de Libertação de Moçambique, e pela RENAMO – Resistência Nacional Moçambicana, que perdurou de 1976 até 1992.

Em decorrência das fraturas causadas pela guerra, Moçambique tem muitos problemas econômicos, políticos e sociais.

Segundo José Miguel Nunes Júnior³¹, a atual Constituição é de 2.11.1990, oriunda dos acordos de paz de Lusaka, que puseram

30 Disponível em: <<http://www.portaldogoverno.gov.mz>>

31 NUNES JÚNIOR, José Miguel. Comentário Jurídico da Constituição de 1990, da República de Moçambique; in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

cobro na odiosa guerra civil entre os moçambicanos. Eis o seu preâmbulo:

A Luta Armada de Libertação Nacional, respondendo aos anseios seculares do nosso Povo, aglutinou todas as camadas patrióticas da sociedade moçambicana num mesmo ideal de liberdade, unidade, justiça e progresso, cujo escopo era libertar a terra e o Homem.

Conquistada a Independência Nacional em 25 de Junho de 1975, devolveram-se ao povo moçambicano os direitos e as liberdades fundamentais.

A Constituição de 1990 introduziu o Estado de Direito Democrático, alicerçado na separação e interdependência dos poderes e no pluralismo, lançando os parâmetros estruturais da modernização, contribuindo de forma decisiva para a instauração de um clima democrático que levou o país à realização das primeiras eleições multipartidárias.

A presente Constituição reafirma, desenvolve e aprofunda os princípios fundamentais do Estado moçambicano, consagra o carácter soberano do Estado de Direito Democrático, baseado no pluralismo de expressão, organização partidária e no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

A ampla participação dos cidadãos na feitura da Lei Fundamental traduz o consenso resultante da sabedoria de todos no reforço da democracia e da unidade nacional.

No critério democrático, o índice de Moçambique é de 5,99, consistindo em regime político híbrido, nem plenamente democrático nem plenamente autautoritário. O seu IDH é 0,402; a expectativa de vida é de 42 anos; a mortalidade infantil é de 96 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é de 39%; e a percepção da corrupção é de 2,5.

A Constituição moçambicana não se revela com “força normativa” suficientemente conformadora ou transformadora da realidade social e política, mas à luz dos esforços que têm sido feitos, pode ser encartada como nominal, pois em busca de uma concretização, que depende da vontade dos governantes e dos governados.

9 SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE³²

A moderna história constitucional das ilhas de São Tomé e Príncipe nasce em 12.7.1975, com a independência em face de Portugal, após as lutas encetadas pelo Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (MLSTP), que resultou inicialmente na implantação de um regime político socialista e autoritário.

Somente a partir de 1990, o País ingressa no caminho do constitucionalismo democrático, como ensina José Paquete D'Alva Teixeira³³ (2008) fruto da experiência constitucional iniciada em 1975.

Eis o preâmbulo constitucional:

Durante cinco séculos o Povo São-tomense travou contra a dominação colonial, um combate difícil e heróico, pela libertação da sua Pátria ocupada, pela conquista da Soberania e Independência Nacional, pela restauração dos seus direitos usurpados e pela reafirmação da sua dignidade humana e personalidade africana.

A 12 de Julho de 1975, sob a esclarecida direcção do Movimento de Libertação de São Tomé e Príncipe (MLSTP), o Povo São-tomense alcançou a sua Independência Nacional e proclamou perante a África e a Humanidade inteira a República Democrática de São Tomé e Príncipe. Essa vitória, a maior da nossa história, só foi possível graças aos sacrifícios e à determinação de valerosos e heróicos filhos de São Tomé e Príncipe que, durante séculos, sempre resistiram à presença colonial, e em 1960 se organizaram em CLSTP e mais tarde, 1972, em MLSTP, até atingir o supremo objectivo da libertação nacional.

Com a proclamação da Independência Nacional, a Assembleia Representativa do Povo São-tomense confiou ao Bureau Político do MLSTP, através do estipulado no Artigo 3.º da Lei Fundamental então aprovada, a pesada responsabilidade de, como mais alto órgão político da Nação, assumir a direcção da sociedade e do Estado em São Tomé e Príncipe, visando o nobre objectivo de garantir a independência e a unidade nacionais, mediante a construção dum Estado Democrático, segundo o programa máximo do MLSTP.

³² Disponível em: <[http:// www.governo.st](http://www.governo.st)>

³³ TEIXEIRA, José Paquete D'Alva. Comentário à Constituição Política Santomense; in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

Quinze anos depois, e após análise aprofundada da experiência de exercício legítimo do poder pelo MLSTP, o Comité Central, na sua sessão de Dezembro de 1989, fiel ao dever patriótico de promover o desenvolvimento equilibrado e harmonioso de São Tomé e Príncipe, decidiu ratificar as justas aspirações nacionais, expressas durante a Conferência Nacional, de 5 a 8 de Dezembro de 1989, no sentido da abertura do necessário espaço à participação de outras forças politicamente organizadas, com vista ao aprofundamento da democracia, em prol da modernidade em São Tomé e Príncipe.

Inspirada na necessidade histórica de se promover a participação cada vez mais ampla e responsabilizada do cidadão nos vários domínios da vida nacional, a presente revisão ao texto constitucional, para além de consagrar o princípio de que o monopólio do poder não constitui por si só garantia suficiente de progresso, representa a vontade colectiva dos São-tomenses em darem a sua parcela de contribuição à universalidade dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Nestes termos, após a aprovação pela Assembleia Popular Nacional, no uso das atribuições que lhe são conferidas ao abrigo da alínea i) do artigo 32.º, e ratificação por Referendo Popular, ao abrigo do n.º 2 do artigo 70.º, todos da Constituição vigente, promulgo a seguinte Constituição:

São Tomé e Príncipe é uma democracia incipiente. O seu IDH é 0,651; a expectativa de vida é de 66 anos; a mortalidade infantil é de 72 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é de 85%; e a percepção da corrupção é de 2,8.

Nesse quadro, o sistema constitucional tomeense é nominal, pois se a Constituição não se apresenta como “folha de papel”, ainda não é instrumento transformador da realidade social.

10 TIMOR-LESTE³⁴

O caçula dos Estados soberanos lusófonos é o Timor-Leste, que obteve sua independência de Portugal em 28.11.1975, mas foi logo ocupado pelas forças da Indonésia e somente em 20.5.2002 teve reconhecida sua soberania política, após novas lutas de independência e a intervenção da comunidade internacional, mormente da ONU.

34 Disponível em: <<http://www.timor-leste.gov.tl>>

Na análise que procedeu ao texto constitucional do Timor Leste, Jorge Bacelar Gouveia³⁵ explica as estruturas e as fontes do sistema timorense, enquadrando nos contemporâneos paradigmas constitucionais, e que a principal inspiração foi o texto constitucional português.

Eis o preâmbulo da Constituição de 22.3.2002:

A independência de Timor-Leste, proclamada pela Frente Revolucionária do Timor-Leste Independente (FRETILIN) em 28 de Novembro de 1975, vê-se internacionalmente reconhecida a 20 de Maio de 2002, uma vez concretizada a libertação do povo timorense da colonização e da ocupação ilegal da Pátria Maubere por potências estrangeiras.

A elaboração e adopção da Constituição da República Democrática de Timor-Leste culmina a secular resistência do povo timorense, intensificada com a invasão de 7 de Dezembro de 1975.

A luta travada contra o inimigo, inicialmente sob a liderança da FRETILIN, deu lugar a formas mais abrangentes de participação política, com a criação sucessiva do Conselho Nacional de Resistência Maubere (CNRM), em 1987, e do Conselho Nacional de Resistência Timorense (CNRT), em 1998.

A Resistência desdobrou-se em três frentes.

A frente armada foi protagonizada pelas gloriosas Forças Armadas de Libertação Nacional de Timor-Leste (FALINTIL), cuja gesta histórica cabe exaltar.

A acção da frente clandestina, astutamente desencadeada em território hostil, envolveu o sacrifício de milhares de vidas de mulheres e homens, em especial jovens, que lutaram com abnegação em prol da liberdade e independência.

A frente diplomática, conjugadamente desenvolvida em todo o Mundo, permitiu abrir caminho para a libertação definitiva.

Na sua vertente cultural e humana, a Igreja Católica em Timor-Leste sempre soube assumir com dignidade o sofrimento de todo o Povo, colocando-se ao seu lado na defesa dos seus mais elementares direitos.

35 GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Novíssima Constituição de Timor-Leste. in *As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.

Esta Constituição representa, finalmente, uma sentida homenagem a todos os mártires da Pátria.

Assim, os Deputados da Assembleia Constituinte, legítimos representantes do Povo eleitos a 30 de Agosto de 2001, alicerçados ainda no acto referendário de 30 de Agosto de 1999, que, concretizado sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, confirmou a vontade autodeterminada de independência;

Plenamente conscientes da necessidade de se erigir uma cultura democrática e institucional própria de um Estado de Direito onde o respeito pela Constituição, pelas leis e pelas instituições democraticamente eleitas sejam a sua base inquestionável; Interpretando o profundo sentimento, as aspirações e a fê em Deus do povo de Timor-Leste;

Reafirmam solenemente a sua determinação em combater todas as formas de tirania, opressão, dominação e segregação social, cultural ou religiosa, defender a independência nacional, respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão, assegurar o princípio da separação de poderes na organização do Estado e estabelecer as regras essenciais da democracia pluralista, tendo em vista a construção de um país justo e próspero e o desenvolvimento de uma sociedade solidária e fraterna.

A Assembleia Constituinte, reunida na sessão plenária de 22 de Março de 2002, aprova e decreta a seguinte Constituição da República Democrática de Timor-Leste:

O Timor-Leste engatinha no caminho da democracia. O seu IDH é 0,489; a expectativa de vida é de 61 anos; a mortalidade infantil é de 67 crianças por mil nascimentos; a taxa de alfabetização é de 50%; e a percepção da corrupção é de 2,2.

Ante essa paisagem, e tendo em vista o carácter político imaturo do Timor-Leste, é de fácil percepção a natureza nominal do seu sistema constitucional.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os países lusófonos, à exceção de Portugal e do Brasil, encontram-se no processo de amadurecimento constitucional e solidificação de suas instituições políticas e sociais.

Se os regimes democráticos estão cada vez mais enraizados na realidade dos aludidos Estados lusófonos, com as referidas exceções, é preciso concretizar radicalmente os direitos sociais fundamentais, mormente aqueles vocacionados para a proteção da vida e da liberdade do indivíduo (de todos os indivíduos) e tenham como finalidade a emancipação da pessoa humana.

Com efeito, todo ser humano deve receber um tratamento digno e igual, ou seja, deve ser tratado com respeito, consideração e justiça, de modo a que todos e cada um possam buscar e realizar a felicidade, razão de ser de nossa própria existência.

Finalizo evocando o arauto do mito lusófono, o bardo Luís Vaz de Camões, no clássico e eterno épico de Portugal e de todos os filhos da epopeia lusitana “Os Lusíadas” (Canto Primeiro, estrofes 68, 105 e 106):

As bombas vêm de fogo, e juntamente
As panelas sulfúreas, tão danosas;
Porém aos de Vulcano não consente
Que dem fogo às bombardas temerosas;
Porque o generoso ânimo e valente,
Entre gentes tão poucas e medrosas,
Não mostra quanto pode; e com razão:
Que é fraqueza entre ovelhas ser leão.
[...]
O recado que trazem é de amigos,
Mas debaixo o veneno vem coberto,
Que os pensamentos eram de inimigos,
Segundo foi o engano descoberto.
Oh! Grandes e gravíssimos perigos,
Oh! Caminho de vida nunca certo,
Que aonde a gente põe sua esperança
Tenha a vida tão pouca segurança.
No mar tanta tormenta e tanto dano,
Tantas vezes a morte apercebida;
Na terra tanta guerra, tanto engano,
Tanta necessidade avorrecida!
Onde pode acolher-se um fraco humano,
Onde terá segura a curta vida,
Que não se arme e se indigne o Céu sereno
Contra um bicho da terra tão pequeno?

REFERÊNCIAS

- ALVES JR., Luís Carlos Martins. *O Supremo Tribunal Federal nas Constituições Brasileiras*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 3.557*, Plenário, Relator Ministro Hahnemann Guimarães, julgado em 7.11.1956.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2007.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder – formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2001.
- FREYRE, Gilberto. *Casa-grande & senzala – introdução à história da sociedade patriarcal no Brasil*. 45. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. *A Novíssima Constituição de Timor-Leste; in As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- LEITÃO DA GRAÇA, José André. *A Constituição Cabo-verdiana de 1991 revista pela Lei Constitucional n. 1/V/99; in As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965.

- MIRANDA, Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NUNES JÚNIOR, José Miguel. *Comentário Jurídico da Constituição de 1990, da República de Moçambique; in As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro – a formação e o sentido do Brasil* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SILVA, Antonio Duarte. *O Constitucionalismo da Guiné-Bissau; in As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- TEIXEIRA, José Paquete D'Alva. *Comentário à Constituição Política Santomense; in As Constituições dos Países de Língua Portuguesa Comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- VAN-DÚNEM, Fernando José de França Dias. *A Constituição de Angola: uma análise histórico-jurídica; in As Constituições dos países de língua portuguesa comentadas*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

SÍTIOS VIRTUAIS

ANGOLA (www.angola.gov.ao)

BRASIL (www.brasil.gov.br)

CABO VERDE (www.governo.cv)

COMUNIDADE LUSÓFONA (www.cplp.org)

FLEC - Frente de Libertação do Estado de Cabinda (www.cabinda.org)

GUINÉ-BISSAU (www.republica-da-guine-bissau.org)

MOÇAMBIQUE (www.portaldogoverno.gov.mz)

PNUD - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (www.un.org)

PORTUGAL (www.portugal.gov.pt)

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE (www.governo.st)

THE ECONOMIST - Economist Intelligence Unit Democracy Index (www.economist.com)

TIMOR-LESTE (www.timor-leste.gov.tl)

**PARECER Nº 718/CONJUR-MD/
CGU/AGU/2011¹**

**CONVÊNIO ENTRE O
CENSIPAM E A FAPESPA**

*Leonardo Stuckert Lima
Advogado da União
Coordenador de Convênios*

¹ Versão reduzida para publicação na revista da AGU.

- I. Análise de minuta de Termo de Convênio a ser celebrado entre o CENSIPAM e a FAPESPA. Objeto: desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas. *Valor de R\$ 11.057.999,00* (onze milhões cinqüenta e sete mil e novecentos e noventa e nove reais).
- II. Insuficiência da análise técnica da proposição do convênio. Não atendimento do nível de exigência da legislação de regência e do TCU. Recomendações relativas à instrução do processo como um todo.
- III. Necessidade de ajustes na minuta proposta.
- IV. Validade do prosseguimento do feito condicionado ao atendimento de recomendações e à demonstração de que os óbices destacados estão superados.
- V. Parecer opinativo.

Senhora Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa,

I – RELATÓRIO

1 Trata-se de análise da regularidade jurídico-formal de minuta de Termo de Convênio (fls. 154/166) a ser celebrado entre a União, por intermédio do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (CENSIPAM), e a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará (FAPESPA), que tem por objeto “*o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas*”.

[...]

11 Nesses termos, os autos vieram a esta Consultoria (Despacho nº 12 do Chefe de Gabinete – fl. 168).

12 É o relatório.

II – ANÁLISE

II.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

13 Inicialmente, cumpre registrar que a presente manifestação cinge-se à análise dos aspectos jurídicos da minuta e do procedimento no qual se insere, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10.2.1993, do art. 38, parágrafo único, c/c art. 116 da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, e do art. 31 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29.5.2008, não sendo objeto deste estudo a avaliação quanto à oportunidade e conveniência em se estabelecer a avença, nem quanto à viabilidade técnica e economicidade do projeto.

14 Por meio do convênio busca-se “*o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas*” (Cláusula Primeira). Para tanto, pretende-se a transferência de recursos do CENSIPAM à FAPESPA no valor de R\$ 10.052.279,00 (*dez milhões, cinqüenta e dois mil e duzentos e setenta e nove reais*) e o aporte de contrapartida pela conveniente no valor de R\$ 1.138.894,08 (*um milhão, cento e trinta e oito mil, oitocentos e noventa e quatro reais e oito centavos*) (Cláusula Sexta).

15 Segundo a minuta (Cláusula Quarta – Da forma de execução), os “*recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENIENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio processo seletivo via edital público e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo*”. Ademais, os estudos técnicos e científicos serão coordenados pelo Centro Regional de Belém, na área que abrange os estados do Pará, Tocantins, Maranhão e Amapá, e pelo Centro Regional de Porto Velho, na área que abrange os estados do Mato Grosso, Rondônia e Acre.

16 Consta ainda que “*os recursos previstos para serem aplicados no presente convênio serão oriundos de outros entes (FNMA, MDA e MMA)*”. (fls. 148/149)

17 Antes do exame da minuta do convênio propriamente dita, cumpre verificar se as características essenciais dessa espécie de instrumento encontram-se presentes neste caso, bem como se o processo fora instruído de maneira adequada.

II.2 CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DOS CONVÊNIOS

18 Submete-se ao exame desta Consultoria minuta de Termo de Convênio, na qual se prevê a transferência de recursos do CENSIPAM à FAPESPA para a consecução de certo objetivo.

19 O Decreto nº 6.170, de 25.7.2007, que regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, em seu art. 1º, § 1º, I, contém a seguinte definição:²

Art. 1º [...]

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação; (grifos acrescidos)

20 Ubiratan Aguiar,³ Ministro do Tribunal de Contas da União, assim define convênio:

Os convênios são acordos firmados entre entidades públicas de qualquer espécie, ou entre essas e organizações particulares, para a realização de objetivos de interesse comum, desde que os partícipes estejam devidamente aparelhados para a consecução da atividade acordada. (grifos acrescidos)

21 Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho,⁴ tratando dos convênios, ajustes e termos congêneres, esclarece que:

² A Portaria Interministerial MP/MF/MCT nº 127/08, em seu art. 1º, § 1º, VI, traz semelhante definição.

³ AGUIAR, Ubiratan et al. *Convênios e tomadas de contas especiais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 23.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 197.

[...] mais importante que o rótulo, porém, é o seu conteúdo, caracterizado pelo *intuito dos pactuantes de recíproca cooperação, em ordem a ser alcançado determinado fim de seu interesse comum.* (grifos acrescidos)

22 A respeito do tema, Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires⁵ ensinam que:

[...] ao considerar o interesse das partes - oposto no contrato e convergente ou comum no convênio - acrescentam outras: a) *os conveniados devem ter objetivos institucionais comuns*; b) os partícipes devem objetivar um *resultado comum*; c) *não há preço ou remuneração*; há *mútua colaboração*, que implica repasse de verbas, de uso de equipamentos, de recursos humanos e materiais, de imóveis e até de know-how; d) não se fala em partes, pois não há pretensões diversas; há partícipes com as mesmas pretensões; e) ausência de vínculo contratual, de cláusula de permanência obrigatória, de sanções de inadimplência. (grifos acrescidos)

23 Assim, depreende-se que o convênio visa à consecução de *objetivo comum em regime de mútua colaboração*, sendo que a respectiva celebração, segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU),⁶ deve levar em conta não apenas a *capacidade técnica e operacional* dos entes responsáveis por executar o objeto, mas também a *viabilidade técnica e a economicidade da medida* que se deseja implementar.

24 Em síntese, podem-se enumerar os seguintes requisitos para a caracterização do convênio: (i) *objeto lícito e determinado*; (ii) *busca por um resultado comum*; (iii) *recíproca cooperação*; e (iv) *inexistência de preço*.

25 A verificação da presença desses elementos, naturalmente, deve ocorrer antes celebração do instrumento.

26 De fato, incumbe ao órgão administrativo interessado na avença realizar rigorosa e prévia análise técnica com o propósito de demonstrar não apenas a presença das características típicas dos convênios, mas, também, a capacidade técnica e operacional do pretense conveniente,

5 RIBEIRO, Jorge Miranda. *Convênios da União: temas polêmicos, doutrina, jurisprudência do TCU e Poder Judiciário, recomendações*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 29.

6 *Vide Acórdãos TCU nº 800/2008 – 2ª Câmara e nº 1562/2009 – Plenário.*

seja para executar o objeto, seja para gerir bem os recursos públicos que lhe serão repassados. Ademais, cabe ao gestor público realizar criterioso exame acerca da viabilidade técnica e a economicidade do projeto que se pretende levar a cabo. Devido à importância de que se reveste a análise técnica em comento, opta-se por aprofundar o tema mais à frente, em tópico específico dedicado à verificação da adequada instrução do processo.

27 Neste momento, o importante é verificar se a relação jurídica que se pretende estabelecer entre o CENSIPAM e a FAPESPA, de fato, contém as características típicas dos convênios.

II.2.1 OBJETO LÍCITO E DETERMINADO:

28 O Decreto nº 6.170/2007 define objeto como o “*o produto do convênio ou contrato de repasse, observados o programa de trabalho e as suas finalidades*” (art. 1º, § 1º, X).

29 Segundo Jorge Miranda Ribeiro e Maria Mota Pires, “*O objeto de qualquer instrumento é aquilo a ser executado, o fim que se pretende atingir*”.

30 No que tange ao objeto de convênios e instrumentos congêneres dois aspectos sobressaem: (i) o primeiro deles consiste na legalidade do próprio objeto; e (ii) o segundo diz respeito à descrição clara, precisa e detalhada daquilo que se pretende realizar.

31 A investigação acerca da legalidade do objeto não se restringe à análise de sua conformidade, em abstrato, com o ordenamento jurídico pátrio, mas também passa pelo exame da compatibilidade do formato de certa relação jurídica com as peculiaridades do ajuste convenial.

32 Definir o objeto do convênio, por sua vez, significa precisar exatamente o que será realizado.

33 O presente tópico será dedicado apenas ao exame da legalidade do objeto, porquanto a descrição detalhada e completa deste elemento do convênio (objeto) é requisito próprio do Plano de Trabalho (art. 116, § 1º, Lei nº 8.116/93; art. 21, Portaria Interministerial nº 127/08), de modo que será apreciada por ocasião da avaliação do referido documento.

7 RIBEIRO, Jorge Miranda & PIRES, Maria Mota. *Convênios da União*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 88.

34 Pois bem.

35 Examinar a conformidade do objeto quanto ao ordenamento jurídico, certamente, é um aspecto a ser considerado, pois o convênio, assim como qualquer outro negócio jurídico, tem sua validade condicionada à licitude do respectivo objeto.

36 De toda forma, não se pode deixar de averiguar se os contornos da relação jurídica a ser constituída são compatíveis com as características dos ajustes convencionais. A importância desse segundo nível da análise da legalidade do objeto pode ser melhor compreendida a partir do seguinte exemplo: é lícita a contratação de serviços pela Administração por meio de licitação (art. 37, XXI, CF; Lei nº 8.666/93), contudo, não é válida a relação jurídica formalizada por um convênio que tenha como objeto a prestação remunerada de serviços.

37 Quanto ao primeiro ponto – conformidade do objeto com o ordenamento jurídico –, não se verificam maiores problemas, na medida em que, segundo o item 4 do Plano de Trabalho, reproduzido na Cláusula Primeira da minuta, pretende-se fomentar o desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação.

38 Realizar estudos técnicos e científicos, obviamente, não contraria a legislação de regência, pelo que se reconhece a licitude do objeto abstratamente considerado.

39 Por outro lado, Identificar a compatibilidade da relação jurídica em questão com as peculiaridades dos convênios não é tarefa fácil, até mesmo porque alguns de seus detalhes fundamentais somente serão revelados na prática, com a efetiva execução do objeto que se pretende realizar.⁸

40 De toda forma, a documentação carregada ao feito traz alguns indicativos.

41 Segundo a minuta proposta (Cláusula Quarta – Forma de Execução), “os recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENIENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio de processo seletivo via edital público

⁸ Avaliar essa compatibilidade, na verdade, acaba antecipando a checagem da presença das demais características típicas dos convênios, mas nada obsta um exame mais aprofundado desses requisitos em separado.

e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo.”

42 Diante disso, presume-se que não há interesses contrapostos, como no caso de contratos administrativos⁹, porquanto os recursos descentralizados servirão para pagar os bolsistas, sem que haja previsão de remuneração para a Fundação conveniente.

43 Ademais, tanto o CENSIPAM como a FAPESPA, conforme os respectivos regimentos, dedicam-se ao desenvolvimento e fomento de estudos e pesquisas, de modo que os partícipes parecem convergir esforços (recíproca cooperação) para a consecução de um objetivo de interesse comum (busca por um resultado comum). Em tese, portanto, não se verifica óbice à formalização do convênio com esse objeto.

44 Por outro lado, considerando que os autos não fornecem maiores detalhes acerca da relação que se estabelecerá entre os atores envolvidos no ajuste (CENSIPAM, FAPESPA e bolsistas), além de que faz parte da rotina dos órgãos de controle investigar irregularidades eventualmente cometidas por entes públicos na execução de convênios que eram perfeitos em tese, esta Consultoria reputa conveniente antecipar algumas questões primordiais, *alertando o gestor público acerca dos seguintes pontos*:

- i. a Fundação deve, de fato, dar sua parcela de contribuição na consecução do objetivo perseguido na espécie (*recíproca cooperação*), sem limitar sua atuação ao papel de mero fornecedor ou agenciador de mão-de-obra, assim entendido aquele que apenas seleciona e contrata os pesquisadores, promovendo a gestão correlata;
- ii. a Fundação *não pode ser remunerada*, sendo que a sua contribuição para a consecução do objeto inevitavelmente demanda custos que, ao menos em parte, podem e devem ser por ela suportados;
- iii. o pessoal da Fundação e os pesquisadores contratados só podem desempenhar *atividades que, comprovadamente, não possam ser realizadas pelos servidores do CENSIPAM* (art. 20, § 2º, Lei nº 12.309/10), atividades essas que se caracterizem

9 Nos contratos, a Administração se interessa pelos serviços, ao passo que o particular visa ao lucro.

como *acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão* (art. 1º, § 2º, Decreto 2.271/97; art. 9º, I e II, IN/SLTI-MP nº 02/2008);

- iv. o pessoal da Fundação e os pesquisadores *não podem desempenhar atividades finalísticas próprias dos servidores do CENSIPAM*, salvo nas hipóteses admitidas em lei, sob pena de burla ao princípio constitucional da obrigatoriedade de concurso público (art. 37, II, CF¹⁰) e ao Decreto nº 2.271, de 7.7.1997 (art. 1º, § 2º¹¹);
- v. os bolsistas *não podem desempenhar atividades que não estejam estritamente relacionadas ao desenvolvimento das pesquisas* previstas no Plano de Trabalho; e
- vi. *não pode haver subordinação trabalhista entre o bolsista e o CENSIPAM* (art. 4º, IV, Decreto nº 2.271/97¹²; e Enunciado nº 331 do TST¹³).

45 Os dois primeiros pontos, na verdade, antecipam questões relativas aos demais requisitos dos convênios e serão estudados com mais

10 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

II - a *investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público* de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifos acrescidos)

11 Art. 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais *acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade*.

[...]

§ 2º *Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto*, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (grifos acrescidos)

12 Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

13 TST Enunciado nº 331 [...]

profundidade adiante. Os itens (v) e (vi) falam por si só, prescindindo de maiores comentários. Neste momento, o que mais preocupa este órgão de assessoramento são as questões tratadas nos itens (iii) e (iv) supra.

46 Pois bem.

47 A Lei nº 12.309, de 9.8.2010 (Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO 2011), estabelece que os serviços de consultoria, *inclusive* aqueles realizados no âmbito dos acordos de cooperação técnica com organismos internacionais, somente serão contratados para execução de atividades que, *comprovadamente*, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Pública Federal, no âmbito do respectivo órgão ou entidade. Além disso, fixa condições para essa espécie de contratação, senão vejamos:

Art. 20. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

[...]

§ 2º *Os serviços de consultoria, inclusive* aqueles realizados no âmbito dos acordos de cooperação técnica com organismos internacionais, *somente serão contratados para execução de atividades que, comprovadamente, não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Pública Federal*, no âmbito do respectivo órgão ou entidade, publicando-se no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, na qual constarão, necessariamente, a identificação do responsável pela execução do contrato, a descrição completa do objeto do contrato, o quantitativo médio de consultores, o custo total e a especificação dos serviços e o prazo de conclusão. (grifos acrescidos)

48 Ademais, o Decreto nº 2.271/1997 veda expressamente a *execução indireta* das atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos de ente público ou que constituem área de sua competência legal (art. 1º, *caput*, e § 2º); proíbe, igualmente, a contratação que tenha por objeto exclusivo fornecimento de mão-de-obra (art. 4º, II¹⁴); confira-se:

14 Art. 4º É vedada a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam:

[...]

II - caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra;

[...]

IV - subordinação dos empregados da contratada à administração da contratante;

Art . 1º No âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional *poderão ser objeto de execução indireta as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade.*

[...]

§ 2º *Não poderão ser objeto de execução indireta as atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal. (grifos acrescidos)*

49 Mais claramente, a Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2/2008 (arts. 9º, I e II) delimita o campo no qual se admite a execução indireta de serviços da Administração, também conhecida como “*terceirização*”:

Art. 9º *É vedada a contratação de atividades que.*

I - sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, assim definidas no seu plano de cargos e salários, salvo expressa disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal;

II - constituam a missão institucional do órgão ou entidade; (grifos acrescidos).

50 Embora o art. 20, § 2º, da LDO 2011 e o art. 9º da Instrução Normativa/SLTI-MP nº 2/2008 refiram à *contratação* de serviços, abrindo margem à frágil interpretação de que se restringiriam às relações precedidas de licitação, não há dúvidas de que a vedação também se estende à celebração de convênios ou qualquer instrumento jurídico que viabilize a execução indireta de atividades da Administração. Isso porque *se proíbe, de um modo geral, a transferência de atividades finalísticas e atos de gestão da Administração para particulares, pouco importando o meio pelo qual a “terceirização” irá se concretizar.*

51 Nessa linha de raciocínio, destaca-se o entendimento consolidado na Súmula nº 97 do Tribunal de Contas da União a respeito da utilização de fundações de apoio como mecanismo de aliciamento e arregimentação de mão-de-obra:

Súmula nº 97 - TCU

Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei nº 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), *não se admite*, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, *a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas e privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais pelo referido Plano.* (grifos acrescidos)

52 No mesmo sentido, o julgado da Corte de Cotas a seguir colacionado, no qual se ressalta a irregularidade da contratação direta de fundações de apoio para o mero fornecimento de mão-de-obra:

AUDITORIA. RELACIONAMENTO ENTRE HOSPITAIS FEDERAIS NO RIO DE JANEIRO E FUNDAÇÕES DE APOIO. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÃO.

1. *É irregular a contratação de fundações de apoio para o fornecimento de mão-de-obra destinada a desempenhar funções típicas de cargos públicos, por contrariar o art. 37, inciso II, da Constituição Federal e o art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97.*

2. *É irregular a contratação direta de fundações de apoio, com fundamento no art. 24, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93, para o fornecimento de mão-de-obra.*

3. *É irregular a prestação de serviços a terceiros, pelas fundações de apoio, usando de instalações e equipamentos de entidades públicas.*

4. [...]

5. *É irregular o pagamento, pelas fundações de apoio, de complementação ou gratificação salarial a servidores públicos, no desempenho dos cargos que ocupam em órgãos ou entidades federais, por contrariar os arts. 37, inciso X, e 169, § 1º, da Constituição Federal. (Acórdão nº 1193/2006 – Plenário) (grifos acrescidos)*

53 É interessante ressaltar que não consta revogação expressa da Súmula nº 97 do TCU, nem da Lei nº 5.645, de 10.12.1970, que estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e cujo art. 2º, I, classifica como de provimento efetivo os cargos que se enquadram no grupo de *Pesquisa Científica e Tecnológica*.

54 De acordo com o art. 3º da referida Lei, o grupo Pesquisa Científica e Tecnológica compreende “os cargos com atribuições, exclusivas ou comprovadamente principais, de pesquisa científica, pura ou aplicada, para cujo provimento se exija diploma de curso superior de ensino ou habilitação legal equivalente e não estejam abrangidos pela legislação do Magistério Superior”.

55 Portanto, persiste a vedação para a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas e privadas, para o desempenho de atividades inerentes aos cargos abrangidos pelo grupo de Pesquisa Científica e Tecnológica, de modo que *incumbe ao gestor público demonstrar de maneira contundente que:*

- *o pessoal da FAPESPA e os pesquisadores por ela contratados somente desempenharão atividades que, comprovadamente, não possam ser realizadas pelos servidores do CENSIPAM (art. 20, § 2º, Lei nº 12.309/10);*
- *o pessoal da FAPESPA e os pesquisadores por ela contratados não desempenharão atividades próprias dos servidores do CENSIPAM, assim definidas no seu plano de cargos e salários, ou que constituam sua missão institucional, mas apenas atividades que se caracterizem como acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão (art. 1º, § 2º, Decreto 2.271/97; art. 9º, I e II, IN/SLTI-MP nº 02/2008);*

56 *Alternativamente ao segundo ponto, cumpra-se demonstrar que a situação se enquadra nas exceções admitidas pelo § 2º do art. 1º do Decreto nº 2.271/1997.*

57 *Registre-se que não se considera suficiente a afirmação contida na Nota Técnica de fls. 151/153 no sentido de que “não haverá envolvimento de pesquisadores no processo de produção que é de responsabilidade da área finalística do CENSIPAM”. A questão requer maiores esclarecimentos, mediante cotejo realizado a partir dos parâmetros acima articulados.*

58 Destaca-se que eventual ausência de plano de cargos e salários do órgão não autoriza a frágil conclusão de que teria caído por terra a vedação em discussão. *Nessa hipótese, para tentar justificar a não incidência da vedação legal em comento, o CENSIPAM deverá considerar as atividades que constituem a sua missão institucional, ou, em outras palavras, o conjunto de atividades finalísticas que constituem a sua área de competência, conforme se extrai do caput do art. 1º do Decreto nº 2.271/1997.*

59 *Mesmo nessa hipótese, é preciso explicar melhor o argumento da Nota de fls. 151/153 no sentido de que o CENSIPAM só teria como atividade finalística a aplicação e não a realização de pesquisa para o desenvolvimento de metodologia, porquanto compete ao órgão não apenas fomentar, mas também realizar pesquisas e contribuir para o aperfeiçoamento de recursos humanos no âmbito de sua competência (art. 36-A, I, Anexo I, Decreto nº 7.364/2010).*

60 Questões análogas, como a terceirização ilegal ou mesmo a “quarteirização” já foram alvo de pronunciamento desta Consultoria Jurídica, em virtude de consulta realizada pela Comissão Desportiva Militar do Brasil (CDMB), dando ensejo à emissão do Parecer nº 952/2010/CONJUR-MD/AGU, que concluiu pela existência de óbice jurídico àquela pretensão de terceirização e sugeriu outras soluções para o caso, a exemplo do *mecanismo previsto na Lei nº 8.745/93, que dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.*

61 Abarcando a matéria em comento, têm-se os seguintes julgados do Tribunal de Contas da União:

Assuntos: CONTRATOS e PESSOAL. DOU de 31.07.2009, S. 1, p. 88. Ementa: determinação ao Departamento Nacional de Trânsito para que *se abstenha de celebrar contratos cuja execução do objeto demande ações previstas em seu quadro funcional como atividade-fim* (item 1.5.1.5, TC-007.077/2001-6, Acórdão nº 3.923/2009-1ª Câmara).

Assunto: CONSULTORIA. DOU de 08.08.2008, S. 1, p. 144. Ementa: o TCU *determinou à CAPES que, por ocasião da contratação de consultores/consultorias, instrísse todas as contratações de consultores com justificativas aptas a comprovar que as tarefas que seriam executadas não estariam abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou entidade, nem se constituíriam em atividade principal da área de competência legal do órgão ou entidade* (item 3.2.1, TC-020.252/2007-2, Acórdão nº 2.383/2008-TCU-1ª Câmara).

DOU de 25.03.2008, S. 1, p. 98 – o TCU determinou à ELETRONORTE que, nas contratações de serviços terceirizados, observasse o disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/1997, bem como nos Acórdãos nºs 2646/2007-TCU-Plenário e 2084/2007-TCU-Plenário, e *não incluisse no objeto da contratação atividades não passíveis de terceirização, que são contempladas pelo plano de cargos da entidade* (item 9.3, TC-020.314/2006-9, Acórdão nº 449/2008-TCU-Plenário).

[...]

1. Por oportuno, vale citar a existência de Conciliação Judicial firmada pela União e o Ministério Público do Trabalho no sentido de contratar serviços terceirizados apenas nas hipóteses autorizadas pelo Decreto nº 2.271/1997, sob pena de multa diária em caso de descumprimento (Termo de Conciliação Judicial – Processo nº 00810-2006-017-10-00-7), o que *reforça ainda mais a recomendação ora suscitada como condição para o prosseguimento, ou não, deste procedimento.*

[...]

64 *Somente após o atendimento das recomendações lançadas neste tópico é que esta Consultoria terá condições de aferir, com segurança, a legalidade do objeto proposto e o processo poderá seguir em seus ulteriores termos.*

65 Não obstante, continuemos a investigação da presença das características dos convênios.

II.2.2 BUSCA POR UM RESULTADO COMUM EM REGIME DE MÚTUA COLABORAÇÃO:

66 A marca distintiva dos convênios é a conjugação de esforços (recíproca cooperação) para a consecução de um objetivo comum dos partícipes (busca por um resultado comum). Sem a identificação desse objetivo comum a ser alcançado em regime de mútua colaboração, não será possível reconhecer a autêntica conformação de certa relação jurídica ao padrão dos convênios. À míngua de tais elementos fundamentais, provavelmente estar-se-á diante de objeto passível de contratação via licitação.

67 Para aferir o interesse de um ente em torno de determinado objeto é preciso identificar quais são as suas atribuições institucionais.

68 *In casu*, trata-se de convênio que tem por objeto o “*fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação*” (Cláusula Primeira), no qual a União, por intermédio do CENSIPAM, figura como concedente e a FAPESPA, por sua vez, ostenta a condição de convenente.¹⁵

69 De acordo com o art. 36-A, II, do Anexo I ao Decreto nº 7.364, de 23.11.2010, que aprova a estrutura regimental do Ministério da Defesa, compete ao CENSIPAM, entre outras atividades, fomentar e desenvolver estudos e pesquisas, senão vejamos:

Art. 36-A Ao Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia - CENSIPAM compete:

[...]

II - fomentar e realizar estudos e pesquisas, bem assim o desenvolvimento de recursos humanos no âmbito de sua competência; (grifos acrescidos)

70 A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará (FAPESPA), por seu turno, é uma pessoa jurídica de direito público, criada pela Lei Complementar Estadual nº 061, de 24.7.2007, que também se dedica ao fomento de atividades de pesquisa, conforme se depreende do Decreto Estadual nº 1.656, de 12.5.2009¹⁶, pelo qual a Governadora do Estado do Pará aprovou o Regimento Interno da Fundação; confira-se:

REGIMENTO INTERNO DA FUNDAÇÃO DE AMPARO À PESQUISA DO ESTADO DO PARÁ - FAPESPA

CAPÍTULO I

DA DENOMINAÇÃO E DA FINALIDADE

Art. 1º A Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Pará - FAPESPA, criada pela Lei Complementar nº 061, de 24 de julho

15 Os convênios tem como partícipes, de um lado, o concedente, que é o ente (órgão ou entidade) da administração pública federal direta ou indireta, responsável pela transferência dos recursos financeiros destinados à execução do objeto; e, de outro lado, o convenente, isto é, um ente da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, ou entidade privada sem fins lucrativos, com o qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento (art. 1º, § 1º, IV e VI, do Decreto nº 6.170/07).

16 No mesmo sentido, o Decreto Estadual nº 21.133, de 25.2.2010, que aprovou o Estatuto da Fundação.

de 2007, pessoa jurídica de direito público, vinculada à Secretaria de Estado de Desenvolvimento, Ciência e Tecnologia - SEDECT, com autonomia administrativa e financeira, com sede e foro em Belém, Capital do Estado do Pará, reger-se-á por este Regimento e terá por finalidade promover o desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas no Estado do Pará, competindo-lhe, para a consecução desse objetivo:

I - apoiar pesquisas e demais atividades científicas e tecnológicas que pertençam às áreas consideradas relevantes e prioritárias pelo órgão colegiado responsável pela edição de normas e pela definição das diretrizes para a implantação da política de desenvolvimento, ciência, tecnologia e inovação no Estado;

II - definir os critérios de seleção, acompanhamento e avaliação dos projetos de pesquisas;

[...]

V - custear, financiar ou subvencionar, total ou parcialmente, projetos de pesquisa científica e tecnológica, individuais ou institucionais, de direito público ou privado, relevantes para o desenvolvimento científico, tecnológico, econômico e social do Estado do Pará;

VI - auxiliar a formação e o aperfeiçoamento de pesquisadores e técnicos, organizando ou auxiliando a organização de cursos especializados, sob a orientação de professores brasileiros ou estrangeiros, concedendo bolsas de estudo ou de pesquisa e promovendo estágios em instituições técnico-científicas e em estabelecimentos industriais no País ou no exterior;

VII - participar de iniciativas e de programas voltados para a capacitação de recursos humanos das instituições que atuam na área de ciência, tecnologia e ensino superior;

VIII - cooperar com as universidades e com os institutos de pesquisa e de ensino tecnológico para o desenvolvimento da pesquisa científica, para a formação de pesquisadores e para a transferência e a difusão tecnológica;

[...]

XII - incentivar a realização de estudos, programas, projetos e outras atividades que tenham por objeto a criação, o aperfeiçoamento e a

consolidação do processo de desenvolvimento científico e tecnológico, de técnicas, processos e produtos, e a absorção, a utilização e a difusão tecnológica primária ou incremental;

[...] (grifos acrescidos)

71 Portanto, observa-se que, em tese, os partícipes atuam em busca de um *objetivo comum* – fomentar o desenvolvimento de pesquisas científicas e tecnológicas –, de modo que se reconhece a presença dessa característica essencial dos convênios no presente caso.

72 Contudo, não basta a afinidade entre as atribuições institucionais dos partícipes, é preciso que o arranjo concebido para a relação jurídica, *na prática*, contemple um *regime de mútua colaboração*.

73 Como se adiantou, a Fundação deve, *de fato*, dar sua parcela de contribuição na consecução do objetivo perseguido na espécie (recíproca cooperação), sem limitar sua atuação ao papel de mero prestador de serviços ou fornecedor de mão-de-obra, entendido como aquele que apenas seleciona, contrata os pesquisadores e promove a gestão correlata.

74 Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente do TCU:

[ACÓRDÃO]

[...] 8.1 determinar à [...] que, em futuros ajustes, observe o art. 48, caput e §1º do Decreto n.º 93.872/86, de maneira que *a celebração de convênios seja utilizada tão-só para a execução de serviços de interesse recíproco desse Ministério e do ente conveniado, e não para a contratação de prestação de serviços*, bem como observe o art. 116 da Lei n.º 116 da Lei n.º 8.666/93, que submete a celebração de convênio à aprovação prévia do competente plano de trabalho. (Decisão n.º 118/2000 - Plenário, Relator Min. Humberto Souto. Processo TC n.º 014.137/1992-2, DOU de 20.03.2000)

75 O conveniente deve entrar no ajuste para somar esforços com vistas à perfeita e eficiente execução do objeto previsto no Plano de Trabalho e o indicativo inicial de que isso se dará pode ser encontrado no conjunto de responsabilidades que lhe foram atribuídas na minuta do instrumento.

76 *In casu*, na Cláusula Quinta, inciso II, está previsto que cabe à conveniente *“promover a implantação do objeto pactuado”* (alínea “a”),

“*elaborar em parceria com a CONVENIENTE [sic: CONCEDENTE] os editais de convocação dos bolsistas*” (alínea “b”); “*publicar o edital de seleção dos bolsistas*” (alínea “c”); “*responsabilizar-se pela execução do objeto*” (alínea “d”); “*promover os pagamentos decorrentes da execução de serviços relativos à implementação do objeto de Convênio*” (alínea “i”), entre outras atribuições.

77 *Trata-se de descrição genérica das atribuições da conveniente, a qual não permite aferir, com segurança, que o papel da Fundação não se restringe à seleção dos bolsistas e gestão dos respectivos contratos, tarefas essas que poderiam ser perfeitamente realizadas por empresa contratada mediante licitação para essa finalidade.*

78 Examinando o Regimento Interno da Fundação, observa-se que no rol de suas atribuições há atividades que, se efetivamente realizadas, podem evidenciar a sua contribuição na execução do objeto deste convênio, nos moldes daquilo que se espera nos ajustes dessa natureza.

79 Cite-se, como exemplo, a atribuição prevista no inciso VI do art. 1º do Regimento Interno da Fundação, consistente em “*auxiliar a formação e o aperfeiçoamento de pesquisadores técnicos, organizando ou auxiliando a organização de cursos especializados [...] concedendo bolsas de estudo ou de pesquisa [...]*”.

80 Assim, *partindo da premissa de que o CENSIPAM comprovará não ter condições de realizar o que a Fundação e os pesquisadores farão, reputa-se necessário demonstrar porque a opção pelo convênio é mais vantajosa e eficiente do que contratar empresa privada para a realização do processo seletivo e a contratação dos profissionais necessários (consultores), além de outras atividades de gestão correlatas;¹⁷ ou, ainda, de que se trata da única alternativa viável para o que se pretende no caso.¹⁸*

81 *Cumpridas as condições do item anterior, recomenda-se que as responsabilidades da conveniente sejam melhor detalhadas na minuta (Cláusula Quinta, inciso II) e exponham, com maior clareza, a efetiva parcela de contribuição que por ela será dada.*

17 As restrições à execução indireta de atividades próprias da Administração, obviamente, incidiriam nessa hipótese, na forma do tópico II.2.1 desta análise.

18 Devido à íntima relação que há entre este assunto e a necessidade de avaliação dos custos pela Administração, a questão será novamente tratada em tópico específico desta manifestação.

82 Ademais, *a demonstração de que o objetivo comum será alcançado em regime de mútua colaboração é um dos pontos a ser abordado pela análise técnica de responsabilidade do CENSIPAM e será novamente destacada neste parecer por ocasião do exame da regularidade formal de tal documento.*

II.2.3 AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO:

83 Uma das características primordiais à caracterização do convênio é a ausência de remuneração do convenente. Trata-se, na verdade, de um pressuposto negativo, isto é, de um aspecto cuja presença macula a validade da relação jurídica formalizada por convênio: presente a remuneração, não se tratará de convênio, mas de contratação de serviço que deveria ter sido precedida de licitação.

84 Segundo a minuta proposta (Cláusula Quarta – Da Forma de Execução), *“os recursos financeiros a serem repassados pelo CONCEDENTE à CONVENENTE serão destinados ao pagamento de bolsas técnicas e científicas, concedidas por meio de processo seletivo via edital público e diárias, seguro e passagens concedidas para complementação das pesquisas que necessitem de verdade de campo.”*

85 Ademais, não há nenhuma disposição que autorize a remuneração da Fundação, nem mesmo o ressarcimento dos custos por ela incorridos.

86 Nessas condições, esta Consultoria reconhece a presença desse requisito em específico (ausência de remuneração), sem prejuízo da observação de que a *efetiva* execução do convênio deve respeitar a restrição de que a Fundação não pode ser remunerada.

87 Após o exame da presença ou não das características essenciais dos convênios, *esta Consultoria considera que a relação jurídica que se pretende estabelecer entre o CENSIPAM e a FAPESPA somente se conformará perfeitamente ao padrão dessa espécie de instrumento jurídico se a Administração atender às recomendações lançadas nas linhas precedentes desta manifestação.*

88 Adiante, cumpre examinar se os autos encontram-se munidos dos documentos e elementos necessários.

II.3 INSTRUÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

89 A celebração de convênios, termos de cooperação e outros instrumentos congêneres pressupõe a adequada instrução do correspondente processo administrativo.

90 Além de uma análise técnica na qual se aborde, entre outros aspectos, a conveniência e oportunidade em se entabular a avença e a viabilidade econômica do projeto, o feito deve se fazer acompanhar, ao menos, de um Plano de Trabalho e de um Projeto Básico ou Termo de Referência, conforme a natureza do objeto.

II.3.1 ANÁLISE TÉCNICA:

91 Segundo o Tribunal de Contas da União, a adequada análise técnica das proposições relativas a convênios constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa (fase antecedente). A fase concomitante (acompanhamento e fiscalização) e a subsequente (verificação dos resultados e prestação de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros fixados na fase antecedente. A partir dessa compreensão, o órgão de controle externo tem enxergado uma relação de causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais.

92 A título de exemplo, vale citar as situações em que o acompanhamento da execução e a verificação dos resultados tornam-se praticamente inviáveis se o objeto e suas metas não são suficientemente detalhados.

93 A realização de uma análise técnica adequada deve compreender, necessariamente, a certificação da consistência do Plano de Trabalho e do Projeto Básico/Termo de Referência, da compatibilidade dos seus custos e das condições do conveniente em executá-lo.

94 Nesse sentido, a Corte de Contas verbera que a obtenção de bons resultados na execução descentralizada de programas por meio de convênio depende da capacidade de o *concedente*, a partir de uma criteriosa avaliação técnica:

[...] (i) identificar os resultados esperados e comunicá-los à sociedade; (ii) elaborar um plano de trabalho que, se bem executado, conduza aos resultados esperados; (iii) selecionar um conveniente com qualificação técnica, operacional e jurídica compatível com o plano de trabalho e capaz de prestar contas na forma ajustada e

demonstrar os resultados alcançados; (iv) acompanhar a execução do plano de trabalho; e (v) analisar as prestações de contas e comunicar os resultados alcançados (Acórdão nº 2508/2010 – Plenário).

95 A insuficiência das análises técnica e jurídica que precedem a assinatura do instrumento costuma redundar em uma série de irregularidades, conforme acentuou a Corte de Contas no Acórdão nº 2066/2006 – Plenário:

[...]

3.2.27 As irregularidades [...], decorrentes de análises técnicas e jurídicas superficiais, meramente pro forma, e até mesmo a aprovação de celebração de convênios na ausência destas, colocam a administração em diversas situações de risco [...]: celebração de convênios que não atendam à finalidade pública ou aos objetivos da ação governamental; pactuações por meio de instrumentos viciados e/ou com riscos jurídicos implícitos; prejuízos ou danos ao erário pela malversação ou desvio de recursos públicos em consequência de custos inexequíveis ou superdimensionados, inexecuções, execuções parciais ou imperfeitas, seja por inexperiência, má-fé, falta de condições ou inépcia das entidades convenentes.

3.2.28 A adequada análise técnica das proposições, certificando-se da consistência dos planos de trabalho, da adequabilidade de seus custos e das condições das entidades convenentes para executá-los, constitui a validação do planejamento da ação a ser executada e é a fase de controle mais efetiva e menos onerosa [...]: a antecedente. A efetividade das demais fases, a concomitante (acompanhamento e fiscalização da execução) e a subsequente (avaliação de resultados e prestações de contas) dependem fundamentalmente dos parâmetros estabelecidos na primeira fase. Os fatos descritos [...] denotam uma correlação do tipo causa e efeito entre a negligência na primeira fase e as irregularidades praticadas nas demais. (Acórdão TCU nº 2066/2006 – Plenário) (grifos acrescentados)

96 No tocante à análise técnica, registre-se que o Tribunal de Contas da União, na qualidade de agente de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União¹⁹, tem determinado aos seus órgãos de auditoria que concentrem esforços na avaliação das ações preventivas do ente concedente, ou seja, na fase de análise técnica

19 O TCU é órgão auxiliar do Congresso Nacional no controle das contas públicas (arts. 70 e 71, CF).

das proposições e celebração dos instrumentos, com atenção específica para eventuais desvios de conduta e negligência funcional. Veja-se excerto do seguinte julgado, *in verbis*:

DOU de 23.04.2007, S. 1, p. 64 - o Plenário do TCU determinou aos seus profissionais auditores que, ao realizarem auditorias em convênios e contratos de repasse, acordos, ajustes e outros instrumentos utilizados para transferir recursos federais a prefeituras municipais, *concentrassem esforços na avaliação do controle preventivo* que deve ser exercido pelo órgão/entidade concedente, *na fase de análise técnica das proposições e celebração dos instrumentos, atentando quanto a eventuais desvios de conduta e/ou negligência funcional de agentes e gestores públicos, caracterizados pela falta ou insuficiência de análises técnicas, especialmente no que se refere a avaliação da capacidade da entidade conveniente* para a consecução do objeto proposto e *para realizar atribuições legalmente exigidas na gestão de recursos públicos e para prestar contas, propondo*, entre outras medidas ao seu alcance, *a responsabilização pessoal por ato de gestão temerária, instauração de processo disciplinar, inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança, multas e solidariedade no débito* quanto a conexão dos fatos assim permitir, *especialmente quando não presentes os pressupostos basilares para a celebração: a legitimidade da parceria e a existência de interesse público convergente entre os entes concedentes e convenientes* (item 9.2.1, TC-015.670/2005-5, Acórdão nº. 641/2007-TCU - Plenário). (grifos acrescentados)

[...]

98 Considerando que a responsabilidade pela análise técnica que precede a celebração de convênios recai inteiramente sobre o órgão administrativo interessado em estabelecer a avença, serve o presente tópico para *alertá-lo quanto à importância de que referida análise técnica seja rigorosa, esteja acompanhada de documentos comprobatórios, e contemple expressamente, inclusive,²⁰ os seguintes aspectos:*

20 O Acórdão TCU nº 1562/2009 – Plenário enumera as seguintes questões a serem submetidas à análise técnica de responsabilidade da Administração:

[ACÓRDÃO]

9.1. determinar à Secretaria Executiva do Ministério da Ciência e Tecnologia MCT que:

9.1.1. *inclua nos pareceres técnicos e financeiros*, elaborados na fase de celebração de convênios, *justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem*, que considerem os seguintes aspectos:

9.1.1.1. *necessidade de apoio ao projeto e possíveis benefícios a serem obtidos* pela sua implantação, de acordo com os critérios objetivos fixados para escolha dos beneficiários dos recursos;

9.1.1.2. *compatibilidade da proposição com o objeto do programa e/ou ação governamental*;

ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA

CONVÊNIO

a. Demonstração das características essenciais do convênio:

a.1) Objeto lícito e determinado;

a.2) Objetivo comum a ser alcançado em regime de mútua colaboração; e

a.1) Ausência de remuneração.

PLANO DE TRABALHO

b. Consistência do Plano de Trabalho, compreendendo o exame acerca da:

b.1) Justificativa para a celebração do instrumento, na qual se devem abordar, fundamentadamente, os seguintes pontos:

b.1.1) necessidade do objeto para a Administração Pública;

b.1.2) necessidade ou vantajosidade da execução indireta do objeto, em termos de eficiência (custo-benefício);

b.1.3) oportunidade e conveniência da parceria;

b.1.4) razões de escolha da conveniente, considerando, inclusive:

9.1.1.3. avaliação dos requisitos técnicos, financeiros e operacionais de habilitação das possíveis entidades convenientes, que *demonstre a capacidade da entidade conveniada para consecução do objeto*;

9.1.1.4. *adequação das etapas, metas e prazos de execução*, levando-se em consideração todos os fatores envolvidos na consecução da avença, entre os quais se incluem os procedimentos licitatórios ou quaisquer atos previstos para a realização do objeto;

9.1.1.5. *compatibilidade do número de parcelas de liberação dos recursos* e das datas previstas de desembolso com os elementos descritos no cronograma de execução;

[...]

9.1.6. somente formalize convênios na medida em que disponha de condições técnico-operacionais de avaliar adequadamente os Planos de Trabalho, acompanhar e orientar a concretização dos objetivos previstos nas avenças, bem como de analisar, em prazo oportuno, todas as respectivas prestações de contas, de acordo com os normativos que disciplinam a matéria, especialmente a IN/STN nº 01/97, a Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29/05/2008, e o Decreto nº 6.170/2007, respectivamente. (grifos acrescidos)

- b.1.4.1) compatibilidade entre os objetivos institucionais da conveniente e o objeto previsto no Plano de Trabalho;
- b.1.4.2) capacidade técnica e operacional da conveniente para executar o objeto, de gerir bem os recursos públicos que lhe forem repassados, de prestar contas e observar as demais exigências legais relativas à gestão de recursos públicos; e
- b.1.4.3) existência ou não de outros parceiros públicos com capacidade técnica e operacional para executar o objeto e gerir bem os recursos públicos transferidos.
- b.1.5) explicações sobre a forma de execução do objeto.
- b.2) Descrição suficientemente clara, precisa e detalhada do objeto e das metas, etapas ou fases de sua execução;
- b.3) Compatibilidade entre o ritmo de liberação dos recursos pelo concedente (cronograma de desembolso) e o cronograma de execução do objeto;
- b.4) Adequação da natureza e do montante da contrapartida em relação à Lei de Diretrizes Orçamentárias; e
- b.5) Viabilidade e adequação do Plano de Trabalho aos objetivos do programa.

TERMO DE REFERÊNCIA²¹

c. *Consistência do Termo de Referência*, compreendendo o exame acerca da:

- c.1) Existência de orçamento detalhado e outros elementos que permitam à Administração avaliar o custo e a economicidade do projeto, considerando os preços praticados no mercado;
- c.2) Necessidade da contratação dos bolsistas, em termos de quantidade e qualidade, que justifique o repasse de

21 O ajuste em tela envolve prestação de serviços e não obra ou serviços de engenharia, de modo que se deve utilizar Termo de Referência e não Projeto Básico. Para este último documento, devem-se observar as exigências que lhe são aplicáveis, a teor do inciso XV do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial nº 127/2008.

mais de R\$ 11.000.000,00, a partir de prognóstico/diagnóstico baseado em estimativa de demanda devidamente documentada; e

c.3) Adequação da metodologia e do prazo de execução.

99 Embora não seja da responsabilidade do órgão de assessoramento jurídico promover a análise técnica da proposição do convênio nem mesmo examinar a sua regularidade sob todos os aspectos, observa-se que *a análise técnica realizada pelo CENSIPAM neste processo não atende ao nível de exigência preconizado na legislação de regência e na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme se verá adiante.*

100 Neste momento *é válido frisar que não incumbe a este órgão de assessoramento jurídico adentrar o mérito da análise técnica realizada pelo gestor público, mas apenas verificar se os pontos exigidos pelos TCU, ao menos formalmente, foram enfrentados.*

[...]

103 *Em relação à licitude do objeto, recíproca cooperação e ausência de remuneração, reiteram-se as recomendações contidas no Tópico 2.2 do presente parecer.*

104 Considerando que os demais itens a serem abordados na análise técnica dizem respeito ao Plano de Trabalho e ao Projeto Básico/Termo de Referência, opta-se por discorrer sobre essas questões em tópicos específicos para cada um desses documentos.

II.3.2 PLANO DE TRABALHO

105 A elaboração do Plano de Trabalho não constitui mera faculdade, mas decorre de determinação legal. A primeira parte do art. 116, § 1º, da Lei nº 8.666/1993²² é categórica ao disciplinar que a “*celebração de*

²² Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

§ 1º A celebração de convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, o qual deverá conter, no mínimo, as seguintes informações:

I - identificação do objeto a ser executado;

II - metas a serem atingidas;

III - etapas ou fases de execução;

convênio, acordo ou ajuste pelos órgãos ou entidades da Administração Pública depende de prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada”; ao final, lista as informações que o documento deve conter.

106 O art. 25, II, da Portaria Interministerial nº 127/2008, igualmente, estabelece a aprovação do Plano de Trabalho como condição à celebração do convênio e instrumentos congêneres, sendo que o art. 21 dessa mesma Portaria especifica os elementos essenciais do documento.²³

107 Registre-se que referida exigência legal não se trata de mera formalidade, mas de imperativo decorrente da diretriz básica do prévio planejamento administrativo, a qual se propõe a oferecer em relação a convênios e instrumentos congêneres o *conhecimento e domínio*, ao menos, *do quê se pretende realizar* (objeto), *por quê* (justificativa), *como* (método e responsabilidades dos partícipes), *quando* (cronograma de execução com metas, etapas e fases; previsão de início e término) e *quanto* isso irá custar (estimativa de custos, pesquisas de mercado e cronograma de desembolso).

108 Tudo isso porque o princípio constitucional da eficiência (art. 37, CF) exige que na realização do objeto sejam alcançados os melhores resultados possíveis, isto é, que se busque a melhor relação custo-benefício na consecução do interesse público perseguido na espécie.

109 A adequada análise técnica de responsabilidade do Administrador, como seu viú, deve passar pela avaliação da consistência do Plano de Trabalho quanto a uma série de pontos.

IV - plano de aplicação dos recursos financeiros;

V - cronograma de desembolso;

VI - previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas;

[...]

23 *Art. 21.* O Plano de Trabalho, que será avaliado após a efetivação do cadastro do proponente, conterá, no mínimo:

I - *justificativa para a celebração do instrumento*;

II - descrição completa do objeto a ser executado;

III - descrição das metas a serem atingidas;

IV - definição das etapas ou fases da execução;

V - cronograma de execução do objeto e cronograma de desembolso; e

VI - plano de aplicação dos recursos a serem desembolsados pelo concedente e da contrapartida financeira do proponente, se for o caso.(grifos acrescidos)

110 Não cabe a esta Consultoria adentrar o mérito dessa análise, mas apenas verificar se, ao menos formalmente, o documento atende ao rigor da legislação de regência e da jurisprudência do TCU. Para tanto, usemos a parte do *ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA* concernente ao Plano de Trabalho.

b.1) Justificativa para a celebração do instrumento:

b.1.1) Necessidade do objeto para a Administração Pública

111 No Plano de Trabalho (fls. 158/145) e no Termo de Referência (fls. 113/137), cujos conteúdos são praticamente os mesmos, bem como nas Notas Técnicas de fls. 147 e 151/153, apresentam-se basicamente as seguintes justificativas para a parceria: o “*aumento das demandas pelo desenvolvimento de novos produtos operacionais para atendimento a parceiros do Sistema de Proteção da Amazônia – SIPAM*” [MMA e MDA]; o “*quadro restrito de servidores do CENSIPAM*”; “*a pesquisa tem sido um instrumento de apoio importante na atividade operacional funcionando como um controle de qualidade permanente em todas as fases dos processos produtivos*”; consolidação de “*competências técnicas na região*”. Ao final da justificativa contida no Plano de Trabalho afirma-se que:

Justifica-se, portanto, a presente parceria com a FAPESPA, pelos resultados positivos obtidos nos últimos dois anos e pelo apoio à pesquisa aplicada na região amazônica.

112 O aspecto ora em exame está totalmente inserido na margem de discricionariedade da Administração, pelo que não cabe a esta Consultoria aferir a real necessidade do órgão, mas tão somente verificar se a proposta, de algum modo, foi justificada e se, naquilo que for cabível, há a respectiva documentação comprobatória.

113 Em que pesem as justificativas apresentadas acerca da necessidade do objeto para a Administração, nota-se que elas não se fazem acompanhar de documentos destinados a comprovar-lhe a veracidade, conforme determina o TCU em situações análogas.

114 Nesse sentido, o ponto que mais chama a atenção da CONJUR/MD diz respeito à falta de demonstração da necessidade da contratação de bolsistas, em termos quantitativos e qualitativos, que justifique um custo de mais de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para a União, mesmo considerando a vigência do ajuste de quatro anos.

115 A respeito, nota-se que no item 6.4 do Termo de Referência há tabelas com os “*Perfis dos pesquisadores por divisão temática do CENSIPAM*”, na quais se indica a quantidade de bolsistas necessária para atender às demandas de cada divisão do órgão.

116 Ocorre que essa informação não se encontra acompanhada de estudo pormenorizado (prognóstico/diagnóstico) que fundamente a estimativa da demanda, nem da demonstração de que a capacidade de trabalho dos servidores em exercício no CENSIPAM encontra-se esgotada. Há meras afirmações, mas não comprovação e justificativa pormenorizada acerca da real necessidade do órgão.

117 Sobre a alegada “*restrição dos quadros*” do órgão, vale salientar que o *art. 20, § 2º, da LDO 2011 condiciona a regularidade da contratação de serviços de consultoria, como se pretende na prática, à efetiva comprovação de que o órgão está impossibilitado de realizar essas atividades.*

118 Nessas condições, o risco de que o objeto esteja superdimensionado é acentuado, o que pode ocasionar desperdício de recursos públicos, em contrariedade ao princípio da gestão fiscal responsável.²⁴

[...]

124 Assim, *recomenda-se ao CENSIPAM esclarecer melhor a necessidade do desenvolvimento das pesquisas em questão, no formato (execução indireta), na qualidade (linhas de pesquisa) e quantidade propostas (valor e quantitativo das bolsas), comprovando documentalmente essa carência quando for materialmente viável.*

b.1.2) *Necessidade ou vantajosidade da execução indireta do objeto*

125 No item 9.1.1.1 do Acórdão TCU nº 1562/2009 – Plenário exigiu-se a inclusão, nos pareceres técnicos e financeiros, elaborados na fase de celebração de convênios, de justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem, que considerem a

²⁴ Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.
§ 1º *A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*

necessidade de apoio ao projeto e possíveis benefícios a serem obtidos pela sua implantação, de acordo com os critérios objetivos fixados para escolha dos beneficiários dos recursos.

126 Entretanto, em nenhum momento a análise técnica do CENSIPAM ou os demais documentos carreados ao feito propõem-se a comparar as vantagens ou desvantagens entre a execução direta ou indireta do objeto, seja quanto à realização das pesquisas propriamente ditas, seja quanto à seleção, contratação dos bolsistas e à gestão do projeto.

127 Também não se comprovou que a execução direta, ou seja, pelo próprio CENSIPAM, é inviável, mas apenas se fez alusão ao restrito quadro de servidores do órgão e ao fato de que ele, munido de capacidade gerencial de projetos, estaria atuando em parceria com instituições federais e estaduais, bem como formando competências técnicas locais.

128 Diante disso, *entende-se que o CENSIPAM deve justificar melhor por que razão optou pela execução indireta do objeto, demonstrando de forma pormenorizada que não tem condições de exercer as atividades que pretende transferir aos bolsistas e à Fundação conveniente, ou em que medida a parceria pretendida traria ganho de eficiência, ou por proporcionar a melhor relação custo-benefício na consecução do objetivo, ou por trazer algum outro tipo de benefício na concretização do interesse público perseguido na espécie.*

129 Por oportuno, registra-se que está análise mantém certa relação com a avaliação da economicidade e viabilidade financeira do projeto, pelo que será objeto de novos comentários na parte dedicada ao Termo de Referência.

b.1.3) Oportunidade e conveniência da parceria

130 Um ponto fundamental que precede a assinatura de convênios e instrumentos congêneres é que haja pronunciamento formal acerca da conveniência e oportunidade na celebração do instrumento, seja pelo titular do órgão interessado ou pela autoridade a quem tal competência tenha sido delegada. Na prática, a avaliação de mérito pertinente é baseada nos subsídios fornecidos pelas áreas técnicas competentes do órgão ou entidade interessado na avença.

131 Na Nota Técnica carreada aos autos (fls. 151/153), verifica-se que o CENSIPAM manifestou-se favoravelmente à celebração do ajuste, nos seguintes termos:

[...]

132 Quanto a isso, como se trata de aspecto ligado aos elementos do “ato administrativo”²⁵ denominados “objeto” e “motivo”, exatamente nos quais reside a margem de liberdade conferida por lei ao administrador no caso de atos discricionários, não cabe a esta Consultoria questionar-lhe o mérito, mas tão-somente aferir a existência de manifestação formal quanto ao interesse na avença.

133 Portanto, tem-se por atendida a condição relativa à existência de pronunciamento formal acerca da conveniência e oportunidade na celebração do instrumento. Isto porque o Diretor-Geral do CENSIPAM, com base nos subsídios fornecidos pelas áreas técnicas do órgão, aprovou a pretensão em questão, determinando o encaminhamento dos autos a esta Consultoria.

134 Ademais, verifica-se que a FAPESPA informou que está de com acordo com os termos da parceria proposta por este Ministério (Ofício nº 062/2011 – DICET/FAPESPA – fls. 146).

b.1.4) *Razões de escolha da conveniente*

135 Com relação às razões de escolha da conveniente, afirma-se apenas que o órgão e a citada Fundação mantêm, desde 2009, uma parceria exitosa envolvendo pesquisas técnicas e científicas; faz-se menção, ainda, a resultados que teriam sido alcançados nesses projetos, mas nada se apresenta de concreto nesse particular.

136 Ocorre que, mesmo sendo pacífico o entendimento de que a celebração de convênios prescinde de licitação,²⁶ nada isenta o Administrador de justificar por que razão escolheu este ou aquele conveniente, sobretudo quando há possibilidade de que a colaboração seja prestada por outros eventuais interessados que o façam com melhor qualidade, proporcionando, sob algum aspecto, melhores resultados na execução do Plano de Trabalho.

137 A desnecessidade de licitação não significa que a Administração tem absoluta liberdade para escolher o conveniente. Os princípios

25 A expressão vem aqui empregada em seu sentido amplo, abrangendo acordos e ajustes celebrados pela Administração.

26 *Acórdão nº 353/2005 – TCU - Plenário:*

[...]

da isonomia, impessoalidade, moralidade, publicidade (art. 37, CF) e transparência exigem uma postura cautelosa por parte da Administração mesmo quando se trate da eleição de ente público a ser beneficiado pela transferência de recurso financeiro por meio de convênio.

138 A propósito, vale transcrever trecho do Acórdão 641/2007 – Plenário, no qual se recomendou à Secretaria do Tesouro Nacional disciplinar a obrigatoriedade de entes públicos baixarem normas com o propósito de fixar critérios objetivos para a escolha de município a ser beneficiado com transferência voluntária; confira-se:

9.1. recomendar à Secretaria do Tesouro Nacional - STN que:

[...]

9.1.2. discipline a obrigatoriedade de os órgãos/entidades concedentes estabelecerem *critérios objetivamente aferíveis e transparentes, para escolha dos municípios que receberão recursos por meio de convênios* e outros instrumentos jurídicos utilizados para transferir recursos federais; (grifos acrescidos)

[...]

140 Ainda que de maneira tímida, o art. 5º da Portaria Interministerial nº 127/2008 registra preocupação nesse sentido:

Art. 5º Para a celebração dos instrumentos regulados por esta Portaria [convênios, contratos de repasse e termos de cooperação], o órgão ou entidade da Administração Pública Federal *poderá, com vista a selecionar projetos e órgãos ou entidades que tornem mais eficaz a execução do objeto, realizar chamamento público no SICONV*, que deverá conter, no mínimo: [...] (grifos acrescidos)

141 A interpretação do dispositivo acima, relativo a convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, esclarece que *chamamento público* é procedimento hábil de seleção para o futuro parceiro da Administração. Em que pese a faculdade concedida pela norma, viu-se que o TCU considera obrigatória a definição de critérios objetivos para a escolha do partícipe, pouco importando se o pretenso convenente tem personalidade de direito público ou privado.

[...]

144 Tendo em vista o indicativo para a realização do chamamento público no caso, por força dos princípios outrora mencionados, bem como a necessidade de motivação que sempre há de fazer parte de todo ato administrativo, a eventual opção pelo estabelecimento do vínculo sem esse procedimento ou sem critérios objetivos concebidos para essa finalidade há de ser especialmente justificada lógica e racionalmente.

145 Noutras palavras, a justificativa para a escolha direta do parceiro, em detrimento de procedimento destinado à seleção de ente que possivelmente torne mais eficiente a execução do objeto, precisa ser amplamente demonstrada.

146 Com efeito, a exposição das razões de fato e de direito que levam à prática do ato administrativo (motivação²⁷) é imposta pela Lei n.º 9.784, de 29.1.1999²⁸, e “A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de *formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos*”.²⁹

147 No caso dos autos, o CENSIPAM apresenta como razões que visam sustentar a opção pela FAPESPA tão somente a preexistência de outro convênio com a mesma entidade e a inexistência de fundação análoga no Estado de Rondônia.

148 Diante dessa situação, *entende-se necessário que o CENSIPAM: (i) ou realize chamamento público, definindo previamente critérios objetivos para selecionar potenciais convenientes que propiciem os melhores resultados na execução do Plano de Trabalho, conforme determina a jurisprudência do TCU; (ii) ou justifique de maneira mais consistente a opção pela FAPESPA, abordando principalmente os aspectos tratados nos tópicos a seguir: “b.1.4.1”, “b.1.4.2” e “b.1.4.3”.*

b.1.4.1) Compatibilidade entre os objetivos institucionais da conveniente e o objeto previsto no Plano de Trabalho

27 José dos Santos Carvalho Filho explica que “Motivação é a justificativa expressa que o agente administrativo menciona no ato administrativo. Cuida-se da forma de expressar as razões que conduziram o agente à prática do ato. Essas formam o motivo do ato, um dos elementos imprescindíveis no plano da validade dos atos administrativos.” (In *Processo Administrativo Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 51/52)

28 [...]

29 DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 82.

149 A Análise Técnica do CENSIPAM (fls. 151/153), em si, não tem esclarecimentos no que tange ao assunto em epígrafe. Referido documento refere às atribuições do CENSIPAM e faz ligeiro comentário sobre as competências do MMA e MDA.

150 Contudo, o exame da compatibilidade das atribuições dessas Pastas Ministeriais em relação ao objeto pretendido, salvo melhor juízo, não interessa exatamente ao convênio em apreço, mas sim ao Termo de Cooperação que foi/será firmado com o Ministério da Defesa para viabilizar a transferência voluntária que ora se pretende disciplinar por convênio.

151 De todo modo, esta Consultoria se reporta ao teor do *Tópico 2.2.2* desta manifestação para reconhecer que os partícipes apresentam objetivos institucionais compatíveis com o objeto da parceria que ora se pretende entabular.

b.1.4.2) *Capacidade técnica e operacional*

152 A escolha de determinado parceiro em convênio certamente deve considerar se ele detém capacidade técnica e operacional para executá-lo. Essa é a forma que se tem de tentar proporcionar a escolha de um parceiro que tem *condições de executar adequadamente o objeto previsto no plano de trabalho, de gerir bem os recursos públicos que lhe forem repassados, de prestar contas e atender às demais exigências legais relativas à gestão de recursos públicos, tudo com vistas à obtenção dos melhores resultados.*

153 A jurisprudência do TCU outrora colacionada, de que são exemplos os Acórdãos nº 800/2008 – 2ª Câmara³⁰ e nº 1562/2009 - Plenário³¹, revela que a avaliação da capacidade técnica e operacional

30 “Tratam os autos de tomada de contas especial instaurada pela Superintendência da Zona Franca de Manaus – Suframa, em desfavor do ex-Prefeito do *Município de Eirunepé/AM* [...], por omissão no dever de prestar contas dos recursos recebidos por meio do Convênio 106/99, no valor de R\$ 500.000,00 em 22/3/2000, com o objeto “construção do terminal de passageiros, carga e entreposto de pescado” naquele município.”

Ao final a Corte de Contas determinou à SUFRAMA que exerça controle preventivo, na fase de análise técnica das proposições e celebração dos instrumentos que disciplinam a transferência dos recursos, para atender Plano de Trabalho objeto do convênio, atentando especialmente para avaliação da capacidade da entidade conveniente quanto: a consecução do objeto proposto; realizar as atribuições legalmente exigidas na gestão dos recursos públicos; prestar contas.

31 Na ocasião, foi analisado relatório de auditoria realizada no Ministério da Ciência e Tecnologia - MCT, enfocando o controle da formalização e do acompanhamento dos convênios celebrados com estados, municípios e entidades privadas sem fins lucrativos no

do conveniente é essencial, quer seja ele ente público ou privado. Isso porque a intenção de alcançar o melhor resultado na realização do objeto, obviamente, não se altera em função da natureza jurídica do parceiro. O interesse público que orienta a atuação de toda a Administração e o princípio constitucional da eficiência não admitem tergiversações em sentido contrário.

154 A análise técnica realizada pelo CENSIPAM ou os demais documentos que instruem o processo nada ou pouco dizem a respeito da capacidade técnica e operacional da FAPESPA. Fala-se na preexistência de outra parceria exitosa com a mesma entidade e nos resultados positivos que teriam sido obtidos nos dois últimos anos, mas não há nada de concreto capaz de dar substância a essas genéricas afirmações, a exemplo da respectiva documentação comprobatória.

155 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM complementar sua análise técnica com a exposição das razões de fato e de direito que o levam a escolher a FAPESPA, abordando os aspectos tratados neste e nos demais tópicos concernentes ao tema, e comprovando suas assertivas por meio de documentos sempre que isso for materialmente factível.*

[...]

b.2) *Descrição do objeto e das metas, etapas ou fases de sua execução*

166 Descrever o objeto significa identificar, com precisão, aquilo que se pretende realizar ou o resultado que se espera alcançar na execução do convênio. Além da própria minuta do convênio, o documento que contém a descrição do objeto e seus detalhes é o Plano de Trabalho, especialmente o item dedicado ao cronograma de execução.

167 Segundo a Corte de Contas, o objeto deve ser identificado com clareza, detalhamento e precisão, a fim de que seja possível sua adequada execução e o respectivo acompanhamento e fiscalização por parte do concedente.

168 A respeito, confirmam-se os seguintes precedentes do TCU:

período de 2003 a 2006. No Acórdão, *sem se fazer qualquer distinção à natureza jurídica do beneficiário pela transferência voluntária*, determinou-se ao MCT que realizasse:

9.1.1.3. avaliação dos requisitos técnicos, financeiros e operacionais de habilitação das possíveis entidades convenientes, que *demonstre a capacidade da entidade conveniada para consecução do objeto*; (grifos acrescidos)

[...]

[Acórdão:]

9.2. determinar à Secretaria do Tesouro Nacional que:

[...]

9.2.2. estudar a *normatização de condutas que impeçam o órgão concedente de recursos de convênio de pactuar planos de trabalho com metas genéricas, sem a definição de produtos acabados ou de serviços concretamente mensuráveis, assim como de celebrar mais de um acordo, na mesma época e com o mesmo conveniente, com objetos semelhantes;* (Acórdão nº 2161/207 – 1ª Câmara) (grifos acrescidos)

169 No presente caso, a Cláusula Primeira da minuta descreve o objeto da seguinte maneira:

CLÁUSULA PRIMEIRA – Do Objeto

O presente Convênio tem por objeto o fortalecimento do Censipam como instituto de pesquisa na região Amazônica, por meio do estímulo e fomento ao desenvolvimento de pesquisas científicas, tecnológicas e de inovação nas unidades do CENSIPAM, aplicadas aos temas afetos à Região Amazônica, por meio de projetos de pesquisa e concessão de bolsas, nos termos do Plano de Trabalho independentemente de transcrição.

[...]

171 Teme-se que, nos termos acima, o objeto esteja descrito de forma genérica, razão por que se recomenda a inclusão de elementos que permitam compreender melhor a natureza das pesquisas, suas características e aplicação, sob pena de dificultar o acompanhamento e a fiscalização da sua execução, bem como a verificação dos respectivos resultados.

172 Por outro lado, o Cronograma de Execução contido no Plano de Trabalho (item 7) especifica com algum grau de detalhamento quais são as metas e etapas de execução do objeto, permitindo uma melhor compreensão do que será realizado.

173 Considerando a natureza técnica do objeto em pauta, *entende-se necessário que o CENSIPAM ateste expressamente que o Plano de Trabalho define metas que consubstanciam produtos acabados ou serviços concretamente mensuráveis ou, não sendo este caso, recomenda-se que o CENSIPAM assim o faça.*

174 Noutro norte, observa-se que a “*duração*” de quase todas metas, fases ou etapas é a mesma (Dez/2011 a Mar/2013 ou Dez/2011 a Nov/2014), o que não parece corresponder à realidade.

[...]

176 A questão levantada é importante, porquanto o TCU determina que deve haver congruência lógica entre o ritmo da liberação dos recursos (cronograma de desembolso) e a execução do objeto (cronograma de execução).

177 *Assim, recomenda-se ao CENSIPAM reformular a descrição do objeto, de modo a especificar melhor o que será realizado, definindo metas que correspondam a produtos acabados ou serviços concretamente mensuráveis, e qual será a parcela de contribuição da FAPESPA na consecução desse desiderato.*

178 *Sugere-se ao órgão, ainda, ajustar a “duração” de cada meta, etapa ou fase conforme a realidade, salvo se atestar expressamente a adequação do que consta na coluna específica do item 7 do Plano de Trabalho.*

179 *Depois o CENSIPAM, por meio de nova análise técnica, deve se manifestar expressamente acerca da adequação ou não do detalhamento do objeto, suas metas, fases ou etapas de execução, considerando inclusive os respectivos prazos.*

180 Por fim, registre-se que é vedada a celebração de dois convênios com o mesmo objeto,³² de modo que o CENSIPAM deverá atestar que o objeto deste difere daquele previsto no Convênio Censipam nº 1/2009, outrora celebrado com a mesma Fundação.

b.3) *Compatibilidade entre o cronograma de desembolso e o cronograma de execução*

³² Vide Acórdãos TCU nº 134/2002, nº 1.504/2005 – 1ª Câmara, e nº 911/2007 – 1ª Câmara.

181 O Plano de Trabalho prevê um Cronograma de Execução do Objeto (item 7) e um Cronograma de Desembolso (item 11). Neste documento, está prevista a liberação dos recursos ao conveniente em três parcelas (Dez/2011; Out/2012 e Out/2013).

182 Segundo o art. 42, caput, da Portaria Interministerial nº 127/2008, a “*liberação dos recursos obedecerá ao cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho e guardará consonância com as metas e fases ou etapas de execução do objeto do instrumento*”.

183 Tanto é importante esse aspecto que o TCU firmou jurisprudência sobre o tema, asseverando que o cronograma de desembolso deve ser condizente com o cronograma de execução. A título de exemplo, confira-se o seguinte julgado:

[ACÓRDÃO]

[...] julgar as contas a seguir indicadas regulares com ressalva e dar quitação aos responsáveis [...], sem prejuízo de fazer as seguintes determinações, de acordo com os pareceres emitidos nos autos:

[
1.1. ao Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial Departamento Regional em Alagoas que:

1.1.1. abstenha-se de repassar recursos para manutenção e custeio do Instituto Evaldo Loid - Núcleo Regional de Alagoas - IEL/AL, por falta de amparo legal, uma vez que repasses a este instituto são permitidos tão-somente mediante a celebração de convênios em conformidade com a IN/STN n. 1/1997, cujos instrumentos devem conter, em especial: [...]

1.1.1.2. *plano de trabalho*, que, além da especificação completa do bem a ser produzido ou adquirido, *deverá* previamente explicitar o valor a ser despendido na sua obtenção e *conter cronograma de desembolso, este último condizente com as fases ou etapas de execução do objeto do convênio*; (Acórdão nº 3749/2007 – 1ª Câmara). (grifos acrescidos)

184 No presente caso, devido à aparente falha constatada em relação à duração de cada meta, etapa ou fase, não se pode aferir essa compatibilidade.

185 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM atestar expressamente em sua análise técnica que a recomendação da Corte de Contas quanto a esse ponto foi observada ou apresentar as justificativas necessárias.*

b.4) *Adequação da natureza e do montante da contrapartida*

186 A mútua colaboração essencial à caracterização dos convênios também ganha substância com o aporte da contrapartida pelo conveniente.

187 A contrapartida é calculada sobre o valor total do objeto e, de um modo geral, poderá ser atendida por meio de recursos financeiros e de bens ou serviços, desde que estes sejam economicamente mensuráveis (art. 20, Portaria Interministerial nº 127/08).

188 O item 2.5 da Nota Técnica de fls. 151/153 se propõe a esclarecer como se dará a contrapartida da CONVENIENTE:

[...]

189 Segundo o trecho transcrito, a contrapartida da conveniente dar-se-ia em serviços.

190 É bem verdade que a Portaria Interministerial nº 127/2008 admite, também, que a contrapartida seja dada pelo conveniente na forma de bens e serviços, desde que estes sejam economicamente mensuráveis.

191 Ocorre que a LDO 2011, em seu art. 39,³³ determina que a realização de transferências voluntárias (art. 25, LRF) *em benefício de entes públicos* dependerá da comprovação, por parte do conveniente, de que existe previsão de contrapartida na lei orçamentária do Estado, Distrito Federal ou Município e o § 2º do referido artigo não deixa dúvida: a contrapartida deve ser *exclusivamente financeira*, e será calculada em termos percentuais do valor do convênio, segundo os limites mínimos e máximos fixados na norma.³⁴

[...]

33 Dispositivo localizado na Seção IV do Capítulo III da LDO, que é específica para o tema “*Transferências Voluntárias*”.

34 Em situações específicas, a lei autoriza que esses limites sejam reduzidos ou ampliados mediante justificativa.

196 Ademais, ainda que se admitisse a contrapartida em serviços, o que não é o caso, entende-se que não foram atendidas as condições previstas no § 2º do art. 20 da Portaria Interministerial nº 127/2008, quais sejam: manifestação fundamentada do concedente pela aceitação dessa espécie de contrapartida; e cláusula que indique a forma de aferição do valor correspondente em conformidade com os valores praticados no mercado.

197 *Além da impropriedade relativa à natureza da contrapartida, constata-se, ainda, problema semelhante ao verificado quanto ao valor e à quantidade de bolsas que se almeja ofertar, qual seja, não há prognóstico/diagnóstico documentado da demanda e da real necessidade da Administração, nem demonstração cabal de que os custos estimados para os serviços que seriam prestados a título de contrapartida estão de acordo com os preços praticados no mercado.*

198 Portanto, *recomenda-se ao CENSIPAM ajustar a sua análise técnica e os documentos que lhe são correlatos, a fim de que a contrapartida da FAPESPA seja exclusivamente financeira e esteja em consonância com os limites fixados na LDO 2011.*

[...]

212 *Todas essas considerações, somadas à compreensão de que os convênios não servem para suprir deficiências orçamentárias ordinárias dos partícipes, reforçam a necessidade de que a conveniente, efetivamente, dê a sua parcela de contribuição na consecução do interesse público perseguido na espécie (recíproca cooperação) e não limite a sua atuação ao papel de mero prestador de serviços ou agenciador de mão-de-obra.*

213 Diante do contexto, atendidas todas as condicionantes legais e superados os óbices outrora destacados, vislumbra-se a possibilidade de que a contrapartida da FAPESPA sirva para custear novas bolsas de pesquisa, conforme autoriza o seu regimento interno.

b.5) *Viabilidade e adequação do Plano de Trabalho aos objetivos do programa*

214 A análise dos aspectos em epígrafe é essencial, conforme prevê o art. 22 da Portaria Interministerial nº127/2008 e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, de que é exemplo o Acórdão TCU nº 1652/2009 – Plenário, em que se determinou a inclusão nos pareceres

técnicos e financeiros, elaborados na fase de celebração de convênios, justificativas e avaliações expressas, acompanhadas de documentos que as sustentem, que considerem, inclusive, a compatibilidade da proposição com o objeto do programa e/ou ação governamental (item 9.1.1.2 do Acórdão).

215 Diante disso, *recomenda-se ao CENSIPAM avaliar expressamente este aspecto, sobretudo a viabilidade técnica e financeira do projeto*. Considerando que estes últimos aspectos estão intrinsecamente ligados ao Termo de Referência, opta-se por tratá-los em profundidade no tópico correlato.

216 Por fim, *ressalta-se a necessidade de que o novo Plano de Trabalho a ser elaborado para atender às recomendações contidas nesta análise seja previamente aprovado pelas autoridades competentes dos entes interessados*.

II.3.5 TERMO DE REFERÊNCIA

217 O convênio em análise envolve a prestação dos serviços de seleção e contratação dos profissionais que desenvolverão pesquisas científicas de interesse do CENSIPAM.

218 Devido à natureza do objeto em tela – prestação de serviços – o presente feito deve ser instruído com documento intitulado Termo de Referência, nos termos do art. 1º, § 1º, XX, da Portaria nº 127/2008, *in verbis*:

XX - termo de referência: *documento apresentado quando o objeto do convênio, contrato de repasse ou termo de cooperação envolver aquisição de bens ou prestação de serviços, que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos e o prazo de execução do objeto.* (grifos acrescidos)

219 A adequada análise técnica de responsabilidade do CENSIPAM também compreende o exame da consistência desse documento e deve considerar os seguintes pontos, conforme o ROTEIRO DA ANÁLISE TÉCNICA outrora destacado.

c.1) *Existência de orçamento detalhado*

220 Uma das funções principais do Termo de Referência é propiciar a avaliação do custo pela Administração, a partir de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado.

221 Em que pese a conclusão do CENSIPAM de que os recursos (financeiros, humanos em materiais) são adequados ao cumprimento do objeto (Nota de fl. 151/153), entende-se que a ausência de um orçamento detalhado, como se verifica neste caso, impede a adequada avaliação dos custos pela Administração.

222 Cabe salientar que a questão da avaliação dos custos demonstra essencial também porque, a depender das estimativas levantadas, pode revelar que a realização de licitação para a contratação de *serviços de consultoria* junto à iniciativa privada consistiria em medida mais consentânea com o princípio da eficiência (custo-benefício) e o postulado da economicidade³⁵.

223 A necessidade de análise dos custos decorre do previsto no art. 35, § 1º, da Lei nº 10.180, de 6.2.2001,³⁶ *in verbis*:

Art. 35. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta da União, ao celebrarem compromissos em que haja a previsão de transferências de recursos financeiros, de seus orçamentos, para Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelecerão nos instrumentos pactuais a obrigação dos entes recebedores de fazerem incluir tais recursos nos seus respectivos orçamentos.

§ 1º *Ao fixarem os valores a serem transferidos, conforme o disposto neste artigo, os entes nele referidos farão análise de custos, de maneira que o montante de recursos envolvidos na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo a transferência de valores insuficientes para a sua conclusão, nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado.* (grifos acrescentados)

224 No mesmo diapasão, o inciso XX do § 1º do art. 1º da Portaria Interministerial nº 127/2008 exige que a avaliação dos custos pela

³⁵ É oportuno salientar que as restrições à execução indireta de serviços da Administração aplicam-se aos convênios e às contratações promovidas junto à iniciativa privada, com ou sem licitação.

³⁶ Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências.

Administração seja feita a partir de *orçamento detalhado* e leve em conta os preços praticados no mercado sempre quando for promover transferência voluntária.

225 Anote-se que o Tribunal de Contas da União tem feito exigência expressa à Administração para que promova o detalhamento dos custos de bens e serviços que serão adquiridos, senão vejamos:

1.6. Recomendar ao FNDE, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que: [...]

1.6.3. *fixe o valor a ser repassado por meio de descentralização de créditos orçamentários a partir de análise de custos*, de maneira que o montante envolvido na operação seja compatível com o seu objeto, não permitindo o repasse de créditos insuficientes para a sua conclusão *nem o excesso que permita uma execução por preços acima dos vigentes no mercado, de forma análoga ao que prevê o §1º do art. 35 da Lei n.º 10.180/2001*, ao dispor sobre a celebração de compromissos que envolvam transferências de recursos financeiros entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública. (Acórdão nº 3.665/2010/TCU- 2ª Câmara). (grifos acrescidos)

DOU de 15.06.2007, S. 1, p. 69 - o TCU afirmou ser *necessário o detalhamento dos custos dos bens e serviços a adquirir, dos locais de instalação dos equipamentos permanentes previstos e das despesas com diárias, hospedagens, alimentação e transporte necessários ao cumprimento dos objetivos avançados em convênio federal*, de forma a atender os arts. 8º, inc. I e 36, inc. I, da IN/STN-MF nº. 01/1997 (item 9.1.6., TC-025.388/2006-1, Acórdão nº. 1.136/2007- TCU-Plenário).

226 Portanto, esta Consultoria *recomenda que o CENSIPAM elabore orçamento detalhado e reúna outros elementos que lhe permitam avaliar o custo do projeto, considerando os preços praticados no mercado para serviços análogos.*

c.2) *Necessidade da contratação dos pesquisadores (quantidade e qualidade)*

227 A respeito do tema em epígrafe, a Nota Técnica de fls. 151/153 indica que o *“aumento da demanda, em área geográfica e temas, e o incremento tecnológico mencionados indicam a necessidade de ampliação de metas e objetivos para pesquisa técnica e científica”*.

228 Argumenta-se, também, que em “reuniões de planejamento entre o corpo técnico do CENSIPAM e da FAPESPA foram definidas as tarefas e dimensionados os recursos humanos capazes de planejar e coordenar as pesquisas propostas no âmbito deste convênio.”

229 E no item 6.4 do Termo de Referência há tabelas com os “Perfis dos pesquisadores por divisão temática do CENSIPAM”, na quais se aponta a quantidade de bolsistas que seria necessária para atender às demandas de cada divisão do órgão.

230 Ocorre que tais informações não se encontram acompanhadas de estudos pormenorizados (prognóstico/diagnóstico) que fundamentem a demanda ou a respectiva estimativa. Simplificando, não há comprovação acerca da real necessidade do órgão.

231 Também se afirma que o valor das bolsas teria como referência a Tabela de bolsas do CNPq para capacitação de recursos humanos (SET), em fundos setoriais, cujo objeto é semelhante ao que se pretende atingir nesse convênio. Contudo, não se produziu nada com o intuito de demonstrar a semelhança entre as situações e a razoabilidade dos valores ora propostos.

232 Considerando a hipótese de que todas as restrições relativas à contratação de serviços pela Administração serão observadas pelo CENSIPAM, conforme as orientações lançadas nesta manifestação, entende-se que a contratação dos pesquisadores em questão deve respeitar, por analogia, o previsto nos arts. 2º e 3º do Decreto nº 2.271/1997, in verbis:

Art. 2º A contratação deverá ser precedida e instruída com plano de trabalho aprovado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, ou a quem esta delegar competência, e que conterá, no mínimo:

I - justificativa da necessidade dos serviços;

II - relação entre a demanda prevista e a quantidade de serviço a ser contratada;

III - demonstrativo de resultados a serem alcançados em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis.

Art. 3º O objeto da contratação será definido de forma expressa no edital de licitação e no contrato exclusivamente como prestação de serviços.

§ 1º *Sempre que a prestação do serviço objeto da contratação puder ser avaliada por determinada unidade quantitativa de serviço prestado, esta deverá estar prevista no edital e no respectivo contrato, e será utilizada como um dos parâmetros de aferição de resultados.*

[...] (grifos acrescentados)

233 A Instrução Normativa/SLTI-MP nº 02/2008, ao tratar especificamente do Projeto Básico/Termo de Referência, traz um maior detalhamento dessas exigências, cuja observância se considera igualmente recomendável:

[...]

234 *Ante o exposto, esta Consultoria recomenda que o CENSIPAM, com o objetivo de justificar a sua real necessidade, sobretudo em relação à quantidade e o valor das bolsas propostas, observe, naquilo que couber, as exigências do Decreto nº 2.271/1997 e da IN SLTI-MP nº 02/2008, apresentando, inclusive, justificativa da relação entre a demanda e a quantidade de serviço a ser contratada, acompanhada, no que couber, dos critérios de medição utilizados, documentos comprobatórios, e quaisquer outros meios probatórios que se fizerem necessários.*

c.3) *Adequação da metodologia e do prazo de execução*

235 Outra questão a ser abordada expressamente na análise técnica de responsabilidade do gestor público é a adequação da metodologia e do prazo de execução.

236 Sobre o tema, observa-se que o Relatório de Ações Técnicas e Operacionais Extraordinárias (RAT), carreado à fl. 150, contem a afirmação de que as “*metas e o cronograma são compatíveis com o quantitativo e as especialidades dos bolsistas de TP*”. Na Nota Técnica de fls. 151/153, igualmente, afirma-se que “*as metas e etapas estão adequadas e orientadas para atingir o objeto proposto*”.

237 Devido à natureza técnica da matéria, não cabe a esta Consultoria adentrar o mérito da questão relativa à adequação do prazo de execução.

238 Por outro lado, *observa-se que nada se afirmou acerca da adequação da metodologia de execução, pelo que se recomenda ao CENSIPAM complementar sua análise técnica nesse particular, expondo claramente os fundamentos de seu entendimento.*

239 Sobre a necessidade de uma adequada análise técnica e a possibilidade de responsabilização do servidor que for negligente nesse trabalho, vale transcrever trechos do voto condutor do Acórdão nº 2510/2009 – TCU – Plenário, que bem resume as inúmeras irregularidades que decorrem de uma atuação desidiosa na fase que antecede a celebração de convênios e instrumentos congêneres:

[VOTO]

[...] *laboraram com incúria e imprevidência, no trato dos res publica, os agentes públicos diretamente envolvidos na aprovação do plano de trabalho e da minuta de acordo que resultou na celebração e na transferência de recursos do Convênio nº 250/2001- MI [...]. [...].*

[...]

Os servidores públicos das instâncias técnicas e jurídicas do [MI] que aprovaram a análise técnica e econômica da proposta da [ONG], e que aquiesceram à minuta do instrumento de convênio, autorizadora do repasse integral dos recursos federais para a implementação do respectivo objeto, foram omissos nos deveres de ofício ao deixarem de adotar as cautelas normativas e legais às quais não se furtaria o administrador mediano mais próximo dos fatos. Destaco as seguintes condutas que militam pela culpabilidade dos agentes:

Por parte dos Srs. [...] então Secretário Extraordinário de Desenvolvimento do Centro-Oeste (SCO/MI), [...] então Consultor da RIDE, e [...] então Gerente de Projetos/COARIDE

- *ausência de estudos prévios mais aprofundados sobre o detalhamento, a viabilidade técnica e econômica do projeto de implantação de novo Modelo de Gestão, no âmbito dos Municípios que participam da RIDE [...], incluindo a falta de análise compatibilidade entre os custos propostos e a complexidade dos trabalhos, ao arrepio dos princípios da economicidade e eficiência, estampados no art. 37, caput, da [CF], bem como em violação ao art. 35, § 1º, da Lei 10.180/2001;*

Também por parte dos Srs. [...] então Secretário Extraordinário de Desenvolvimento do Centro-Oeste (SCO/MI)

- *celebração do Convênio MI 250/2001 [...], em bases precárias, com conhecimento apenas superficial dos serviços que seriam executados e dos produtos gerados por esses serviços*, o que configura a *ilegítima transferência de recursos federais a terceiros, de forma desidiosa*, mediante instrumento evadido de graves irregularidades, tais como as relacionadas abaixo, que terminaram por levar à efetiva materialização do risco de graves prejuízos ao erário, conforme se apresenta na [TCE] instaurada em decorrência da malversação dos recursos do convênio [...]:

. não-exigência de apresentação dos Termos de Referência do Modelo de Gestão Municipal objeto do convênio, previamente à sua celebração (artigo 2º, § 1º, da IN/STN 1/1997);

. *plano de trabalho deficiente e impreciso quanto à caracterização do objeto em cada fase ou etapa, sem demonstração da viabilidade técnica e da metodologia de trabalho de implantação do Modelo de Gestão proposto* (artigo 2º, § 1º, da IN/STN 1/1997);

. *parecer técnico elaborado com argumentação frágil e com clara insegurança e indefinição quanto à eficiência e à eficácia do Modelo de Gestão proposto*, objeto do convênio;

. convênio celebrado, ainda, com outras graves deficiências em relação à IN/STN 1/1997, tais como: [...] *previsão de prestação de serviços como objeto do ajuste*; previsão de reajuste dos valores em função da política econômica; *definição imprecisa e incompleta das obrigações dos partícipes*; não-exigência, dentre as cláusulas conveniais, de obrigatoriedade do ressarcimento aos cofres públicos dos recursos não utilizados no convênio; [...];

. ausência de previsão de contrapartida, ainda que em bens e serviços (§ 2º do artigo 2º da IN/STN 1/1997);

. liberação integral, em parcela única, do montante de R\$ 6,2 milhões previstos para a execução do convênio, mesmo diante das precárias condições acordadas e, ainda, com inobservância das condições determinantes para a liberação parcelada dos recursos, consoante disposto no artigo 21 da IN/STN 1/1997, conseqüência do princípio da prudência;

. celebração do Convênio 250/2001 quando, pela natureza do objeto executado, seria exigida a celebração de contrato precedido do procedimento licitatório pertinente (artigo 2º da Lei 8.666/1993, combinado com o artigo 48 do Decreto 93.872/1986 e inciso I do § 1º do artigo 1º da IN/STN 1/1997).

.Por parte dos Srs. [...] então Assistente Jurídico/AGU/MI; [...] então Coordenador da Conjur/MI, e [...] então Consultor Jurídico do [MI]

- emissão de parecer jurídico favorável à celebração de convênio, quando a natureza do objeto do acordo - prestação de serviços - e os interesses contrapostos das partes eram incompatíveis com o ajuste convencional, deixando, assim, de ser realizada contratação mediante prévia licitação pública, em desacordo com o que dispõem o art. 2º da Lei 8.666/1993, o art. 48 do Decreto 93.872/1986 e o art. 1º, § 1º, inciso I, da IN/STN 1/1997, à época vigente;

- emissão de parecer com manifestação pela regularidade jurídico-formal da minuta do convênio, a qual, além de apresentar descrição genérica do objeto e condições exorbitantes em desfavor da Administração, não continha todas as informações e cláusulas que resguardassem o interesse público em caso de inadimplência por parte do conveniente, ao arrepio do disposto nos arts. 6º e 7º da IN/STN nº 1/1997, à época vigente.

Portanto, rejeito as razões de justificativa apresentadas por esses servidores públicos. [...] julgo irregulares as respectivas contas (no âmbito do TC-000.486/2004-0) e lhes aplico multas individuais [...].

O arbitramento da sanção levou em conta a hierarquia e o nível de responsabilidade de cada um dos agentes, o grau de reprovabilidade dos respectivos atos, além das circunstâncias atenuantes (arrependimento posterior).

Saliento, ainda, que a sanção cominada aos pareceristas jurídicos está lastreada em deliberações desta Corte, a exemplo dos Acórdãos nº 521/2003, 1.918/2003, 226/2004, 1.536/2004 e 160/2006, todos do Plenário, nos quais consignei nos votos condutores, por mim relatados, que os funcionários investidos desse mister, embora não pratiquem típicos atos de gestão, não estão isentos de responsabilidade quando as referidas opiniões jurídicas que venham

a subsidiar decisões superiores baseiem-se, no mínimo, em omissão no dever de apontar graves irregularidades em matérias de sua alçada, em franca contrariedade à legislação e à jurisprudência. [...].

[...]

A aferição técnica e dos custos de implantação de novo modelo de gestão municipal é da alçada da Secretária Extraordinária de Desenvolvimento do Centro-Oeste do [MI] (SCO/MI), bem como dos setores a ela vinculados, no caso, a Consultoria da RIDE e Gerência de Projetos junto ao Conselho Administrativo da Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e Entorno (COARIDE).

Por óbvio, a análise e aprovação dos aspectos jurídicos necessários à formalização do instrumento convênio, também consideradas *conditio sine qua non* ao prévio empenho e à liberação dos recursos do ajuste, competiam à Consultoria Jurídica do [MI].

240 Ante tais considerações, esta Consultoria entende que a avaliação técnica realizada pelo CENSIPAM não atende ao nível de exigência preconizado na legislação de regência e pelo Tribunal de Contas da União, razão pela qual deve ser ajustada para abordar de forma fundamentada os pontos ora destacados. Do contrário, entende-se que o prosseguimento do feito nessas condições é extremamente temerário e não recomendável.

241 Por fim, embora pareça óbvio, não custa alertar para a necessidade de que sejam observadas as orientações dadas pelos próprios órgãos técnicos do CENSIPAM, a exemplo da questão atinente à natureza da despesa, na medida em que o processo veio a este órgão de assessoramento jurídico sem a correção do Plano de Trabalho nesse ponto.

II.4 ASPECTOS ORÇAMENTÁRIOS SUSCITADOS

242 Na Nota Técnica da Diretoria de Administração e Finanças da CENSIPAM (fls. 148/149), foi ventilada a seguinte questão:

[...]

248 Desse modo, parece que eventuais restrições orçamentárias aplicáveis ao MMA e ao MDA também afetarão o MD/CENSIPAM,

ainda que depois os recursos sejam objeto de transferência voluntária a uma entidade pública do Estado do Pará, sob pena de que se viabilize, com esse engenhoso mecanismo, burla à eventual limitação prevista na legislação de regência.

249 Como se trata de aspecto orçamentário, que extrapola o âmbito das atribuições desse órgão de assessoramento jurídico, *recomenda-se o encaminhamento dos autos à Ciset, consoante sugeriu o próprio CENSIPAM, a fim de que essa questão seja elucidada, sem prejuízo do exame de outros aspectos suscitados nesta manifestação, caso o órgão de controle interno julgue necessário.*

250 Aproveitando o ensejo, cabe lembrar que *incumbe aos órgãos envolvidos, antes de celebrar o instrumento, a avaliação dos aspectos orçamentários pertinentes, especialmente quanto à disponibilidade orçamentária e a compatibilidade entre a dotação orçamentária indicada e as despesas a serem realizadas*, eis que se trata de questões alheias às atribuições desta Consultoria Jurídica. No ponto, *chama-se a atenção para a possível inexistência dos recursos disponíveis ao CENSIPAM, neste momento, sendo que a celebração do instrumento obviamente depende da superação dessa questão* (art. 30, VIII, Portaria Interministerial nº 127/08).

251 Embora os aspectos orçamentários e financeiros extrapolem o escopo desta análise e as atribuições desta Consultoria, salienta-se, apenas a título de colaboração, que o Sr. Ordenador de Despesas também deve esclarecer que foram observadas, previamente, todas as prescrições constantes do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 4.05.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal)³⁷, que a despesa tem adequação orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e compatibilidade com a

37 Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:

I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;

II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

Lei de Diretrizes Orçamentárias, e que consta do Plano de Execução Orçamentária de 2011.

II.5 ANÁLISE DA MINUTA DO CONVÊNIO

252 A análise prévia da minuta de convênios e instrumentos congêneres é tarefa inserida no rol de atribuições do órgão de assessoramento jurídico do ente público interessado na avença.

253 Contudo, *a presente análise não significa que o processo encontra-se apto a prosseguir em seus ulteriores termos. Pelo contrário, conforme amplamente demonstrado, há uma série de recomendações cujo atendimento condiciona a celebração do pretendido convênio.*

254 Partindo da premissa de que o gestor público atenderá a todas as recomendações ventiladas nesta análise, contornando os óbices destacados, esta Consultoria procederá ao exame da regularidade formal da minuta apenas para não ser omissa quanto ao dever que lhe foi atribuído por lei.

255 Muito bem.

256 O art. 30 da Portaria Interministerial n° 127/2008 estabelece as cláusulas necessárias aos instrumentos por ela regidos, no que se incluem os convênios.

257 Em linhas gerais, a minuta proposta contempla as cláusulas necessárias, mas *alguns ajustes se fazem necessários, da seguinte forma:*

- No *preâmbulo*: incluir o Estado do Pará como interveniente (art. 1º, § 5º, Portaria Interministerial n° 127/08) e corrigir a referência à Lei de criação da FAPESPA.
- Na *Cláusula Primeira*, descrever o objeto de forma detalhada, na forma do *Tópico II.3.1* (item “b.2”) desta análise.
- Na *Cláusula Quinta*:
 - *inciso II*:
 - discriminar as obrigações da conveniente de modo a evidenciar a sua efetiva colaboração na execução do objeto,

sem que se apresente como mero prestador de serviços ou fornecedor de mão-de-obra, na forma do *Tópico 2.2.2* desta análise.

- *alínea “b”*: substituir a expressão “CONVENENTE” por “CONCEDENTE”.

- *alínea “p”*: substituir a expressão “fotografias” por “relatórios detalhados”.

- *alínea “t”*: antes da expressão “nos seguintes casos”, acrescentar a palavra “inclusive”.

- incluir, se for o caso, disposição (alínea) que estabeleça a obrigação de que trata o inciso XX do art. 30 da Portaria Interministerial nº 127/2008.

- *incluir o inciso III* para dispor sobre as obrigações do interveniente (art. 30, IV) ou apenas para declarar que sua participação no ajuste se limita a manifestar consentimento com a celebração do instrumento (art. 1º, § 1º, XI)³⁸.

Na *Cláusula Sexta*:

- *caput*: inserir um novo dispositivo com a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro (art. 30, VIII, Portaria 127/08); e outro com a informação de que os recursos para atender às despesas em exercícios futuros estão consignados no plano plurianual ou prévia lei que os autorize (art. 30, XII, Portaria Interministerial nº 127/2008).

- *inciso I*, preencher os campos relativos à classificação orçamentária da despesa, indicando-se, inclusive, o número e a data da Nota de Empenho.

- *Subcláusula Terceira*: excluir essa disposição porque contraria o art. 39, § 1º, da LDO 2011.

³⁸ A manifestação desse consentimento é importante até para que se possa assegurar a previsão orçamentária da contrapartida, conforme determina o art. 25, § 1º, IV, “d”, da LRF e o art. 43, II, da Portaria Interministerial nº 127/2008.

Na *Cláusula Sétima*:

- *caput*: ao final da oração, acrescentar após uma vírgula a expressão “*desde que observadas as condições previstas no art. 43 da Portaria Interministerial nº 127/2008.*”

- reproduzir o cronograma de desembolso previsto no Plano de Trabalho (art. 30, IX, Portaria Interministerial nº 127/2008).

Na *Cláusula Décima Terceira*,

ajustar a vigência do ajuste ao prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas (art. 30, V, Portaria Interministerial nº 127/08).

Inserir cláusula, se for o caso, que defina o direito de propriedade sobre bens remanescentes na data da conclusão ou extinção do instrumento, que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitado o disposto na legislação pertinente (arts. 28 e 30, inciso XIV, Portaria Interministerial nº 127/08).

Na *Cláusula Décima Quinta*: explicar a necessidade da contratação de consultores *ad hoc* e atestar que a situação não incorre em nenhuma das vedações destacadas nesta análise.

Na *Cláusula Décima Oitava*:

- *caput*: especificar melhor a formal pela qual a execução do objeto será acompanhada pelo concedente, com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade (inciso XV). Sugere-se, ainda, criar novo dispositivo que reproduza o conteúdo do *caput* do art. 53 da Portaria Interministerial nº 127/2008.

- *Subcláusula Primeira, inciso I*: substituir o texto proposto pelo seguinte, devido às inconsistências verificadas no dispositivo:

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA – DO ACOMPANHAMENTO E DA FISCALIZAÇÃO

[...]

Subcláusula Primeira [...]

I - relatório gerencial de acompanhamento das ações, indicando o cumprimento das metas físicas e de aplicação de recursos, bem como relatório eletrônico físico-financeiro das despesas realizadas, a cada 03 (três) meses, a contar da data de assinatura do convênio; e

[...]

Cláusula Vigésima Quinta: substituir o texto proposto pelo seguinte:

CLÁUSULA VIGÉSIMA QUINTA – DA PUBLICIDADE

Para que o presente Convênio produza os efeitos legais, a CONCEDENTE e a CONVENENTE publicarão, às suas expensas, respectivamente no Diário Oficial da União, Seção 3, e no Diário Oficial do Estado do Pará, o extrato do presente Termo Aditivo, no prazo de 20 (vinte) dias, a contar da sua assinatura.

Subcláusula Única – Os Partícipes, no âmbito de suas competências, adotarão as medidas de comunicação de que tratam os artigos 35 e 36 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127/2008.

258 *Sugere-se, ainda, uma revisão da redação da minuta como um todo, porquanto se verificam ligeiras impropriedades dessa natureza no documento, sendo que não incumbe a esta Consultoria realizar esse tipo de conferência.*

259 Por fim, registre-se que a falta de menção a determinados dispositivos legais ou da própria Portaria dos convênios na minuta proposta não exime o Administrador da respectiva observância.

II.6 CONDIÇÕES PARA CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO

260 A efetiva celebração do convênio depende do atendimento de uma série de condições, a exemplo daquelas previstas no art. 167, X, da Constituição Federal, no art. 25, § 1º, da LRF, na LDO 2011, nos arts. 24 e 25 da Portaria Interministerial nº 127/2008 e demais normas de regência.

261 Importante aliado na verificação dessas condições é o Cadastro Único de Convênios (CAUC), observadas as normas específicas que o disciplinam, conforme se depreende do art. 24, § 4º, da citada Portaria.³⁹ Não obstante, devem-se observar as exigências do art. 25 do referido ato normativo que são aplicáveis à espécie, especialmente a prévia aprovação do Plano de Trabalho.

262 *In casu*, nota-se que há algumas certidões destinadas a comprovar a regularidade da convenente perante entes públicos, mas *não se carrou ao feito a consulta feita ao CAUC, pelo que se recomenda a instrução do processo nesse particular.*

263 A propósito, *recomenda-se utilizar, também, o Roteiro de Verificação de peças a que se refere a Subcláusula Única da Cláusula Terceira da minuta proposta*, que contempla uma série de declarações a serem subscritas pela convenente, à semelhança do que faz a Coordenação-Geral do Programa Calha Norte (PCN). No ponto, sugere-se especial atenção quanto à validade das pertinentes certidões.

III – CONCLUSÃO

264 Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica conclui que *a celebração do pretendido convênio entre o CENSIPAM e a FAPESPA, nas condições em que o processo se encontra, caracterizará ato de gestão temerária*, segundo a terminologia empregada pelo Tribunal de Contas da União em situações análogas, *na medida em que a análise técnica da proposição do convênio realizada pelo órgão de origem revelou-se insuficiente em inúmeros aspectos.*

265 A título de exemplo, citem-se a ausência de elementos que permitam aferir a própria legalidade do objeto, afastando a caracterização de terceirização ilegal e de relação jurídica consubstanciada na mera prestação de serviços ou agenciamento de mão-de-obra por fundação de apoio; falta de detalhamento nas obrigações da convenente que evidenciem a sua efetiva colaboração para a consecução do objeto (recíproca cooperação), essencial à caracterização do convênio; falta de comprovação da real necessidade de execução indireta do objeto e

39 Art. 24. São condições para a celebração de convênios e contratos de repasse, a serem cumpridas pelos convenentes ou contratados, conforme previsto na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na legislação federal:

[...]

§ 4º Nos convênios e contratos de repasse celebrados com entes, órgãos ou entidades públicas, as exigências para celebração serão atendidas por meio de consulta ao Cadastro Único de Convênio - CAUC, observadas as normas específicas que o disciplinam.

da contratação de pesquisadores na qualidade e quantidade propostas; ausência de avaliação e comprovação da capacidade técnica e operacional da convenente; inexistência de justificativa e comprovação da relação entre a demanda e a quantidade de serviço a ser contratada; inexistência de orçamento detalhado que permita à Administração avaliar os custos do projeto, considerando os preços praticados no mercado em relação a serviços análogos (consultoria); inadequação da natureza da contrapartida ofertada, em contrariedade ao art. 39, § 2º, da LDO 2011, e inexistência de avaliação documentada da razoabilidade do respectivo valor.

266 Diante dessas condições e das demais questões ora levantadas, entende-se que *o prosseguimento do processo em seus ulteriores termos deve ser condicionado ao atendimento/superação das recomendações/órbices apontados ao longo de todo este parecer, porquanto é acentuado o risco de que os servidores envolvidos sejam responsabilizados pelos órgãos de controle caso os ajustes necessários não sejam realizados.*

267 Outrossim, visando ao aperfeiçoamento da minuta proposta, *sugerem-se os ajustes pontuados no Tópico II.5 desta manifestação.*

268 *Por oportuno, considerando que há notícias da existência de outros convênios firmados pelo CENSIPAM com o mesmo formato deste, recomenda-se ao órgão avaliar se referidos ajustes não incorreram nos mesmos problemas destacados nesta análise, a fim de que eventualmente adote providências saneadoras.*

[...]

269 Frise-se que a presente manifestação cinge-se à análise dos aspectos jurídicos da minuta e do procedimento no qual se insere, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº 73, de 10.2.1993, do art. 38, parágrafo único, c/c art. 116, da Lei nº 8.666, de 21.6.1993, e do art. 31 da Portaria Interministerial MP/MF/CGU nº 127, de 29.5.2008, não sendo objeto deste estudo a avaliação de mérito quanto à oportunidade e conveniência em se estabelecer a avença, nem quanto à viabilidade técnica e economicidade do projeto.

270 No mais, alerte-se que o presente parecer jurídico é de cunho eminentemente opinativo, adstrito à legalidade do procedimento e, portanto, não vincula a Administração, que pode adotar, em ato motivado, solução diversa da preconizada, assumindo os riscos daí decorrentes.

À consideração superior.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

LEONARDO STUCKERT LIMA
Advogado da União
Coordenador de Convênios

Despacho do Coordenador-Geral:

- 1 De acordo.
- 2 À consideração da Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

LEONARDO RAUPP BOCORNY
Advogado da União
Coordenador-Geral de Convênios

Despacho da Consultora Jurídica Substituta:

- 1 Aprovo o Parecer retro.
- 2 **COM URGÊNCIA**, remeta-se *cópia* deste Parecer ao **CENSIPAM**, inclusive por e-mail, para a ciência e adoção das providências que julgar necessárias, com destaque para a conclusão de que a formalização válida do pretendido Convênio está condicionada ao atendimento/superação das recomendações/óbices apontados nesta análise, sem prejuízo da recomendação contida no seu item 268.
- 3 Após, encaminhem-se os *autos* à **CISSET**, a fim de que se pronuncie acerca do aspecto orçamentário suscitado pelo **CENSIPAM**, sem prejuízo do exame de outras questões abordadas nesta análise, caso julgue necessário, com a recomendação de que, logo após, seja o feito encaminhado ao **CENSIPAM**.

Brasília, 14 de dezembro de 2011.

NÍDIA QUINDERÉ CHAVEZ BUZIN
Consultora Jurídica Substituta do Ministério da Defesa

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares