

Revista da AGU

Colaboradores:

Artigos

- Anderson Ricardo Gomes
- Dalton Robert Tibúrcio
- Daniel Almeida de Oliveira
- Glauco Gumerato Ramos
- Graziela Mayra Joskowicz
- José Vicente Santos de Mendonça
- Leonardo Ricardo Araújo Alves
- Osvaldo Ferreira de Carvalho
- Pedro Aurélio de Queiroz
- Tiago Borré
- Tiago da Silva Fonseca
- Victor Valença Carneiro de Albuquerque
- Wagner de Oliveira Pierotti

Pareceres

- Viviane Viera da Silva
- Karol Texeira de Oliveira

Jurisprudência

- Luís Paulo Suzigan Mano

24

REVISTA DA
AGU

ANO IX Nº 24 - Brasília-DF, abr./jun. 2010

Revista da AGU

Escola da Advocacia Geral da União

SBN – Quadra 01 – Edifício Palácio do Desenvolvimento – 4º andar -
CEP 70057-900 – Brasília – DF Telefones (61) 3105-9970 e 3105-9968
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Ronaldo Jorge Araújo Vieira Júnior	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETOR DA ESCOLA DA AGU

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA-GERAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jefferson Carús Guedes

COORDENADORA DA REVISTA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

CONSELHO EDITORIAL

Membros Executivos: Antônio de Moura Borges; Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy ; Clarissa Sampaio Silva; Claudia Aparecida de Souza Trindade; Denise Lucena Cavalcante; Fabiano André de Souza Mendonça; Fernando Netto Boiteux; Francisco Humberto Cunha Filho; José Tadeu Neves Xavier; Luciana Barbosa Musse; Otávio Luiz Rodrigues Junior; Regina Linden Ruaro; Sérgio Augusto Zampol Pavani.

Membros Eletivos: Alexandre Bernardino Costa; André Lopes de Sousa; Carlos José de Souza Guimarães; Cássio Andrade Cavalcante; Clóvis Juarez Kemmerich; Daniela Ferreira Marques; Fábio Campelo Conrado de Holanda; Fábio Guimarães Bensoussan; Felipe Camillo Dall’Alba; Guilherme Beux Nassif Azem; Humberto Cunha Santos; Karla Margarida Martins Santos; Marcelo Kokke Gomes; Maria Rosa Guimarães Loula; Nilma de Castro Abe; Rosa Maria Pelegrini Baptista Dias; Rui Magalhães Piscitelli; Sueli Valentin Moro Miguel; Robson Renaut Godinho; Valério Rodrigues Dias.

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuzza Gomes Barbosa de Lima
ABNT_(ADAPTAÇÃO)/Diagramação Niuzza 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 IX – Número 24 - Brasília-DF, abr./jun. 2010

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05
CDU 342(05)

SUMÁRIO

ARTIGOS

Editorial.....	5
A Penhora Online na Execução Fiscal: aspectos gerais e compatibilização com o direito à intimidade do executado <i>Anderson Ricardo Gomes</i>	7
Interpretação dos Atos Normativos das Agências Reguladoras <i>Dalton Robert Tibúrcio</i>	25
Pré-sal: o novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil <i>Daniel Almeida de Oliveira</i>	47
Ativismo e Garantismo no Processo Civil: apresentação do debate <i>Glauco Gumerato Ramos</i>	79
A Eficácia dos Direitos Sociais e o Controle Judicial das Políticas Públicas <i>Graziela Mayra Joskowicz</i>	107
A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em Quatro <i>Standards</i> <i>José Vicente Santos de Mendonça</i>	139
O Fato Gerador das Contribuições Previdenciárias na Justiça do Trabalho <i>Leonardo Ricardo Araújo Alves</i>	167
A Eficácia e Natureza Jurídica da Medida Provisória da Constituição Federal de 1988 <i>Oswaldo Ferreira de Carvalho</i>	183
Panorama do Direito da Concorrência no Brasil <i>Pedro Aurélio de Queiroz</i>	225
A Participação das “Cooperativas de Mão-de-Obra” em Licitações Públicas: limites <i>Tiago Borré</i>	245

A afirmação da segurança jurídica, como expressão do Estado de Direito, a partir da efetivação dos princípios constitucionais tributários	
<i>Tiago da Silva Fonseca</i>	259
Panorama da Revisão Tarifária Periódica das Concessionárias de Distribuição de Energia Elétrica: a adoção do fator x e da empresa de referência	
<i>Victor Valença Carneiro de Albuquerque</i>	285
Questões Controvertidas Envolvendo a Lei 8.742/93	
<i>Wagner de Oliveira Pierotti</i>	315

PARECERES

PARECERAGU/NAJ-SP/Nº1265/2008 - VVS	
<i>Viviane Vieira da Silva</i>	333
PARECER PGFN/CRJ/Nº 2527/2009	
<i>Karol Teixeira de Oliveira</i>	353

JURISPRUDÊNCIA

Jurisprudência Comentada da Constitucionalidade da Limitação da Renda no Auxílio-Reclusão pela Decisão no Recurso Extraordinário nº 587.365	
<i>Luís Paulo Suzigan Mano</i>	381

EDITORIAL

Visando a divulgação de temas ligados ao ramo do direito e à atuação Advocacia-Geral da União, a Revista nº24 da AGU traz pontos diferenciais da instituição, tratando com clareza e especificidade os diversos assuntos trabalhados pelos membros das carreiras jurídicas da AGU.

Nesta edição, serão mostrados temas importantes para a sociedade como o pré- sal, novo marco regulatório das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, e o fato gerador das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho, que mostra que através da prestação de serviços remunerados surge a obrigação de pagar os impostos incidentes sobre as verbas salariais.

O artigo sobre a Penhora Online na Execução Fiscal, por exemplo, trata expressamente da alteração legislativa promovida no Processo do Código Civil brasileiro pela Lei nº 11.382/2006, dispondo sobre o procedimento a ser observado para a pesquisa, bloqueio e penhora de dinheiro e aplicações financeiras depositadas, etc.

O processo de informação é finalizado com o parecer sobre a Lei 12.016 e nova disciplina do mandado de segurança nas modalidades individual e coletiva e com a análise das principais inovações que repercutem na representação judicial da Fazenda Nacional.

No todo, a edição nº24 da revista destaca a excelência de diversos trabalhos que abordam temas atuais da área, estimando a reflexão do assunto e a importância da função Advocacia Pública Federal na justiça.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Coordenadora-Geral da Escola da AGU

Jefferson Carús Guedes
Diretor da Escola da AGU

A PENHORA *ONLINE* NA EXECUÇÃO FISCAL: ASPECTOS GERAIS E COMPATIBILIZAÇÃO COM O DIREITO À INTIMIDADE DO EXECUTADO

Anderson Ricardo Gomes
Procurador da Fazenda Nacional
PSFN/Marília/SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Penhora *Online* como Instrumento; Executivo Idôneo na Execução Fiscal; 1.1 Generalidades sobre a penhora *online*; 1.2 A penhora *online* na execução fiscal; 1.3 Observância ao princípio do Devido processo Legal; 2 A Compatibilização da Penhora *Online* com o Direito à Intimidade do Executado; 2.1 Inexistência de violação ao direito à intimidade do executado; 2.2 relativização do direito à intimidade do executado; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A penhora *online* ou penhora eletrônica passou a ser prevista expressamente a partir da alteração legislativa promovida no Código de Processo Civil brasileiro pela Lei n.º 11.382/2006, que alterou a redação do inciso I do art. 655 e acrescentou o art. 655-A, dispondo sobre o procedimento a ser observado para a pesquisa, bloqueio e penhora de dinheiro e aplicações financeiras depositadas em instituições bancárias titularizados pelo executado, o que levou parte da doutrina e jurisprudência a se manifestar pela inconstitucionalidade de tal constrição judicial, sob o argumento de que haveria violação à intimidade do executado. Em que pese tais posicionamentos jurídicos, a previsão da penhora on line no procedimento da execução fiscal está embasada em relevantes princípios constitucionais que legitimam eventual relativização do direito à intimidade do executado, sendo a previsão e utilização desse instrumento executivo compatível com a Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Penhora online. Execução Fiscal. Direito à Intimidade do executado.

ABSTRACT: The online distress or electronic distress started to be expressly provided from the legislative change promoted in the Brazilian Civil Procedure Code by the law n.º 11.382/2009, which altered the redaction on item I of the article 655 and added the article 655-A, that teaches about the procedure to be followed in the matters of research, blockade and distress of money and financial applications, deposited in banking institutions in the name of the person who is being executed, that led part of the doctrine and the jurisprudence to manifest around the unconstitutionality of such judicial constraint. Despite these legal placements, the prediction of the online distress in the procedure of tax foreclosure is based in relevant constitutional principle that legitimizes possible relativization of any right to intimacy that belongs to the person who is being executed, being the prediction and use of this executive instrument compatible with the Federal Constitution.

KEYWORDS: Online Distress. Tax Foreclosure. The Right to Intimacy of the Person who is Being Executed.

INTRODUÇÃO

Com as recentes alterações legislativas implementadas em nosso sistema processual civil na última década, foi inserido em nosso ordenamento jurídico um forte, eficaz e coativo instrumento de execução que recebeu da comunidade jurídica a designação de penhora *online* em referência à forma por meio da qual ocorre sua efetivação, qual seja, a partir de solicitação judicial por via eletrônica de informações sobre depósitos e aplicações financeiras do executado junto a instituições bancárias sujeitas à supervisão do Banco Central.

Doutrinadores contrários à penhora online argumentam que essa medida executiva viola o direito constitucional à intimidade do executado, uma vez que efetiva-se num primeiro momento por meio da busca de todos os depósitos e aplicações financeiras titularizadas pelo devedor em instituições bancárias, o que representaria a inobservância de seu sigilo bancário, direito subjetivo decorrente de seu direito à intimidade.

Adotando entendimento diverso, o presente trabalho apresentará argumentos embasados na Constituição Federal de 1988, que demonstram que a previsão normativa e aplicação da penhora online em casos concretos no procedimento de execução fiscal, a priori, apresenta-se compatível com a ordem constitucional estabelecida, representando a concretização, por meio de opção política do legislador, a valores consagrados em nossa Carta Magna na forma normativa de princípios, como o princípio da celeridade e duração razoável do processo, o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (subprincípio decorrente do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição federal) e o princípio da indisponibilidade do interesse público, representado pela busca da recuperação dos créditos fiscais inadimplidos.

Para tal mister, far-se-á alguns breves apontamentos sobre a penhora *online* e sua aplicação em execuções fiscais; a análise do conteúdo normativo de princípios constitucionais; e por fim, o estudo da compatibilidade da penhora *online* com a garantia da intimidade do executado.

1 DA PENHORA *ONLINE* COMO INSTRUMENTO EXECUTIVO IDÔNEO NA EXECUÇÃO FISCAL

1.1 GENERALIDADES SOBRE A PENHORA *ONLINE*

A penhora *online* consiste na pesquisa e bloqueio de quantias depositadas em instituições bancárias em contas titularizadas pelo executado, por determinação judicial, após regular citação em processo executivo, para fins de formalizar futura penhora sobre dinheiro.

Inicialmente, deve-se ter em mente que a previsão legal da penhora *online* é decorrente do princípio constitucional da celeridade processual, consagrado expressamente no art. 5º, LXXVIII, da Carta Política, *in verbis*:

A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Embora o citado princípio constitucional somente tenha sido incorporado expressamente no corpo de nossa Constituição com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04, que implementou a chamada “Reforma do Judiciário”, a exigência da celeridade do Estado-juiz na prestação da tutela jurisdicional já era um princípio a ser observado pelo Poder Judiciário como decorrência da garantia ao cidadão do *devido processo legal* e do dever de observância por parte da Administração ao *princípio da eficiência*, como aponta Alexandre de Moraes:

A EC nº 45/04 (Reforma do Judiciário) assegurou a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Essas previsões – razoável duração do processo e celeridade processual –, em nosso entender já estavam contempladas no texto constitucional, seja na consagração do princípio do devido processo legal, seja na previsão do princípio da eficiência aplicável à Administração Pública (CF, art. 37, caput). Conforme lembrou o Ministro Celso de Mello, ‘cumpre lembrar que já existe em nosso sistema de direito positivo, ainda que de forma difusa, diversos mecanismos legais destinados a acelerar a prestação jurisdicional (CPC, art. 133, II e art. 198; LOMAN, art. 35, incisos II, III e IV, art. 39, ART. 44 e art. 49, II), de modo a neutralizar, por parte

de magistrados e Tribunais, retardamentos abusivos ou dilações indevidas na resolução dos litígios'.¹

Nesse mesmo sentido leciona Pedro Lenza, afirmando que a *prestação jurisdicional em prazo razoável e efetivo* já estava anteriormente presente em nosso ordenamento jurídico, inclusive de forma expressa por força do contido nos arts. 8º, 1º, e 25.1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual foi interiorizado no Direito brasileiro pelo Decreto federal nº 678/1992².

Assim, juridicamente, mesmo antes do advento da emenda Constitucional nº 45/04, existia previsão para a adoção de instrumentos processuais aptos a proporcionar a celeridade e a efetivação da tutela jurisdicional, de que é exemplo a penhora *online*.

Vale mencionar que aludida medida judicial provoca a abreviação do procedimento de execução de quantia certa, uma vez que sendo positivo o bloqueio de valores titularizados pelo executado, desnecessárias serão as fases expropriatórias de avaliação e alienação judicial de bens penhorados, obtendo-se de forma mais célere a satisfação da pretensão executiva do credor.

Além do mais, por ter por objeto dinheiro, a penhora *online* apresenta-se mais efetiva para a satisfação da tutela jurisdicional executiva, pois o bem constritado já é aquele buscado nas execuções por quantia certa, não dependendo de incertas transformações de bens de outras naturezas em pecúnia, como se dá na hipótese de a penhora recair sobre bem imóvel, quando somente após haver praça positiva, e pagamento da arrematação, o exequente terá seu crédito satisfeito com o produto da arrematação.

Esse ato de constrição judicial que é a penhora *online* passou a ser tecnicamente possível no Brasil a partir de 08 de março de 2001, com a celebração de Convênio Técnico Institucional entre o Banco Central, o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, através do qual se conferiu aos Magistrados Federais e Estaduais acesso ao sistema BACEN JUD, mediante prévio cadastramento, possibilitando aos mesmos a solicitação eletrônica junto ao Banco Central para a pesquisa sobre a existência de dinheiro depositado em instituições financeiras e bloqueio dos

1 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas; 2007. p. 96.

2 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008. p. 636.

valores eventualmente encontrados. Porém, a implementação fática dessa forma de constrição foi inicialmente realizada pela Justiça do Trabalho, a partir da celebração de Convênio de Cooperação Técnico Institucional entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho assinado em março de 2002.

A penhora online é efetivada a partir de uma determinação judicial dirigida ao Banco Central, solicitando informações acerca da existência de valores depositados em instituições bancárias em contas titularizadas pelo executado, bem como decretando a indisponibilidade das quantias e aplicações eventualmente encontradas; o Banco Central, por sua vez, requisita tais informações às instituições financeiras que atuam no mercado financeiro, repassando a ordem de bloqueio; sendo positiva a pesquisa, os valores encontrados são indisponibilizados, permanecendo na instituição financeira, e remetendo a resposta ao juízo solicitante.

Enquanto subsistir o bloqueio os valores permanecerão na instituição bancária na qual foram encontrados, sendo, após a lavratura do auto de penhora, transferidos para depósito em conta corrente vinculada aos autos judiciais em que a penhora *online* foi determinada.

Embora a doutrina tenha atribuído a tal forma de constrição judicial a nomenclatura de “penhora *online*”, na realidade trata-se de um bloqueio administrativo implementado por meio do Banco Central e das instituições financeiras sujeitas à sua supervisão, dos valores depositados nessas últimas de titularidade do executado, a fim de, ulteriormente, serem objeto de penhora.

Não se consubstancia em uma espécie autônoma de penhora, mas tão-somente consiste em uma diferente forma de viabilizar a penhora de dinheiro.

Quanto à sua eficácia, tem-se que o bloqueio somente recai sobre as quantias que forem encontradas depositadas no exato momento em que é realizada a busca por valores, porém não tem o condão de indisponibilizar ou “congelar” a conta bancária diligenciada, de forma, que a efetividade da medida fica condicionada à existência de dinheiro por ocasião da busca.

O procedimento da medida judicial é previsto no art. 655-A e seus § 1º e § 2º do Código de Processo Civil, *ipsis litteris*:

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

Nos termos do art. 655-A do Código de Processo Civil, a penhora *online* necessariamente dependerá de requerimento do exequente, não podendo ser realizada *ex officio*.

Por outro lado, por ser ato preparatório da penhora de dinheiro, a medida pressupõe a citação do executado para que seja válida a constrição, sob pena de violação ao seu direito ao contraditório e à garantia da não surpresa.

Uma vez citado o executado, a efetivação da penhora *online* não depende de sua prévia intimação, e nem haveria sentido em tal postura judicial, uma vez que esvaziaria a efetividade dessa medida, pois o executado, ciente da ordem de bloqueio, sacaria imediatamente seu dinheiro depositado em instituição financeira, fraudando a execução.

Encontrada quantias nas contas bancárias vasculhadas, o dinheiro ficará bloqueado na instituição financeira e o executado deve ser intimado para se manifestar sobre eventual impenhorabilidade daqueles valores, demonstrando, por exemplo, que se trata de salário, proventos de aposentadoria, conta poupança ou outra situação elencada no art. 649 do Código de Processo Civil.

Caso o executado se manifeste alegando o caráter impenhorável do dinheiro bloqueado e requerendo sua liberação, o exequente obrigatoriamente deve ser intimado para se manifestar acerca desse

pleito em observância, mais uma vez, ao princípio constitucional do contraditório, que seria violado no caso de o magistrado determinar a liberação dos valores *inaudita altera pars*³, com nefastas e irreversíveis conseqüências para a satisfação do crédito do exequente se houver demonstração, após o desbloqueio, da penhorabilidade daqueles valores.

Se houver a liberação dos valores bloqueados sem que o juízo da execução confira oportunidade de manifestação ao exequente, a decisão interlocutória que determina o desbloqueio será nula por ofensa à garantia processual ao contraditório.

Não obstante a penhora *online* ter por objeto a constrição de dinheiro, bem penhorável por excelência já na redação do Código de Processo Civil anterior às modificações implementadas pela Lei nº 11.382/2006 (em sua redação pretérita o art. 655 prescrevia que a penhora deveria recair preferencialmente sobre dinheiro), a doutrina e jurisprudência entendiam não ser possível a pesquisa indiscriminada de quantias pertencentes ao executado depositadas em instituições financeiras, sob o fundamento de que em tais casos haveria violação ao direito ao seu sigilo bancário, manifestação de seu direito constitucional à intimidade.

Desta forma, salvo situações excepcionais, a busca por valores do executado depositados em instituições financeiras não era admitida nas execuções regidas pelo Código de Processo Civil anteriormente a entrada em vigor da nova redação do art. 655, I, desse *codex*, conferida pela Lei nº 11.382/2006.

1.2 A PENHORA ONLINE NA EXECUÇÃO FISCAL

Para a execução fiscal, que é regida por lei especial, valendo-se das disposições do Código de Processo Civil somente em caráter subsidiário, o art. 11 da Lei nº 6.830/80 também estabelece que a penhora deve recair preferencialmente sobre dinheiro.

Porém, também nesse campo executivo havia a interpretação restritiva verificada nas execuções ordinárias, não se admitindo a penhora *online*.

3 Expressão latina que se refere à concessão de requerimento judicial sem oportunizar a manifestação da parte contrária.

Com o advento da Lei Complementar nº 118/2005, acresceu-se ao Código Tributário Nacional o art. 185-A, o qual dispõe que:

na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

A partir de tal fundamento jurídico surgiu a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de realização da penhora *online* nas execuções fiscais de tributos (valendo-se lembrar que o procedimento de execução fiscal é aplicável para a cobrança de qualquer dívida titularizada pela Fazenda Pública, seja de natureza tributária ou não, conforme se infere dos arts. 1º e 2º da Lei nº 6.830/80).

De um lado, estavam aqueles que entendiam que o citado dispositivo não se referia à quantias depositadas em instituições financeiras, de forma que a inovação legislativa em nada alterava a situação jurídica existente antes da Lei Complementar nº 118/2005, continuando a ser proscrita a busca nas contas bancárias do executado, resguardando-se seu sigilo bancário.

De outro lado, perfilavam-se aqueles que interpretavam o art. 185-A do Código Tributário Nacional como uma ponderação de princípios realizada pelo legislador, cotejando o direito à intimidade e sigilo bancário do contribuinte executado com o princípio da supremacia do interesse público, representado na busca pela satisfação do crédito tributário, para desse modo admitir a penhora *online* nas execuções fiscais de créditos tributários, desde que demonstrada pelo exequente a inexistência de outros bens penhoráveis na esfera patrimonial do executado.

Posteriormente, com a edição da Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, que alterou o Código de Processo Civil, veio a lume no ordenamento jurídico pátrio disposição legal explicitando que *ativo financeiro encontrado em depósito ou aplicação em instituição financeira é dinheiro para fins de*

penhora, devendo ser constritado com preferência a quaisquer outros bens do executado, consoante prevê o art. 655 do Código de Processo Civil, (com a redação dada pela Lei nº 11.382), *in verbis*:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; [...]

Essa interpretação autêntica, realizada por meio da Lei nº 11.382/2006 acerca da abrangência do termo "dinheiro" para fins de penhora de modo a alcançar quantias depositadas ou aplicadas em instituições financeiras, espancou a discussão travada na jurisprudência e doutrina sobre a possibilidade de penhora sobre esses valores (o que já era juridicamente aceitável desde a inserção em nosso ordenamento da norma constante do art. 185-A do Código Tributário Nacional), restando, hodiernamente, indubitável a penhorabilidade desses montantes, consoante os ensinamentos de Marinoni e Arenhart:

Mas a possibilidade de o exequente indicar bens à penhora passa a ter real efetividade quando se constata que a nova redação do inciso I do art. 655 – instituída pela Lei 11.382/2006 – esclareceu que o primeiro bem da ordem legal, ou seja, o dinheiro, também pode ser objeto de penhora quando 'em depósito ou aplicação em instituição financeira'.⁴

Referida alteração legislativa ainda explicitou o caráter preeminente da penhora *online*, no sentido de que é constrição que pode ser realizada independentemente de prévia comprovação de inexistência de outros bens do executado, eis que o dinheiro ocupa posição primária na ordem preferencial a ser observada na penhora.

No mesmo sentido é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵, que atribuindo aplicação imediata à Lei nº 11.382/2006 para os atos processuais a serem realizados após sua entrada em vigor, entende que para decisões sobre pedido de penhora *online* proferidos após esse marco temporal, a constrição deve ser deferida independentemente da demonstração de exaurimento de diligências do credor na busca de bens do devedor, *ad litteram*:

4 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 271.

5 Confira-se exemplificativamente AgRg no Ag 1180635, AgRg no Ag 1050772 e AgRg nos EDcl no Ag 1000824 entre outros.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ELETRÔNICA DE DIREITO (BACENJUD). DECISÃO POSTERIOR ÀS MODIFICAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.382/2006. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA.

1. Em 20.6.2007, o juízo de 1º grau indeferiu o requerimento da Fazenda Pública para determinar a *penhora* eletrônica de dinheiro, conforme o art. 655-A do CPC, com a redação da Lei 11.382/2006.

2. A decisão de 1º grau foi mantida pelo aresto impugnado. Assim, tanto ela como o acórdão recorrido devem ser reformados para adequação às novas regras processuais.

3. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1080493 / MG, Rel. HERMAN BENJAMIN, DJe 06/05/2009).

Destarte, hodiernamente, no procedimento de execução fiscal a *penhora online* é admitida.

Além do mais, em virtude do caráter preferencial do dinheiro na ordem de bens penhoráveis, para o deferimento judicial da *penhora online* não mais se exige a comprovação de exaurimento infrutífero da busca de outros bens no patrimônio do executado.

1.3 OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Como exposto linhas atrás, a *penhora online* representa a concretização no plano infraconstitucional dos princípios da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional, estando prevista em lei sua utilização, bem como o procedimento a ser utilizado, respeitando-se, destarte, a garantia do executado ao devido processo legal em sua acepção processual (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

2 A COMPATIBILIZAÇÃO DA PENHORA ONLINE COM O DIREITO À INTIMIDADE DO EXECUTADO

2.1 INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE DO EXECUTADO

Em seu art. 5º, inciso X, a Constituição Federal prescreve que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das

pessoas, declarando, assim, a intimidade como direito fundamental do cidadão.

José Afonso da Silva cita a definição formulada por René Ariel Dotti, segundo a qual a intimidade corresponde à “*esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais*”. O eminente constitucionalista traz ainda o conceito extraído de Adriano de Cupis, que define a intimidade (*riservatezza*) como o modo de ser da pessoa consistente em deixar ao seu critério a exclusão do conhecimento de outrem daquelas informações que se refiram à sua pessoa⁶, acepção em que abrange a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência, o segredo profissional e os sigilos fiscal e bancário.

Assim, consoante ensina Alexandre de Moraes, acompanhando o entendimento de Celso Bastos, as informações bancárias do cidadão constituem a intimidade do mesmo, sendo assegurando ao cidadão evitar que outras pessoas tenham conhecimento acerca de quanto dinheiro recebe por mês, como gasta seus recursos e outras informações do gênero.

Em outras palavras, o cidadão tem o direito fundamental à inviolabilidade do seu sigilo bancário, pois a partir da análise de tais informações por outras pessoas (e aqui inclui-se o Estado) seria possível a devassa em sua intimidade.

Caracterizar-se-á a violação à intimidade do cidadão por meio da quebra de seu sigilo bancário toda vez que das informações pessoais de sua vida financeira, expostas a outrem sem seu consentimento, se puder extrair indícios que apontem para sua forma íntima de viver, ou seja, revelem aspectos de sua vida sobre os quais o cidadão tem o poder constitucional de evitar a intromissão e conhecimento de outras pessoas.

Exemplificativamente, pode ser configurada a quebra do sigilo fiscal do executado *se suas as informações financeiras revelarem de onde ele obtém recursos pecuniários*: imagine-se o constrangimento que poderia causar ao cidadão se outrem, analisando suas contas bancárias, deduz que o titular vive de doações ou é sustentado por terceira pessoa; *ou como destina seu dinheiro*, quando poderia ser indicado eventuais vícios e opção sexual do devedor (considere-se por exemplo a situação é que há várias indicações de pagamentos

6 SILVA, José Afonso de. *Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 1998. p. 210.

para empresa de *sex shop*, de produtos homossexuais, ou diversas transferências bancárias destinadas a pessoa condenada por tráfico de entorpecentes).

A questão que se coloca ao analisar a penhora *online* à luz do direito à intimidade do devedor é a de se definir se a medida judicial representa violação constitucionalmente vedada ao aludido direito fundamental.

Nesse ponto, tem-se que *a penhora online não viola o direito à intimidade do executado*, uma vez que *a mesma se restringe a possibilitar ao credor e ao magistrado a notícia sobre eventual depósito de dinheiro em instituição financeira e seu montante, limitada essa última informação ao valor do crédito*, circunstância que não se apresenta ofensiva ao referido direito constitucionalmente consagrado (que por sua vez, apenas seria desrespeitado caso se permitisse a terceiros a ciência das movimentações das contas do executado junto às instituições financeiras, como tais valores foram empregados ou quais foram seus beneficiados).

A forma de implementação da penhora *online* não possibilita àqueles que têm acesso às informações bancárias do executado inferir qualquer conclusão sobre a intimidade do devedor, pois a informação se limita a mencionar se o mesmo possui dinheiro ou aplicações financeiras junto a instituições bancárias e apenas isso. De tal informação, logicamente não se pode extrair o modo de viver do executado em sua intimidade, de maneira que não se configura qualquer ofensa ao seu direito à intimidade.

2.2 RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE DO EXECUTADO

A título de argumento, e considerando-se a natureza aberta da cláusula constitucional que declara o direito à intimidade, cujo conteúdo jurídico deve ser formatado pelo intérprete constitucional, convém afirmar que mesmo que se considere violado o direito à intimidade do executado, a penhora *online* ainda é juridicamente compatível com a Carta Constitucional brasileira, *por ser possível a relativização do referido direito fundamental*.

Assim, mesmo para aqueles que consideram que a penhora *online* representa restrição ao direito à intimidade do cidadão não se pode impingir à penhora eletrônica a pecha de inconstitucionalidade, uma

vez que ela representa a relativização de um direito fundamental do devedor em face do *direito fundamental do credor à tutela jurisdicional célere e efetiva*, lembrando-se que segundo nosso Direito Constitucional todos os direitos fundamentais possuem caráter relativo, encontrando nos demais direitos fundamentais consagrados na Carta Política seus limites de aplicação e de interpretação, conforme o *princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*.

Ainda, há que se considerar por outro lado a especial natureza tributária do crédito cobrado por meio do procedimento de execução fiscal, através do qual a Fazenda Pública busca resgatar tributos inadimplidos, os quais se recolhidos seriam destinados ao custeio dos serviços públicos em sentido amplo, de responsabilidade do Estado. Aliás, por tal finalidade dos tributos, a doutrina moderna refere-se ao dever de pagar tributos como um *dever fundamental do indivíduo*⁷ o que torna mais grave a conduta do devedor inadimplente dos mesmos, justificando e legitimando a relativização de seu direito à intimidade com a penhora *online* com fundamento no *princípio da indisponibilidade do interesse público*, concretizado nesse caso com a previsão normativa de instrumentos processuais adequados à satisfação da pretensão executiva do credor tributário.

Por fim, cumpre ressaltar que a execução fiscal serve como meio de corrigir distorções verificadas no mercado concorrencial, no qual aqueles agentes econômicos que se evadiram do recolhimento dos tributos devidos dispõem de privilégios antijurídicos no exercício de suas atividades econômicas, uma vez que têm seu custo operacional reduzido com a sonegação fiscal, gerando a concorrência desleal e violando os *princípios da ordem econômica* insculpidos no art. 170 do Constituição Federal.

Destarte, a previsão da penhora *online* como instrumento processual na execução fiscal não viola o direito à intimidade do executado, uma vez que somente a ordem judicial determina a pesquisa sobre a existência ou não de valores depositados ou aplicações financeiras em instituições bancárias.

Porém, mesmo que se entender que a penhora eletrônica relativize o direito à intimidade do devedor fiscal, sua previsão normativa e aplicação concreta é constitucional, eis que embasada

7 Conforme expõe Leandro Paulsen, em seu Curso de Direito Tributário, explicando a teoria formulada por José Casalta Nabais.

em outros valores igualmente consagrados em nossa Constituição, como o princípio da tutela jurisdicional célere e efetiva, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da livre concorrência.

3 CONCLUSÃO

A penhora *online* apresenta-se como mais um instrumento jurídico a disposição do exequente em execuções por quantia certa, consagrado no sistema processual pátrio a partir das reformas processuais recentes, as quais foram norteadas pelo princípio da satisfatividade do direito do credor.

Sua utilização na seara das execuções fiscais deve ser, com mais razão, aceita e difundida, haja vista os valores relevantes que estão em jogo, tais como a celeridade e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, a indisponibilidade do interesse, e por corolário, dos créditos públicos e o restabelecimento da isonomia concorrencial entre os diversos agentes econômicos, eis que por meio do procedimento de execução fiscal o Estado busca receber, na maioria das vezes, quantias devidas a título de tributos que foram inadimplidos, propiciando aos sonegadores uma situação de privilégio antijurídico frente aos seus concorrentes que pontualmente cumpriram com suas obrigações fiscais.

Destarte, deve se dar ao instituto da penhora *online* a interpretação que promova a maior aplicação possível dessa medida expropriatória, não condicionando sua realização à demonstração de insuficiência patrimonial do executado, tampouco deixando-o de utilizar por receio de pontuais problemas que possam vir a surgir em casos concretos específicos, como por exemplo na hipótese de bloqueio de quantia impenhorável ou de bloqueio simultâneo de duas ou mais contas bancárias, quando cada uma por si já é suficiente para satisfazer o crédito exequendo, ou eventual violação concreta à intimidade do executado que vai sofrer a pesquisa sobre os valores que possui depositados em instituições bancárias.

Tais situações podem e devem ser corrigidas pelo Poder Judiciário, da forma a se garantir a aplicação da penhora *online* consoante o princípio constitucional da razoabilidade, não se consubstanciando em justificativa plausível para a restrição na aplicação desse instrumento de efetividade do processo executivo. Nesse sentido é a previsão

normativa do § 2º do art. 655-A do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade de o executado demonstrar a impenhorabilidade dos valores bloqueados em sua conta bancária.

Ademais, como alertam Marinoni e Arenhart:

[...] o direito à penhora online é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Lembre-se [...] que o direito de ação ou o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva tem como corolário o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito material. Não há dúvida de que a penhora online é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente, argumentando-se, por exemplo, não ter o órgão judiciário como proceder a tal forma de penhora ou não possuir o juiz da causa senha imprescindível para tanto. Como é óbvio, qualquer uma destas desculpas constituirá violação do direito fundamental do exequente e falta de compromisso do Estado ao seu dever de prestar justiça de modo adequado e efetivo⁸.

Assim, reafirmando o exposto alhures, a penhora *online* é cabível na execução fiscal, e como concretização de outros princípios constitucionais não deve ser obstada em face de alegações genéricas de violação ao direito à intimidade dos executados.

REFERÊNCIAS

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

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: execução*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

_____. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

⁸ MARINONI; ARENHART, op.cit., p. 273-274.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.

SILVA, José Afonso de. *Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Teresa; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Breves comentários à 2.^a fase da reforma do Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

VADE MECUM. São Paulo: Saraiva. 2008.

INTERPRETAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Dalton Robert Tibúrcio
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Novos parâmetros hermenêuticos para um novo direito; 2 A função normativa das Agências Reguladoras com fundamento e limite na discricionariedade técnica; 3 A política regulatória; 4 Especificidades da interpretação dos atos normativos das Agências Reguladoras; 4.1 A relevância do elemento literal; 4.2 A ótica dos agentes administrativos e órgãos internos da própria Agência; 4.3 A ótica da Consultoria Jurídica; 4.4 A ótica do Judiciário; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho propõe reflexões sobre a interpretação dos atos normativos das Agências Reguladoras, a partir da fixação de algumas premissas hermenêuticas. Aborda-se, inicialmente, o caráter criador da interpretação e a ausência de neutralidade e objetividade do intérprete. Analisa-se, ainda, o conceito de discricionariedade técnica, fundamento e limite da função normativa das Agências, bem como a definição de política regulatória. A partir de tais pressupostos, busca-se identificar qual a postura do intérprete diante dos atos normativos das Agências Reguladoras. Propõe-se que o intérprete assumira uma postura cautelosa, baseada no elemento literal, a fim de evitar a usurpação da competência normativa ou a indevida invasão no campo da discricionariedade atribuída pela lei às Agências para a concretização dos standards regulatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Interpretação. Normas. Agências Reguladoras. Política Regulatória. Autocontenção.

ABSTRACT: This paper come up with reflections on the normative acts from Regulatory Agencies, based on some hermeneutical assumptions. At first, it is important to emphasize the creator's character of interpretation, plus neutrality and objectivity lack from interpreter. It also analyses the conception of technical discretion, basis and limit of normative function from Agencies, as well as definition of regulatory politic. Hereafter such assumptions, the main objective is to identify what is the interpreter's stance upon normative acts from Regulatory Agencies. The interpreter should have a cautiously posture, based on literal element, in order to prevent usurpation of legislative power or undue invasion on discretion area, granted by law to the Agencies to achieve the regulatory standards.

KEYWORDS: Interpretation. Standards. Regulatory Agencies. Regulatory Policy. Self Containment.

INTRODUÇÃO

A função normativa – em especial a adoção da tese da deslegalização¹ (retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei para o domínio do regulamento) - consiste no aspecto mais polêmico no estudo das Agências Reguladoras. BINENBOJM² chega a sustentar que “a deslegalização constituiria verdadeira *fraude* ao processo legislativo contemplado na Constituição”, concluindo que:

[...] o poder normativo das agências reguladoras só pode apresentar *natureza regulamentar infralegal*, sendo a técnica da deslegalização, à luz da sistemática constitucional em vigor no Brasil – considerada tanto sob a perspectiva formal, quanto sob a material -, imprestável para explicar e inaceitável para justificar o poder normativo de que investidas as agências reguladoras. (grifos do autor)

Moreira Neto³, por sua vez, defende a compatibilidade do instituto com o texto constitucional, uma vez que “a *deslegalização* pelo Congresso Nacional, através de lei, está autorizada no *caput* do art. 48 [da Constituição Federal], que lhe dá competência para ‘*dispor* sobre todas as matérias de competência da União’, com as exceções de exclusividade expressamente previstas.” Detalhando a compatibilidade da função normativa das Agências com o princípio da legalidade, prossegue Moreira Neto⁴:

Se, por um lado, a todos é livre *escolher* ofício, profissão, trabalho, ocupação etc., por outro lado, o seu *desempenho* em setores econômicos e sociais sensíveis, que apresentem riscos que possam comprometer o equilíbrio e a harmonia da sociedade, a Constituição pode fazer depender de *condicionantes*, legislados pelo Congresso Nacional, pelas assembleias legislativas estaduais e pelas câmaras municipais, conforme a competência atribuída a cada um deles.

É evidente que a satisfação dessas reservas só pode caber à *lei*, emanada desses corpos políticos, pois apenas eles têm *legitimidade*

1 Cf. MEDAUAR, Odete. *O direito Administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 250-252.

2 BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 283-285.

3 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 123.

4 *Ibid.*, p. 127-128.

para *disporem* tanto sobre *interesses públicos específicos* quanto sobre *direitos e obrigações* dos particulares.

Há, todavia, *duas distintas formas de satisfazer a reserva legal*, conforme o legislador opte ou pela *imposição direta de condutas*, predefinidas por ele próprio, ou pela *disposição indireta* apenas de *finalidades*, que deverão ser detalhadas por uma *fonte normativa derivada*, por via da deslegalização, o que corresponde, em consequência, a uma *disposição indireta*, por meio da *regulação* que vier a ser produzida pela fonte secundária legitimada.

Ora, as pessoas, quando optam por *desenvolverem atividades nos referidos setores sensíveis*, como tal caracterizados por lei em razão da existência de uma alta concentração de interesses gerais, submetem-se livremente à *ordem jurídica* que as rege, *entendida em sua integralidade*, tanto compreendendo *aqueles comandos dispostos imediatamente pelos legisladores*, como *os comandos elaborados pelos órgãos legitimados para dispor mediatamente sobre os setores que foram deslegalizados*, de modo que, em ambos os casos, *resta igualmente respeitada a reserva constitucional*. (grifo do autor)

A par do dissenso doutrinário quanto à sua natureza, é inegável a existência no ordenamento jurídico brasileiro desta nova fonte do direito: os atos normativos das Agências Reguladoras. E como toda norma, elas também exigem uma atividade hermenêutica por parte dos seus aplicadores – seja o agente administrativo, o advogado parecerista ou o juiz. Convém refletir sobre alguns aspectos da atividade de interpretação, bem como sobre determinadas características próprias do objeto a ser interpretado, a fim de se extrair conclusões norteadoras à compreensão e aplicação das normas das Agências.

1 NOVOS PARÂMETROS HERMENÊUTICOS PARA UM NOVO DIREITO

A hermenêutica tradicional define o ato de interpretar como a extração do significado contido na Lei. Confia-se no ideal de que a interpretação se dá sobre um conceito preexistente: o objeto da interpretação é *declarado* pelo intérprete. Assim, para Maximiliano⁵, interpretar consiste em:

explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado;

5 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 7.

mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

O conceito de interpretação como a revelação de uma vontade pretérita (da lei) contém uma confessada opção política – de prevalência do Legislativo sobre o Judiciário na criação do direito – e uma sutil proposta filosófica: a pretensa neutralidade do intérprete.

Ocorre que não é simples a distinção entre a atividade do aplicador da lei e a do legislador, uma vez que o ato de interpretar é uma etapa da própria criação do direito. Kelsen⁶ sustenta, inclusive, que “a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria o Direito.” Interpretar é concluir a tarefa do legislador, fixando os exatos contornos fáticos da norma, como se verifica em Coelho⁷:

[...]Rigorosamente, e com maior *profundidade*, pode-se dizer que as situações da vida são *constitutivas* do significado das regras de direito, porque o sentido e o alcance dos enunciados normativos só se revelam em plenitude no momento da sua aplicação aos casos concretos.

Por isso é que juristas como Pérez Luño chegam a dizer que a norma jurídica não é o pressuposto, mas o *resultado* da interpretação, enquanto outros asseveram – como o faz, com frequência, Miguel Reale – que o Direito é a *norma* e também a *situação normada* e que a *norma é a sua interpretação*, uma afirmação que, de resto, é comprovada pelo fato, não contestado sequer pelos críticos da criatividade hermenêutica, de que o direito, em sua concreta existência, é aquele “declarado” pelos juízes e tribunais, e que sem o problema suscitado, *a partir do intérprete* as normas jurídicas permanecem genéricas e estáticas, à espera de que ocorram as suas hipóteses de incidência, situações de fato que, também elas, estão sujeitas a juízos de constatação hermenêutica pelas instâncias a tanto legitimadas. (grifos do autor)

No entanto, o intérprete não é absolutamente livre para fixar o conteúdo da norma interpretada (com a ressalva do entendimento dos adeptos do voluntarismo amorfo da Escola do Direito Livre, que defendem

6 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 394.

7 COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 63-64.

a livre criação normativa por parte do juiz⁸). Os limites do intérprete serão ditados pelo próprio texto interpretado. Nesse aspecto, entende-se que a interpretação literal, início da atividade hermenêutica, atua igualmente como limite da interpretação, conforme ressaltado por Torres⁹:

O método literal, gramatical ou lógico é apenas o *início* do processo interpretativo, que deve partir do texto. Tem por objetivo compatibilizar a letra com o espírito da lei. Depende, por isso mesmo, das próprias concepções da lingüística acerca da adequação entre pensamento e linguagem.

A interpretação literal, em outro sentido, significa um *limite* para a atividade do intérprete. Tendo por início o texto da norma, encontra o seu limite no sentido possível daquela expressão lingüística. É a fórmula brilhante de K. Larenz, antes referida, para quem a interpretação literal é a compreensão do sentido possível das palavras (*mögliche Wortsinn*), servindo este sentido de limite da própria interpretação, eis que além dele é que se iniciam a integração e a complementação do direito. (grifo do autor)

Por outro lado, se entende modernamente que a interpretação não é um processo neutro. A suposta *neutralidade científica* da lei (ou de qualquer ato normativo), a garantir as respostas a todas as questões fáticas a ela subsumidas - por meio de um mero juízo de dedução, no qual a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso -, desconsidera as motivações do intérprete e o contexto social da interpretação.

A discussão quanto à natureza da interpretação (se um ato de conhecimento ou um ato de vontade) foi desenvolvida por Kelsen – filósofo do direito apontado por Moreira Neto¹⁰ como a culminação do positivismo jurídico. Segundo Kelsen¹¹:

Se queremos caracterizar não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: *na aplicação do Direito por um*

8 Cf. BONAVIDES, 2009; BOBBIO, 2008.

9 TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 131.

10 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 154.

11 KELSEN, op. cit., p. 394.

órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda. (grifo nosso)

Sendo a interpretação um ato de vontade¹², no qual o aplicar do Direito decide por uma das diversas possibilidades interpretativas (nos limites da moldura normativa na qual deve se manter o ato jurídico a pôr, ressalva Kelsen), não se pode esquecer que sequer a vontade humana é absolutamente livre. Barroso¹³, analisando os profundos abalos provocados nas convicções e na autoestima do homem pelas teorias desenvolvidas por Marx (o materialismo histórico) e Freud (a descoberta do inconsciente), relativiza o papel do racionalismo na compreensão do mundo, admitindo que “a razão divide o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros fatores: a ideologia e o inconsciente”. Dessa forma, prossegue Barroso¹⁴, constata-se uma impossibilidade da plena neutralidade e objetividade do intérprete:

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das ciências humanas e, especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A *neutralidade*, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha a percepção da sua postura ideológica (auto-crítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (auto-conhecimento). E, assim, sua atuação não consistirá na manutenção inconsciente

12 As implicações de se compreender a interpretação como um ato de vontade são um amplo campo de debate na pós-modernidade. A discricionariedade do intérprete, v. g., é um dos alvos do ataque de DWORKIN ao positivismo de HART. O presente trabalho pretende ressaltar apenas a inegável constatação de que o intérprete exerce sempre um juízo de valor, em algum grau influenciado por suas próprias convicções. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 50-63. HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 351-356.

13 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional, Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8-9.

14 BARROSO, 2003, p. 10.

da distribuição de poder e riquezas na sociedade, nem na projeção narcísica de seus desejos ocultos, complexos e culpas.

A *objetividade* se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à *interpretação*. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível no Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (grifo do autor)

A ausência de neutralidade do intérprete e a variação do contexto social em que a interpretação é efetuada explicam porque uma mesma norma e um mesmo pressuposto fático podem resultar em distintas soluções hermenêuticas. No âmbito do Direito Constitucional esse fenômeno é muito evidente diante dos *processos informais* de reforma do texto constitucional acarretados pela interpretação evolutiva.

Interpretações colidentes surgem não apenas diante da evolução do contexto histórico e social. Não são raros os exemplos em que uma mesma questão jurídica encontra, no mesmo momento histórico, interpretações divergentes - e por vezes conflitantes - até mesmo pelas altas Cortes do Poder Judiciário. Veja-se, por exemplo, o caso da edição da súmula vinculante nº 5, do Supremo Tribunal Federal (*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*). Essa súmula vinculante foi editada após o julgamento pelo STF do RE 434.059/DF, que reformou Acórdão¹⁵ proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no MS 7078/DF. Note-se que esse MS 7078/DF foi utilizado como precedente para a edição do enunciado nº

15 Eis o teor do referido Acórdão (MS 7078/DF; DJ 09/12/2003):

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE ADVOGADO CONSTITUÍDO E DE DEFENSOR DATIVO.

1. A presença obrigatória de advogado constituído ou defensor dativo é elementar à essência mesma da garantia constitucional do direito à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, quer se trate de processo judicial ou administrativo, porque tem como sujeitos não apenas os litigantes, mas também os acusados em geral.

2. Ordem concedida.

343 da súmula do STJ (*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases de processo administrativo disciplinar.*). Assim, no julgamento *de um mesmo caso concreto* (mandado de segurança com pedido de anulação da demissão de uma servidora do INSS, sob a alegação de cerceamento de defesa no processo administrativo, por conta da ausência de apresentação de defesa técnica por advogado), o STJ e o STF firmaram precedente para a edição de súmulas inconciliáveis.

Os conflitos de interpretações são inerentes às ciências do espírito, entre as quais o direito se insere. No entanto, para garantir a segurança jurídica do aparato social, o ordenamento jurídico necessita de graus de certeza. Refutando essa assertiva, diriam os adeptos mais radicais da *concepção realista do direito* que “a certeza, um dos pilares dos ordenamentos jurídicos continentais, é um mito que deriva de uma espécie de aquiescência infantil diante do princípio da autoridade; um mito a ser desfeito para erigir sobre as suas ruínas o direito como criação contínua e imprevisível”¹⁶.

O mito da certeza (ou o pragmatismo da vida), no entanto, nos exige decisões. O impasse decorrente de interpretações divergentes não pode se perpetuar indefinidamente. Isso porque, como ressalta Coelho¹⁷, “todo ordenamento [...] é duplamente finito, porque não regride sem parar, nem progride indefinidamente. Num extremo, a *norma fundamental*, no outro a *coisa julgada*, a fecharem o sistema, por necessidade lógica e mesmo axiológica.”

Diante das dificuldades próprias da atividade hermenêutica, a segurança jurídica necessária à ordenação social é obtida por meio da atribuição de competência a um órgão (em regra, tarefa confiada à Corte Suprema do Poder Judiciário) para fixar a interpretação final da norma. Essa última palavra, portanto, é antes de qualquer coisa um ato de autoridade. No entanto, em um Estado Democrático de Direito, não basta que a decisão seja tomada pelo órgão competente. Será preciso que essa decisão final tenha por fundamento argumentos aceitáveis pelos membros da comunidade. Por isso se diz que o Juiz, ao decidir um caso concreto – interpretando, aplicando e, por consequência, criando o direito – deve também convencer. Deve-se ter em mente - conforme ressalta Aarnio¹⁸ -, que “no âmbito do Direito, o intérprete não

16 FRANK, Jerome *apud* BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 46.

17 COELHO, op. cit, p. 134.

18 AARNIO, Aulis *apud* Coelho, op. cit p. 122.

pode pretender um resultado que só a ele satisfaça, até porque a interpretação jurídica é essencialmente um fenômeno social e, assim, deve alcançar um nível de aceitabilidade geral”.

2 A FUNÇÃO NORMATIVA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS COM FUNDAMENTO E LIMITE NA DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

A atribuição de uma função normativa às Agências Reguladoras, pelo fenômeno da deslegalização, tem por fundamento a necessidade de predomínio, em determinadas áreas, de *escolhas técnicas* sobre as escolhas políticas. Moreira Neto¹⁹ expõe acerca do tema:

O êxito alcançado pelas *entidades reguladoras* em todo mundo e que justifica sua adoção no ordenamento jurídico brasileiro, não se deve apenas à opção pela *descentralização*, mas, e principalmente, pela outorga de *competência normativa* sobre o setor que administram.

Com efeito, essa *competência normativa* atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que conformam a arena de ação dos parlamentos, e que depois se prolongam nas *escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas*, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da administração indireta.

Como, em princípio, não se fazia a necessária e nítida diferença entre as matérias que exigem escolhas político-administrativas e as matérias em que devam prevalecer as escolhas técnicas, as competências legislativas dos parlamentos, que tradicionalmente sempre lhes foi privativa, na linha do postulado da separação dos Poderes, se exerceu, de início, integral e indiferentemente sobre ambas. Somente com a distinção, até mesmo para evitar que decisões técnicas ficassem cristalizadas em lei e se tornassem rapidamente obsoletas, é que se desenvolveu a solução das *delegações legislativas*.
(grifo do autor)

A discricionariedade técnica consiste não só no *fundamento* como também no *limite* substancial para o controle da função normativa das Agências Reguladoras. Isso porque “o conteúdo válido das normas

19 NETO, 2007, p. 214.

baixadas pelas agências reguladoras está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discricção dos respectivos agentes técnicos”²⁰.

É verdade que o termo *discricionariedade técnica* revela um paradoxo, uma vez que não há verdadeiro juízo de oportunidade e conveniência se a escolha é ditada pela aplicação da técnica científica. Giannini²¹ vislumbra que as regras técnicas são “vinculantes não só da melhor como, e por tantas vezes, da única escolha possível, no âmbito da discricionariedade administrativa”. Assim, conforme ressalta Moncada²², a discricionariedade técnica no Direito Público da Economia resulta do “alto grau de tecnicização e especialização das suas normas, sempre variáveis segundo a conjuntura sócio-econômica diante da qual são prospectivadas”. Inegável, no entanto, que a própria técnica legislativa para a deslegalização com base em *standards*, dentro dos quais o órgão delegado desempenhará larga margem de escolha, evidencia o fato de que a função normativa das Agências representa o exercício de uma discricionariedade, muito embora de conteúdo técnico-científico. Sobre o tema, dispõe Aragão²³:

As leis instituidoras das agências reguladoras integram, destarte, a categoria de leis-quadros (*lois-cadre*) ou standartizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas.

Podemos ver, com efeito, que, apesar da maior ou menor magnitude de poder normativo legalmente outorgado nas suas esferas de atuação, todas as agências reguladoras – umas mais e outras menos – possuem competências normativas calcadas em *standards*, ou seja, em palavras dotadas de baixa densidade normativa, às vezes meramente habilitadoras, devendo exercer estas competências na busca da realização das finalidade públicas – também genéricas – fixadas nas suas respectivas leis.

As leis com estas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais,

20 NETO, 2007, p. 222.

21 GIANNINI, Massimo Severo. *apud* NETO, 2007, op. cit., p. 221.

22 MONCADA, Luis S. Cabral de. *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 85.

23 ARAGÃO, op. cit., p. 408-409.

políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, suprimento do mercado interno, boas práticas da indústria, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, *confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador*, dentro dos quadros por ele estabelecidos. O objetivo das leis assim formuladas é ‘introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa’.

[...]

Observa Silvano Labriola que, não consistindo a regulação numa disciplina destinada a conformar a atividade privada, mas a ditar as regras e condições gerais do seu desenvolvimento, a relação entre a lei e as normas das autoridades independentes é tão atípica, que faz com que se questione se estas estão realmente subordinadas àquela. ‘*O Legislador, de fato, se limita a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pela autoridade [...]. A autoridade independente possui uma discricionariedade consideravelmente ampla conferida pela lei para preencher os espaços por ela deixados e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A normatização da autoridade teria nesta hipótese, de fato, força primária.*’ (grifo nosso)

Importante destacar, ainda, que o exercício da função normativa das Agências deve atender a requisitos legitimadores, assim como se dá, ainda que em grau distinto, com a função legislativa do Parlamento. Em outras palavras: a função normativa da Agência também deve seguir um devido processo legal (formal e material) para o seu regular exercício, no qual se destaca a existência de *competência* para a edição da norma. Conforme ressaltado por Cuéllar²⁴, “a expedição de regulamento deve sempre ser fundamentada, apresentando motivação pública de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Ainda que geral e abstrato, o regulamento é ato administrativo – e como tal deve ser emanado.”

3 A POLÍTICA REGULATÓRIA

A função normativa exercida pela Agência não deve ser compreendida como uma atividade automaticamente ditada pela técnica-científica. Ainda que orientado por razões técnicas, é inegável que o agente regulador, ao editar uma norma, pratica verdadeiro *ato de*

24 CUÉLLAR, Leila. *apud* ARAGÃO, op. cit, p. 440.

vontade. Binenbojm²⁵ destaca que “o dever de fundamentação técnica das decisões não inibe que *conteúdos volitivos* possam sempre existir na atividade regulatória”. A discricionariedade a ser exercida, no mais das vezes, resultará na ponderação de valores a serem articulados, conforme destaca Aragão²⁶:

Vimos que a lei comete às agências reguladoras a cura de uma série de interesse, públicos e privados, assim como a persecução de uma série de finalidades [...]. Naturalmente que na cura destes interesses e na busca da realização destas finalidades, as agências reguladoras – e a Administração Pública em geral – revestem-se de um largo poder discricionário.

Além da baixa densidade semântica com que a lei coloca estes interesses e finalidades, em muitas situações concretas eles entram em contradição.

Isso faz com que [...] cada vez mais se encara o exercício da discricionariedade pela Administração Pública – e *a fortiori* pelas agências reguladoras – como o exercício de uma profícua ponderação entre os diversos interesses públicos e privados envolvidos, buscando, dentro de metodologia própria, [...] realizar a maior efetividade possível de todos eles (“mandados de otimização”), alcançando, se possível, o consenso, até porque, entre as competências das agências reguladoras, encontra-se a de compor conflitos [...].

Assim, a função normativa das Agências, fundada e limitada pela discricionariedade técnica, também resulta de opções (ponderações de valores) feitas pelo órgão regulador. Nesse sentido, pode-se entender que há uma *política regulatória* (que não se confunde com a política partidária, própria do debate parlamentar) que rege a edição das normas das Agências.

De fato, cabe às Agências executar políticas públicas setoriais, por meio da persecução de finalidades públicas, conceitualmente fixadas com alto grau de abertura. Por sua vez, a regulação desenvolvida pelas Agências é norteadas pelo princípio da individualização e da concretude, sintetizados por Aragão²⁷ na constatação de que “se a regulação visa a modificar (melhorar) a realidade social, deve, com base e em cumprimento a princípios

25 BINENBOJM, op. cit., p. 290.

26 ARAGÃO, op. cit., p. 434.

27 ARAGÃO, op. cit., p. 107.

gerais que regem estas modificações, ter em conta as situações reais, concretas, sobre as quais deve atuar”. Assim, a própria execução da política pública (fixada pelas leis e pela Administração central) resulta na definição da política regulatória. Por isso, Aragão²⁸ expõe que “em face do Princípio da Retroalimentação da Regulação, não há como se sustentar que todos os aspectos políticos dos setores regulados ficaram retidos na Administração central, cabendo às agências reguladoras apenas a sua execução autômata e técnico-burocrática”. Há sempre um espaço volitivo a ser exercido pela Agência, o qual terá, em sentido amplo, um caráter político.

4 ESPECIFICIDADES DA INTERPRETAÇÃO DOS ATOS NORMATIVOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O intérprete não é neutro e o resultado de sua atividade será sempre um ato de vontade: uma escolha dentre as possibilidades interpretativas ditadas pelo texto. Por sua vez, a edição de um ato normativo pela Agência resulta também de uma escolha, um juízo volitivo, de ponderação de interesses, com fundamento e limite na discricionariedade técnica, que definirá uma política regulatória. Tais premissas servem de orientação hermenêutica para a interpretação dos atos normativos das Agências, como se passa a analisar.

5.1 A RELEVÂNCIA DO ELEMENTO LITERAL

Diante dos atos normativos das Agências convém adotar uma maior ressalva quanto a uma *hermenêutica criativa*. Sem negar que o ato de interpretar se constitui em uma etapa da própria criação do direito, conforme já dito, deve-se evitar a interpretação que, em seu resultado, acabe por inovar em relação às possibilidades do texto da norma interpretada (esse é o sentido da expressão *hermenêutica criativa* aqui utilizada). Não se pode menosprezar o fato de que a Agência é dotada de função normativa que deve ser exercida dentro dos limites da deslegalização e na forma prevista em lei.

Vale ressaltar: a interpretação gramatical (que se entende como um dos métodos ou elementos clássicos de interpretação, ao lado do método histórico, sistemático e teleológico) não se confunde com a interpretação restritiva (esta ligada ao resultado do processo interpretativo, ao lado da interpretação extensiva e da interpretação declarativa). Não se está defendendo que a interpretação das normas das Agências Reguladoras seja sempre restritiva, uma vez que a interpretação extensiva deve ser

28 Ibid., p. 363.

admitida sempre que “se situe dentro da possibilidade expressiva da letra da lei”, conforme expressão utilizada por Torres²⁹, ao tratar da interpretação literal no âmbito do Direito Tributário (CTN, art. 111).

É verdade que mesmo o elemento literal pode ser distorcido pelo intérprete ou utilizado para uma interpretação destituída de sentido. Convém ter em mente a advertência do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Galloti³⁰:

De todas, a interpretação literal é a pior. Foi por ela que Cléia, na *Chartreuse de Parme*, de Stendhal, havendo feito um voto a Nossa Senhora de que não mais veria seu amante Fabrício, passou a recebê-lo na mais absoluta escuridão, supondo que assim estaria cumprindo o compromisso.

Por isso, os demais métodos de interpretação serão legítimos quando utilizados pelo intérprete para buscar o correto alcance da norma. Porém, o texto da norma será sempre um limite insuperável, conforme destaca Barroso³¹:

[...] os conceitos e possibilidades semânticas do texto figuram como ponto de partida e como limite máximo da interpretação. O intérprete não pode ignorar ou torcer o sentido das palavras, sob pena de sobrepor a retórica à legitimidade democrática, à lógica e à segurança jurídica. A cor cinza compreende uma variedade de tonalidades entre o preto e o branco, mas não é vermelha nem amarela.

4.2 A ÓTICA DOS AGENTES ADMINISTRATIVOS E ÓRGÃOS INTERNOS DA PRÓPRIA AGÊNCIA

A interpretação literal (ou gramatical) assume um aspecto de maior relevo na rotineira tarefa dos agentes administrativos da Agência de interpretar e aplicar as normas regulatórias. O respeito aos limites determinados pelo texto das normas se impõe, a fim de que a atividade hermenêutica não resulte no exercício do poder normativo por órgão destituído de tal competência. E conforme já se disse, a função normativa deve seguir o devido processo legal (do qual a regra de competência é questão fundamental) para ser validamente desempenhada.

29 TORRES, op. cit., p. 132.

30 *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 127.

31 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291

Não se poderá exigir dos participantes do setor regulado obrigações não previstas nos normativos regulatórios, com base exclusivamente em uma interpretação dessas normas. Repita-se: o agente administrativo deve atentar para as limitações impostas pelo próprio texto das Resoluções ou outros atos normativos editados pela Agência. Havendo, porém, fundada dúvida quanto ao alcance dessas normas, não se deve exercer um juízo hermenêutico *criativo*, em usurpação da própria função normativa.

No âmbito do microssistema da Agência, a *última palavra* sobre os conflitos de interpretação dos normativos regulatórios caberá ao órgão máximo detentor da competência normativa sobre a matéria. Os questionamentos de interpretação devem ser solucionados pelo órgão colegiado da Agência, a fim de que aperfeiçoe, se for o caso, o normativo imperfeito – por violação ao dever de clareza das normas jurídicas – ou mesmo realize uma *interpretação autêntica* da norma plurívoca, editando uma *súmula normativa* sobre o assunto. A discricionariedade técnica, por meio da qual são concretizados os *standards* das leis delegantes, deve se manifestar em claras escolhas regulatórias, razão pela qual as dúvidas de interpretação devem ser resolvidas pelo órgão titular da competência normativa.

Não se trata de submeter ao colegiado da Agência, para referendo, todos os atos dos agentes administrativos que demandem interpretação dos normativos editados. Nem tampouco se defende que a Agência exerça legislação hipertrofiada, sintoma que comprometeria, inclusive, a própria efetividade de suas normas. Ordinariamente, os órgãos internos da Agência exercerão sua rotineira tarefa de interpretar e aplicar os atos regulatórios, com o cuidado de não usurpar a função normativa.

A questão, em última análise, é de competência: deve-se perquirir a quem compete fixar a interpretação dos atos normativos editados pela Agência Reguladora. Existindo pluralidade de definições possíveis, em matéria sujeita a escolhas regulatórias, deve-se privilegiar o conceito deliberado pelo órgão colegiado da Agência com competência legal para o exercício da função normativa.

4.3 A ÓTICA DA CONSULTORIA JURÍDICA

A Constituição da República atribui à Advocacia-Geral da União, por meio de seus membros, a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo federal (CF, art. 131). Por sua vez, compete

ao Advogado-Geral da União “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (LC nº 73/93, art. 4º, X). Não obstante, deve-se ter muito cuidado para que a atividade de consultoria não represente a substituição da política regulatória pela interpretação (sempre volitiva) do parecerista.

O parecerista atua sempre no esclarecimento do dado estritamente jurídico da questão posta na consulta, que agregado a outros dados da realidade (colhidos pelo Administrador), resultará na prática de um ato administrativo. Se o Agente Regulador necessitar da prévia manifestação dos órgãos de consultoria para a prática de um ato administrativo deve-se delimitar qual o dado jurídico estará sujeito à apreciação, pois a postura da consultoria variará de acordo com esse elemento. Assim:

- a) se a hipótese sob consulta demandar a interpretação da Constituição e das leis, ou mesmo de aspecto estritamente jurídico dos normativos da Agência, a consultoria atuará com liberdade para opinar sobre a melhor interpretação jurídica a ser empregada;
- b) no entanto, se a consulta diz respeito a elemento ligado à discricionariedade técnica, que expressa a própria política regulatória da Agência, não caberá ao parecerista opinar sobre o tema, até porque não lhe compete exercer a função regulatória.

Soares³², após recordar a origem do vocábulo *hermenêutica* (que remete ao deus-alado Hermes, mensageiro entre os deuses e os homens) pondera que o intérprete “atua verdadeiramente como um intermediário na relação estabelecida entre o autor de uma obra e a comunidade humana”. Quando um órgão da Agência suscita à consultoria dúvida relativa ao alcance de um ato normativo editado pela própria Agência está evidente a contradição: o autor solicita a outro sujeito a interpretação de sua própria obra. No entanto, revela-se inexorável que o ônus de esclarecer quais foram os dados técnicos que fundamentam e legitimam o exercício do poder normativo será sempre da própria Agência Reguladora.

32 SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação Constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 96.

4.4 A ÓTICA DO JUDICIÁRIO

Também no âmbito da interpretação dos atos normativos das Agências Reguladoras pelo Poder Judiciário será preciso atentar-se para a carga discricionária de tais normas. O juiz não poderá se substituir ao órgão regulador para definir as escolhas técnicas. Mais uma vez se percebe que uma *interpretação criativa* representaria uma grave invasão na discricionariedade atribuída pela lei às Agências para preencher os *standards* regulatórios.

A questão, no fundo, remete à problemática do controle pelo Judiciário sobre o exercício da discricionariedade técnica. Barroso³³, tratando da revisão judicial sobre a função decisória das Agências, mas com ponderações aplicáveis ao controle jurisdicional das Agências em geral, expõe:

O conhecimento convencional no sentido de não ser possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos tem cedido passo a algumas exceções qualitativamente importantes, geradas no âmbito do pós-positivismo e da normatividade dos princípios. Nesta nova realidade, destacam-se princípios com reflexos importantes no direito administrativo, dentre os quais o da razoabilidade, da moralidade e da eficiência. À luz desses novos elementos, já não é mais possível afirmar, de modo peremptório, que o mérito do ato administrativo não é passível de exame. Isso porque verificar se alguma coisa é, por exemplo, razoável – ou seja, se há adequação entre meio e fim, necessidade e proporcionalidade – constitui, evidentemente, um exame de mérito.

[...], no tocante às decisões das agências reguladoras, *a posição do Judiciário deve ser de relativa auto-contenção*, somente devendo invalidá-las quando não possam resistir aos testes constitucionalmente qualificados, como os de razoabilidade ou moralidade, já mencionados, ou outros, como os da isonomia e mesmo o da dignidade da pessoa humana. Notadamente *no que diz respeito a decisões informadas por critérios técnicos, deverá agir com parcimônia, sob pena de se cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.* (grifo nosso)

Essa postura de autocontenção por parte do Judiciário não significa, em absoluto, intangibilidade das escolhas regulatórias. Veja-se,

33 BARROSO, 2003, p. 299.

sobre o tema, a posição defendida por Aragão³⁴, que embora ressaltando o caráter excepcional das circunstâncias do caso concreto, admite um maior ativismo judicial no controle sobre as decisões regulatórias:

Malgrado a existência de respeitáveis opiniões no sentido da impossibilidade *tout court* de substituição judicial das decisões discricionárias da Administração Pública – cabendo ao poder judiciário apenas anular as decisões que chegam a violar o âmbito de apreciação deixado pela lei –, entendemos que em casos concretos nos quais os autos e a norma discricionária a ser aplicada ofereçam elementos suficientes para que seja cabível apenas uma solução razoável, o Poder Judiciário não deverá se furtar em aplicá-la. Noutras palavras, o Poder Judiciário só poderá suprir (em caso de omissão) ou substituir (no caso de anulação) o exercício da atividade discricionária da Administração Pública nos casos concretos em que existirem elementos objetivos suficientes para que, do conjunto dos dados normativos e fáticos disponíveis, se possa extrair uma – e apenas uma – solução legítima. (grifo do autor)

É inegável, porém, que a excepcionalidade acaba por confirmar a regra: o controle da discricionariedade técnica deve se contentar com o juízo do razoável. Essa é a posição proposta por Souto³⁵

Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o “juízo do tolerável”, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta). O juiz não pode dirimir dúvidas sobre as quais a ciência ou a técnica ainda não firmaram uma verdade universal (salvo se a técnica não foi bem utilizada – por insuficiência, erro de fato, incongruência). Deve, no entanto, analisar se há transparência e coerência lógica na motivação científica, técnica ou de experiência. *O controle das questões complexas deve ir até onde sejam possíveis os aspectos objetiváveis; no mais, deve se aceitar o juízo do razoável.* (grifo nosso)

O Juiz – assim como os demais intérpretes – não pode desconsiderar o alto grau de discricionariedade de conteúdo técnico-científico exercida pelas Agências Reguladoras por meio de sua função normativa. Por outro

34 ARAGÃO, op. cit. p. 353.

35 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 370-371.

lado, o magistrado deve estar consciente de que a sua pré-compreensão acerca do problema submetido à apreciação decorre da inarredável constatação de que “toda interpretação é produto de uma época, de uma conjuntura que abrange os fatos, as circunstâncias do intérprete e, evidentemente, o imaginário de cada um”³⁶. Portanto, interpretar uma norma com denso caráter técnico exige do hermenauta uma postura cautelosa, a fim de evitar um juízo invasivo da competência atribuída pela lei às Agências para definir as escolhas regulatórias. Isso não significa a impossibilidade do controle judicial sobre o exercício da discricionariedade técnica. No entanto, o juízo do razoável mostra-se com um limite aceitável desse controle, uma vez que a autocontenção judicial, na espécie, busca realizar o programa constitucional de repartição de competências.

5 CONCLUSÕES

Das reflexões desenvolvidas no presente trabalho verificou-se em relação ao ato de interpretar que: (i) a interpretação é parte da própria criação da norma; (ii) essa criação normativa pelo intérprete encontra limitações nas possibilidades do texto a ser interpretado; (iii) a razão não confere ao intérprete o atributo da neutralidade, podendo conduzi-lo, quanto muito, a desenvolver sua autocrítica e seu autoconhecimento (iv) os impasses decorrentes das múltiplas possibilidades hermenêuticas devem cessar pela escolha a ser feita pelo órgão com competência e legitimidade para estabelecer a última palavra sobre os conflitos de interpretação.

Por sua vez, demonstrou-se que (i) os atos normativos das Agências Reguladoras decorrem do exercício pelo órgão competente de discricionariedade, com conteúdo técnico-científico, para concretizar os *standards* veiculados nas leis delegantes; (ii) as escolhas regulatórias (política regulatória) resultam de juízos de ponderação dos valores setoriais a serem compatibilizados; (iii) a função normativa será legítima se exercida dentro de limites formais e materiais estabelecidos na Constituição e nas leis.

Com base em tais premissas, conclui-se que na interpretação dos atos normativos das Agências Reguladoras convém evitar um resultado inovador em relação às possibilidades dos textos interpretados, razão pela qual o elemento literal assume relevância como início e limite da atividade hermenêutica. A cautela do intérprete se justifica pela necessidade de respeito às competências estabelecidas pela lei e conferidas às Agências para definir a política regulatória, por meio do

36 BARROSO, 1999, p. 1.

exercício da discricionariedade técnico-científica. Em síntese: não se faz escolha regulatória por meio da interpretação.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. A interpretação Constitucional: uma abordagem filosófica. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). *Leituras Complementares de Direito Constitucional. – Controle de Constitucionalidade e Hermenêutica Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Torres, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PRÉ-SAL: O NOVO MARCO REGULATÓRIO DAS ATIVIDADES DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL

Daniel Almeida de Oliveira

Procurador Federal em atuação na ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. Doutorando em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Professor do Master Business in Petroleum – MBP/COPPE/UFRJ e do Clube do Petróleo

SUMÁRIO: Introdução; 1 Regimes de E&P; 2 Os Regimes de E&P no Mundo; 3 Marco Regulatório Atual; 4 Marco Regulatório Pré-sal ; 5 Os Projetos de lei encaminhados pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional; 5.1 PL 5.938/09 (Dispõe sobre o regime de partilha de produção no Pré-Sal e Áreas Estratégicas); 5.2 PL 5.939/09 (Autoriza a criação da Petro-Sal); 5.3 PL 5.940/09 (Cria o Fundo Social); 5.4 PL 5.941/09 (Autoriza a cessão onerosa de E&P, inclusive o produto da lavra, da União para a Petrobrás, e àquela subscrever ações desta); Referências.

RESUMO: O artigo pretende expor de forma simples, porém, em termos apropriados, os modelos regulatórios de E&P (exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural) existentes, o atual modelo regulatório brasileiro de E&P e o modelo proposto pelos quatro projetos de lei (PL) enviados pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional para as atividades na área do “Pré-sal”. Faz, ainda, considerações quanto aos principais aspectos dos projetos e seus pontos mais polêmicos do ponto de vista jurídico-constitucional.

ABSTRACT: This article intends show the E&P regulatory models (oil and gas exploration, development and production), the nowadays E&P regulatory model of Brazil and the proposed framework by the four law projects (PL) on the activities in the “Pré-sal” area sent by the Executive Branch to the National Congress. More than this, the article does considerations about the projects’ principal aspects and about its more polemics points, under a constitutional analysis.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Regulatório. Modelos Regulatórios. Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural. Pré-sal. Inconstitucionalidades.

KEYWORDS: Regulatory Law. Regulatories Frameworks. Oil and Gas Exploration and Production Activities. Pré-sal. Unconstitutionality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende expor de forma simples, porém, em termos apropriados, os modelos regulatórios de E&P (exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural) existentes, o atual modelo regulatório brasileiro de E&P e o modelo proposto pelos quatro projetos de lei (PL) enviados pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional para as atividades na área do “Pré-sal”. Expõe, ainda, considerações a respeito dos principais aspectos dos projetos e de seus pontos mais polêmicos, do ponto de vista jurídico-constitucional.

Far-se-á uma análise pormenorizada, mas sucinta, de cada um desses projetos de lei, apresentando, antes, os modelos de regime de E&P adotados no mundo, suas peculiaridades e quais países os adotam.

Os capítulos podem ser lidos de modo independente e em qualquer ordem, salvo o primeiro e o segundo capítulos, porque explicitam conceitos básicos.

Registre-se que este artigo manter-se-á válido mesmo após as votações pelo Congresso Nacional a respeito dos aludidos projetos de lei. Primeiro, porque fornece elementos fundamentais, ou básicos, para fazer uma reflexão crítica sobre o assunto. Segundo, porque o Congresso Nacional dificilmente alterará os PLs de modo substancial, dadas as peculiaridades do caso.

1 REGIMES DE E&P

Um Regime (Jurídico) de E&P é o conjunto de normas (regras, princípios, diretrizes etc.) que regem as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural num determinado local ou Estado.

A indústria do petróleo é considerada por muitos a maior indústria do mundo, daí a importância dos regimes jurídicos que regem o setor.

As atividades de E&P são bastante complexas e caras. Têm-se em geral duas fases: a de exploração e a de produção – as atividades (ou etapa) de desenvolvimento geralmente integram uma ou outra, no Brasil integra a fase de produção (Art. 24, Lei 9.478/97).

A *fase de exploração* é aquela em que se pesquisa a existência ou não de óleo/gás numa determinada área. O risco é muito grande quando a área não é bem conhecida, como ocorre, ou ocorria, na maior parte do Brasil. Por isso era comum ouvir-se que “Deve-se estender um tapete vermelho quando uma petrolífera estrangeira pretende explorar petróleo no seu país”. O custo é muito alto, dados os investimentos necessários especialmente em levantamentos sísmicos, sua interpretação e perfuração; além do fato de o lucro da petrolífera em caso de êxito poder ser dimensionado/restringido pelo Estado, por meio das participações governamentais e tributação. A fase de exploração, tal como a de produção, tem prazo estabelecido, geralmente, em contrato. Advindo o termo final, sem que haja descoberta, a petrolífera deve devolver ao Estado a área sobre a qual desenvolveu a exploração.¹ Note-se que também neste caso o Estado obtém ganho: todas as informações sobre o subsolo (dados geológicos) obtidas pela empresa são repassadas ao Estado, o que faz com que a área venha a ter um valor muito maior do que valia no início da sua exploração.

A *fase de produção* inicia-se quando a petrolífera declara a comercialidade do reservatório de óleo/gás encontrado, ou seja, foi encontrado óleo/gás e concluiu-se que a prospecção deles é rentável. Assim, a fase de produção é aquela em que se prepara para a prospecção do óleo/gás descoberto e em que estes são prospectados. Essa fase também tem prazo certo e determinado fixado em contrato que, findo, exige a devolução da área sob operação ao Estado. Este prazo varia bastante de país para país. No Brasil, atualmente, ele é de 27 anos, podendo ser reduzido ou prorrogado na forma hoje vigente do contrato de concessão (Cláusula 8.1 do atual modelo de contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural da ANP).

No mundo são utilizados basicamente 4 (quatro) modelos de regime de atividades de E&P: a *concessão (license)*, *acordo de participação*, *partilha de produção* e o *acordo de serviço* (prestação de serviço). Não existe utilização pura de um modelo, e costumam ter grande distinção de país para país. Ou seja, a concessão de um país pode ter características bastante diferentes da concessão de outro. A distinção entre os modelos é feita com a identificação de características chaves de cada um deles. Antes de se dizer qual é o modelo adotado por um determinado país é preciso que se esclareça qual é a característica que se considera marcante para, somente depois, chamar o modelo de concessão, de acordo de participação, de partilha de produção ou de acordo de serviço.

1 A área é concedida às petrolíferas sobre diferentes regras, como se verá ao longo deste tópico.

Não há concordância entre os estudiosos sobre as características essenciais de cada modelo, sendo comum o mesmo regime de E&P ser classificado de maneira diversa pelos autores. Não é recomendável, portanto, ater-se apenas à classificação feita, deve-se também ver quais as características essenciais do regime de E&P analisado.

Pode-se dizer que um regime de E&P é de “Concessão” – em inglês “License”, que não se confunde com a nossa licença – quando confere a petrolíferas o direito de exercer as atividades de exploração e produção sob uma determinada área ofertada pelo Estado, por um tempo determinado, sob seu próprio risco e, em caso de êxito, o óleo e o gás extraídos são de sua propriedade, bastando que paguem *compensação financeira* ao Estado.²

Costuma-se classificar a concessão em Concessão Clássica ou em Concessão Moderna. Aquela foi a primeira a ser usada, em que as áreas concedidas e o prazo das concessões eram muito extensos, não raro todo o território do país e prazos de 60 (sessenta) anos, com royalties muito baixos, mercado praticamente dominado por 7 empresas privadas (The Seven Sisters)³. Já as Concessões Modernas têm áreas concedidas e prazo dos contratos bem menores, pagamento de royalties bem mais altos, estando a maior parte da produção de petróleo, hoje, nas mãos de estatais⁴.

O modelo “Acordo de Participação” geralmente é utilizado dentro de outro modelo de regime de E&P, de maneira que acaba sendo considerado apenas um instrumento – *v.g.*, um contrato de joint venture. Foi desenvolvido para substituir a Concessão Clássica e permitir a atuação de petrolíferas estrangeiras em países cuja legislação limitava ao Estado as atividades petrolíferas ou, ainda, para viabilizar a transferência de tecnologia e um controle maior do país anfitrião (*host country*) sobre as atividades de E&P. Os riscos da operação e os resultados

2 A Lei 9.478/99 (Lei do Petróleo) definiu o modelo de concessão adotado pelo Brasil no seu Art. 26.

3 As Sete Irmãs eram a Royal Dutch Shell (atualmente chamada simplesmente Shell), a Anglo-Persian Oil Company - APOC (mais tarde, British Petroleum Amoco, ou BP Amoco; Atualmente usa as iniciais BP), a Standard Oil of New Jersey – Exxon (que se fundiu com a Mobil, atualmente, ExxonMobil, Esso no Brasil), a Standard Oil of New York – Socony (mais tarde, Mobil, que se fundiu com a Exxon, formando a ExxonMobil), a Texaco (posteriormente fundiu-se com a Chevron), a Standard Oil of Califórnia - Socal (posteriormente formou a Chevron, que incorporou a Gulf Oil e posteriormente se fundiu com a Texaco) e a Gulf Oil (absorvida pela Chevron).

4 Saudi Aramco (Arábia Saudita), Adnoc (Abu Dhabi); Bapco (Bahrein); Petrobrás (Brasil); CNPC, CNOOC e Sinopec (China); EGPC (Egito), Gazprom e Rosneft (Rússia); KMG (Cazaquistão); KPC (Kuwait); Nioc (Irã); NOCL (Líbia); NNPC (Nigéria); ONGC (Índia); PDVSA (Venezuela); Pemex (México); Pertamina (Indonésia); Petronas (Malásia); Petrosa (África do Sul); QP (Quatar); SOC (Irão); Socar (Azerbaijão); Sonangol (Angola); Sonatrach (Argélia); Statoil (Noruega); e TPAO (Turquia).

são divididos entre a petrolífera estrangeira e o Estado, com o repasse da tecnologia empregada (*joint venture* ou *equitaty joint venture*).

A “Partilha de Produção” (“Production Sharing”) também é um modelo usado para substituir a *concessão*, pelos mesmos motivos expostos no parágrafo anterior. É um regime de E&P largamente utilizado por Estados em desenvolvimento e que detêm grandes reservas de petróleo e gás. É usado por aqueles que querem ter um maior controle sobre a produção, estocagem e venda do petróleo, visando relações internacionais e desenvolvimento econômico do país. Mas se deve notar que estes fins também podem ser atingidos pelo modelo de concessão, por meio de elevação/redução do imposto de exportação sobre o petróleo e seus derivados, por aprovação ou não pelo Estado dos planos de exploração e de produção de petróleo das petrolíferas concessionárias etc.

No modelo de partilha de produção uma empresa estatal ou um órgão público oferta área para que petrolífera explore sob mando de uma *comissão operacional conjunta* – nomeada pela estatal/órgão público e pela empresa exploradora. Nos países que operam com a partilha de produção, normalmente a maioria dos membros dessa comissão operacional é indicada pela estatal/órgão público. Daí ser um modelo indicado apenas quando o país detém pessoal bastante qualificado no setor, sob pena de não conseguir gerir as atividades e ser ludibriado pelas petrolíferas quanto a custos de produção e valores das jazidas de petróleo e gás. A produção é partilhada – daí o nome do modelo. O Estado fica com óleo/gás *in natura* e atua diretamente na exploração e produção de petróleo e gás, não havendo necessidade de intervenção regulatória forte no setor para fins de evitar efeitos maléficis em outras áreas econômicas e nas relações internacionais. A parte da produção que cabe ao Estado pode ser-lhe dada em dinheiro: a petrolífera pode ser autorizada a vender a parte do Estado ou a ficar com o óleo/gás e remunerar o Estado. Neste caso, verifica-se maior semelhança com o modelo de concessão – no qual a propriedade do óleo/gás prospectado é da petrolífera concessionária, que paga a compensação financeira ao Estado. Por fim, o modelo de partilha é recomendável para países que possuem baixa estabilidade institucional, que não possuem um sistema de leis sólido, principalmente quanto à tributação e a regulação de atividade petrolífera.

Quanto ao “Acordo de Serviço”, tem-se o Contrato Ordinário de Serviço, em que o Estado simplesmente contrata o serviço de uma petrolífera, assumindo todos os riscos da operação, bem como ficando com todo o óleo e gás em caso de êxito; e o Contrato de Serviço de

Risco (“Risk Service Contract”), em que a petrolífera é contratada mas opera sob seu próprio risco, só recebendo pagamento em caso de êxito (descoberta de óleo/gás). O pagamento neste caso, obviamente, é superior ao do outro tipo de contrato, e se dá em óleo/gás, em dinheiro ou em desconto para a compra do óleo produzido. Interessante notar que este modelo foi adotado pelo Brasil entre os anos 1975 a 1988, dividindo espaço com o modelo de monopólio de E&P, sendo os contratos firmados pela Petrobrás com outras petrolíferas.⁵

Os regimes de E&P podem ser resumidos da forma abaixo:

Concessão (ou “License”)	Acordo de Participação	Partilha de Produção	Acordo de Serviço
Empresas são responsáveis pela E&P, sob seu risco. Em caso de êxito, o óleo e gás são de sua propriedade. Pagam compensação financeira ao Estado.	Acordo de Participação na “venture” da Empresa estrangeira (similar ao “joint operating agreement”). A produção é dividida.	Estatal ou órgão público oferta área para que empresa explore, sob o mando de uma comissão operacional conjunta. Partilha-se a produção. Maior controle Estatal sobre as atividades de E&P.	No “Risk Service Contract”, o risco é da empresa. Caso haja descoberta, o óleo/gás é de propriedade do Estado e a empresa será paga em honorários, óleo/gás ou com desconto na compra desses produtos.
Tipos: <ul style="list-style-type: none"> • Concessão Clássica • Concessão Moderna 	Tipos: <ul style="list-style-type: none"> • “Equitaty joint venture” • Contrato de <i>Join Venture</i> 		Tipos: <ul style="list-style-type: none"> • Contrato Ordinário de Serviço • Contrato de Serviço de Risco (“Risk Service Contract”)

⁵ Foram assinados de, 1976 a 1988, 243 contratos de risco: 156 com 32 empresas estrangeiras e 87 com 11 empresas brasileiras. Nesse sentido, CUNHA, Tadeu Andrade da. O Contrato com cláusula de risco para exploração de petróleo no Brasil. In *Revista de Informação Legislativa*. Ano 32, n° 127, jul/set 1995. A justificativa para a apresentação do modelo misto, sem a quebra do monopólio da Petrobrás, foi feito pelo próprio presidente da República à época, Ernesto Geisel, que havia, antes, sido presidente da Petrobrás.

2 OS REGIMES DE E&P NO MUNDO

Como foi dito acima, não há consenso quanto às características de cada modelo de regime de E&P. Entretanto, com base no delineamento já feito, é possível divisar os países que utilizam cada um deles.

O regime de concessão é responsável por pelo menos a metade da produção mundial de petróleo e gás natural.⁶ É o mais seguro para as petrolíferas e preferido por elas.⁷ Geralmente a regulação do setor está amplamente fixada por lei e pouco fixada por contrato, ao contrário do regime de partilha de produção.

O Acordo de Participação e o regime de partilha de produção foram a saída encontrada contra o regime de concessão clássico. É o regime preferido de países não-desenvolvidos e com grandes reservatórios de petróleo e gás, haja vista conferir controle direto da atividade pelo Estado – uma das características marcantes deste modelo é o fato de o Estado ficar com todo ou parte do petróleo/gás produzido.⁸

O Acordo de Serviço na sua versão de risco somente é atrativo para as petrolíferas, e, portanto, viável, em países com baixo grau de risco exploratório, ou seja, em áreas com presença de petróleo/gás muito grande e/ou em que sua extração não é muito complexa e, conseqüentemente, não muito cara. Condições contratuais mais vantajosas podem compensar o fato de se ter um grau maior de risco exploratório e, assim, atraírem interessados.

6 Nesse sentido, SMITH, Ernest E. Typical World Petroleum Arrangements. Int'l Resources L. 9-1. Rocky Mtn. Min. L. Fdn. 1991.

7 Comparado dentro de um mesmo país. Não adianta ter um regime de concessão se houver grande instabilidade política, insegurança jurídica etc. Neste caso, qualquer outro regime é preferível desde que num país com maior estabilidade institucional e segurança jurídica.

8 Relembro, entretanto, que a legislação pode perfeitamente prever que a petrolífera repasse dinheiro ao Estado na proporção da produção, ao invés de óleo *in natura*, no que fica este modelo parecido com o regime de concessão. A distinção ficaria apenas por conta da liberdade, encontrado no modelo "concessão", de a petrolífera declarar ou não a comercialidade do reservatório e apresentar planos de exploração e de produção, estes, entretanto, sujeitos a aprovação estatal.

Os modelos de regime de E&P têm a seguinte distribuição no:⁹

1. Concessão (ou “License”)	2. Acordo de Participação	3. Partilha de Produção	4. Acordo de Serviço
<ul style="list-style-type: none"> • EUA, • Canadá, • Brasil, • África do Sul • Peru • Noruega • Argentina (também 4) • Colômbia (também 2 e 3) • Bolívia (também 3) • Argélia (também 3) • Nigéria (também 2 e 3) • Rússia (também 2 e 3) 	<p>Geralmente está atrelada a algum outro regime de E&P. Seu nome refere-se a um dos documentos nos quais se fixam as participações do país anfitrião no negócio do operador estrangeiro.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nigéria (também 1 e 3) • Turcomenistão (também 3) • Cazaquistão (também 3) • Rússia (também 1 e 3) 	<ul style="list-style-type: none"> • Irã (também 4) • Indonésia • Angola • Egito • Líbia • Malta • Timor Leste • Turcomenistão (também 2) • Cazaquistão (também 2) • Rússia (também 1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Venezuela • México • Irã (também 3) • Equador (mais parecido com o 3, na verdade)

3 MARCO REGULATÓRIO ATUAL

O marco regulatório (ou regime jurídico) atual de E&P no Brasil pode ser sintetizado da seguinte maneira:

- O monopólio das atividades de E&P é da União (Art. 177, caput, CRFB) – continua sendo monopólio da União. A chamada “quebra do monopólio” ocorreu em relação às empresas que poderiam desempenhar essas atividades pela União. Antes da Emenda Constitucional nº 9/1995, só a Petrobrás podia desempenhá-las; após, qualquer empresa, passando a ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás

⁹ Esse quadro serve apenas para se ter uma visão global. Como já dito, não há unanimidade quanto à classificação dos regimes de E&P. Mas procurou-se seguir um mesmo critério quando da elaboração do quadro.

Natural e Biocombustíveis (“órgão regulador”, § 1º do Art. 177, CRFB) a ser gestora deste monopólio da União.

- A propriedade do subsolo e de seus recursos minerais é da União.
- O regime de E&P é Contrato de Concessão (“License”).
- A propriedade do produto da lavra (óleo/gás prospectado) é do Concessionário (petrolífera que recebeu a concessão da exploração e produção de petróleo/gás da ANP).
- Contratado¹⁰ pode ser qualquer empresa – será o vencedor do processo licitatório promovido pela ANP, com o qual ela celebrará um Contrato de Concessão de bloco de petróleo e gás (Lei 9.478/97).
- A gestora dos Contratos pela União é a ANP.
- O risco exploratório (chances de não ocorrer descoberta de óleo/gás cuja prospecção seja viável economicamente) é alto. Ou seja, foi desenvolvido para um cenário de risco exploratório alto.
- Sua Legislação Básica:
 - Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo);
 - Decreto 2.455/98 – implanta a ANP;
 - Decreto 2.705/98 – define critérios para cálculo e cobrança das participações governamentais (exploração, desenvolvimento e produção);
 - Lei 7.990/89 – *compensação financeira* pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais;

¹⁰ No Brasil, inclusive na área de E&P, o *contratante* é sempre o Estado, ao contrário do que ocorre nos EUA e em regra na Europa. Em razão disso é comum textos de autores brasileiros sobre o tema petróleo conterem erro quanto ao conceito quando querem se referir à petrolífera – usam *contratante* quando deveriam usar *contratado*.

- Decreto 1/91 – regulamenta a Lei acima.
- As *participações/receitas governamentais* (em regra estão previstas no Edital), Art. 45 da Lei 9.478/97, são:
 - I bônus de assinatura
 - II royalty – sua cobrança é obrigatória: 10% (Art. 47, Lei 9.478/97), redutível a 5%;
 - III participação especial – distribuição na forma na lei (Art. 50, Lei 9.478/97), percentual previsto em Decreto, mas não no Edital e no Contrato;
 - IV pagamento pela ocupação ou retenção de área – sua cobrança é obrigatória.

4 MARCO REGULATÓRIO PRÉ-SAL

“Pré-sal” é toda a camada do subsolo que fica abaixo da camada de sal – não entrarei na distinção entre os termos “sub-sal” e “pré-sal”, em que este compreenderia as camadas depositadas antes da camada de sal (mais antigas, portanto) e aquele, todas as camadas abaixo da camada de sal, independente de serem mais antigas ou não. Portanto, trata-se de uma camada rochosa muito profunda e de difícil acesso. Mas o “Pré-sal” a que os PLs e o Governo Federal se referem quando propõem um novo modelo regulatório de E&P tem uma definição mais restrita: é uma determinada área do território brasileiro em que foi detectada a possibilidade de existência de grandes jazidas de petróleo e gás abaixo da camada de sal do subsolo. O Brasil, já há bastante tempo, prospecta petróleo localizado abaixo da camada de sal do subsolo. No entanto, estes campos produtores de petróleo não integram a mencionada área compreendida no conceito “Pré-sal” dos quatro PLs que propõem um novo marco regulatório de E&P, pelo simples fato de não se encaixarem nas coordenadas descritas no PL que trata do novo modelo e da área que chamou de “Pré-sal”.

Uma análise minimamente crítica do modelo proposto para a zona do Pré-sal será feita quando da análise dos projetos de lei respectivos. Neste tópico, expor-se-á uma visão geral, a fim de já possibilitar ao leitor ingressar na discussão do modelo proposto.

O marco regulatório (ou regime jurídico) proposto para as atividades de E&P na zona do Pré-sal no Brasil pode ser sintetizado da seguinte maneira:

O monopólio das atividades continuará com a União.

- A propriedade do Subsolo e de seus recursos minerais continua sendo da União.
- O regime de E&P será o de Contrato de Partilha de Produção.
- A propriedade do produto da lavra será da União, do Operador (responsável pelas atividades de E&P na área sob exploração/produção) e do Contratado, em regime de Consórcio. A produção será repartida entre eles.
- O Contratado poderá ser qualquer empresa que vença a licitação a ser promovida pela ANP, mas, Operador, a lei exige que seja só a Petrobrás.
- A gestora dos Contratos pela União será a Petro-Sal. A Petro-Sal (empresa pública federal a ser criada pela União após a aprovação de sua lei autorizativa) representará a União no Consórcio e na contratação de empresa para a venda de sua parcela da produção.
- O Órgão Regulador das atividades derivadas do Contrato de Partilha continuará sendo a ANP.
- Segundo estudos apresentados, o risco exploratório é baixo ou nulo, ou seja, a possibilidade de não se obter lucro com a atividade é baixíssima ou inexistente.
- Legislação Básica:
 - Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo com as alterações dos PLs).
 - PL 5.938/09 (Dispõe sobre o regime de partilha de produção no Pré-Sal e Áreas Estratégicas).
 - PL 5.939/09 (Autoriza a criação da Petro-Sal).

- PL 5.940/09 (Cria o FS).
- PL 5.941/09 (Autoriza a cessão onerosa da União para a Petrobrás de E&P e àquela a subscrever ações da Petrobrás).
- Decreto 2.455/98 – implanta a ANP.
- Decreto 2.705/98 – define o cálculo e a cobrança das participações governamentais (E&P).
- Lei 7.990/89 – compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou GN, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica, de recursos minerais.
- Decreto 1/91 – regulamenta a Lei acima.
- As *participações/receitas governamentais* (devem estar previstas no Edital), Art. 42 e 43, 49 e 50, PL 5.938/2009, serão:
 - I bônus de assinatura – sua previsão no contrato é obrigatória;
 - II royalties – sua previsão no contrato é obrigatória: sobre o “excedente em óleo”, até a aprovação de lei específica, aplica-se o Art. 49 e 50 L. 9.478/97, aos devidos pela União, e esta lei e a L. 7.990/89, aos devidos pelo Contratado;
 - III pagamento pela ocupação ou retenção de área – sua previsão no contrato é obrigatória.

5 OS PROJETOS DE LEI ENCAMINHADOS PELO PODER EXECUTIVO FEDERAL AO CONGRESSO NACIONAL

5.1 PL 5.938/09 (DISPÕE SOBRE O REGIME DE PARTILHA DE PRODUÇÃO NO PRÉ-SAL E ÁREAS ESTRATÉGICAS)

O Projeto de Lei (PL) pode ser condensado da forma seguinte.

O regime de E&P “partilha de produção” será obrigatório nas *áreas do Pré-sal* e em *áreas estratégicas*. A definição das áreas estratégicas será feita pelo CNPE – Conselho Nacional de Política Energética, o

MME – Ministério de Minas e Energia, e a Presidência da República. A “área do Pré-sal” já vem definida no PL.

Nos contratos de partilha, o Operador, obrigatoriamente, será sempre único: a Petrobrás, que terá no mínimo 30% de participação no consórcio de empresas que atuarem sobre o bloco de petróleo/gás. Este percentual foi retirado da própria experiência da ANP, que costuma exigir esta participação mínima da empresa que fica como operadora do contrato de concessão.

Neste ponto, alguns juristas apontam inconstitucionalidade no PL. Fazem alusão à Emenda Constitucional nº 9/1995, que alterou o § 1º e inseriu o § 2º, ambos do Art. 177, ou seja, fazem alusão à norma que eliminou a exclusividade na execução do monopólio da União sobre as atividades de E&P, de importação/exportação, de refino, de distribuição/transporte de petróleo e seus derivados, a qual teria a intenção justamente de abrir o mercado à disputa entre os agentes econômicos do setor, de permitir a livre concorrência entre as petrolíferas. Não teria base constitucional, portanto, uma lei ordinária que colocasse apenas uma empresa, ainda que estatal, como a única a poder operar as atividades de E&P. Também se costuma referir ao § 1º, caput e inciso II, do Art. 173, CF, *in verbis*:

Art. 173. [...].

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

[...]

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

Com base no dispositivo acima, alguns doutrinadores têm afirmado que a Petrobrás, enquanto sociedade de economia mista federal, não pode ter tratamento favorecido pela União, em detrimento das demais empresas do setor.

Esses argumentos, embora atraentes, podem ser rebatidos pelos argumentos abaixo.

A técnica da interpretação histórica é válida, mas não há dúvida de que a Constituição não pode ser marcada para sempre pela ideologia que lhe pretendeu modificar, no caso, a neoliberal. A menos que a emenda constitucional incutisse norma expressa nesse sentido. Além disso, a própria interpretação histórica feita em relação aos dispositivos mencionados não indica tal conclusão. Percebe-se, claramente, que a citada Emenda Constitucional 9/1995 não impede o retorno da exclusividade na execução das atividades relacionadas ao petróleo. E, se impedisse, seria uma má-técnica, haja vista que as constituições democráticas não devem servir a ideologias específicas, sob pena de sempre se verem alteradas e de nunca chegarem a ter o respeito e admiração da sociedade necessários para serem efetivadas. Veja-se o Art. 177, caput e incisos, bem como o seu § 1º original e aquele cuja redação foi modificada pela referida emenda constitucional, atualmente em vigor:

Art. 177. Constituem *monopólio da União*:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

[...];

§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 9, de 1995). (grifo nosso).

A Constituição permite à União contratar empresas para executar as atividades sob seu monopólio, na forma que determinar Lei Ordinária. Ou seja, a União pode, ainda hoje, exercer diretamente seu monopólio. Veja-se que a exigência de lei ordinária dá-se apenas para a hipótese em que a União pretender exercer seu monopólio indiretamente, quer dizer, contratar empresa, estatal ou não. A necessidade de um novo marco regulatório feito por meio de lei ordinária decorre do fato de já haver lei ordinária disciplinando o modo pelo qual a União poderá contratar petrolíferas, a Lei 9.478/97.

Tratando-se de um monopólio, a União pode, claramente, determinar que apenas uma empresa faça todas as atividades dele decorrentes, quanto mais dizer que apenas uma será operadora única. Não há que se falar do § 1º, caput e inciso II, do Art. 173, CF, porque não se está falando de favorecimento de uma estatal em detrimento de outras empresas que com ela disputam o mercado. Isto porque, pela redação do PL, não haverá disputa alguma no caso. A futura lei ordinária retirará a questão da operação das atividades de E&P, nas áreas do pré-sal e estratégicas, do mercado. Dito de outro modo, o Congresso Nacional— União, no poder que a Constituição lhe confere, dirá que a questão da escolha do operador já está de antemão resolvida por ele. Se se discorda que isso não seria o melhor, tecnicamente, politicamente, ideologicamente, trata-se de outro ponto, que, de toda forma, fica superado quando da aprovação da lei. Pelo motivo de o procedimento legislativo visar justamente colocar todos estes aspectos (político, técnico, ideológico etc.) na mesa e confrontá-los a fim de se chegar à melhor decisão/escolha para a sociedade-Estado.

Ainda há mais um argumento. A União pode indicar apenas uma empresa pública ou sociedade de economia mista (e esta é a natureza jurídica da Petrobrás) para prestar um serviço público, conforme o Art. 175 da CF. Não há discussão doutrinária aqui. Isso significa que a União, por meio de lei ordinária, pode reservar uma determinada atividade econômica, até então executada por várias empresas privadas, para ser desempenhada por apenas uma sociedade de economia mista/empresa pública, ao enxergá-la como e declará-la “serviço público”. O que dizer, então, na hipótese do monopólio? Em que a liberdade do seu detentor é muito maior, não precisando atender a uma série de princípios obrigatórios no caso de serviço público, como a universalidade do acesso, modicidade dos preços praticados etc.?

Os Custos e Investimentos serão suportados totalmente pelo Contratado/Operador (salvo a hipótese abaixo), chamados de *Grupo Empreiteiro* no Contrato de Partilha de Angola.

Quanto aos riscos, a União poderá assumir parcela, mas só quando participar dos investimentos em E&P – com recursos de “fundo específico criado por lei”.

A partilha da produção somente ocorrerá após o reembolso dos gastos (recuperáveis) feitos pelo contratado/operador, que será em petróleo *in natura*. Ou seja, havendo êxito na exploração do bloco, o contratado/operador será totalmente ressarcido dos gastos (*recuperáveis*) que teve com o próprio óleo/gás que prospectará. Os contratos de partilha em vigência no mundo deixam claro o que pode ser objeto de reembolso, quais gastos são despesas recuperáveis. Eles também fixam o máximo de reembolso que pode ocorrer por período/ano, de modo a permitir ao Estado obter a sua parte da produção mais rapidamente. Caso isso não fosse previsto, o Estado poderia levar anos, após o início da produção, para começar a obter receita.

O PL não prevê um limite/teto para o reembolso dos custos com as atividades de E&P. Mas confere ao futuro contrato de partilha o poder de prever tais limites (Art. 2º, incisos II e III). Desse modo, caberá ao futuro contrato de partilha definir quais despesas feitas pelo operador (empresa que atuará de fato na exploração e produção na área sob contrato de partilha) serão recuperáveis, ou seja, integrarão o conceito de “custo em óleo”, qual o valor máximo dessa recuperação numa periodicidade também a ser estabelecida, bem como o procedimento necessário para o reconhecimento e auditoria dessas despesas. Tais previsões são fundamentais, diante das dificuldades de se auditar os gastos do operador do bloco. Como visto, a União só começará a receber sua parte do petróleo/gás produzido após o contratado/operador ser reembolsado integralmente dos seus custos (*recuperáveis*) com a exploração e produção destes.

Ainda quanto ao tema, um dos motivos para fixar, de antemão, a Petrobrás – uma empresa sob seu controle – como a operadora de todas as áreas em relação às quais o contrato de partilha será firmado é justamente evitar manobras que insuflam seus custos. Ademais, foi prevista a criação de uma empresa (Petro-Sal) especificamente para auditar esses custos.

A partilha da produção (distribuição do óleo/gás produzido), portanto, somente ocorrerá após o ressarcimento integral do contratado/operador – dos *custos recuperáveis*.

Caso os custos venham a ser suportados, no caso de descobertas e no fim, totalmente pela União (petróleo e gás prospectados de seu subsolo), a parcela desta na distribuição da produção, a ser disciplinada no Edital e no Contrato de Partilha, deverá ser maior do que naqueles casos em que os custos são suportados equitativamente pelas partes envolvidas, ou seja, metade pelo Estado e outra metade pelo Contratado/Operador.

O MME e ANP poderão contratar a Petrobrás diretamente para avaliação do potencial das áreas (do Pré-sal e das áreas estratégicas). Isso é importante para calcular o bônus de assinatura ou valorizá-lo, bem como para verificar se determinada área deveria ser considerada “área estratégica”, de modo a permitir a contratação direta da Petrobrás para a partilha. Nota-se, neste caso, um potencial conflito de interesses.

Quem celebrará o contrato de partilha de produção será a União, por meio do MME. O Ministério apresentará os parâmetros técnicos e econômicos, a ser aceito pelo CNPE, que, por sua vez, os proporrá à Presidência da República, a qual caberá decidir.

Cumprе mencionar que a ANP, mesmo antes da aprovação do PL, iniciou o estudo sobre o modelo de contrato de partilha a ser assinado pelo MME. Como caberá à ANP fazer a licitação, entendo que a ela caberá definir o modelo de edital e de contrato que será adotado. Entretanto, como será o MME, pelo PL em análise, que o assinará, considero que tal ministério deve ser consultado antes da escolha pela ANP.

O Contratado (empresa que celebrará o contrato de partilha de produção com o MME) poderá ser: I. A Petrobrás, sem prévia licitação, quando o CNPE propor que assim seja, em razão de interesse nacional ou por entender ser isto importante para atingir objetivos da política energética – em ambas as situações, há que ser aprovada a contratação direta da Petrobrás pela Presidência da República, sendo que os parâmetros da contratação serão fixados pelo CNPE; ou II. O Consórcio da Petrobrás com a empresa vencedora da Licitação – a realização da licitação, na modalidade Leilão, continuará sendo atribuição da ANP.

O critério de escolha do vencedor da Licitação será a maior oferta de excedente em óleo para a União (Art. 18).

A gestão do contrato de partilha de produção será feita pela Petro-Sal. Note-se: enquanto não for implantada, todas as funções da Petro-Sal serão desempenhadas pela ANP. Embora seja importante ler todo o texto para se compreender bem o que será dito no trecho abaixo, considero já ser adequado fazer as seguintes considerações.

É neste ponto – em que o PL prevê que a ANP fará o papel da Petro-Sal enquanto esta não for implantada – que o próprio projeto de lei reconhece o fato de as atribuições da Petro-Sal, uma futura *empresa pública*, poderem ser exercidas pela ANP, que é uma *autarquia*. Decorre daí outro raciocínio: se o papel da Petro-Sal pode ser desempenhado por uma autarquia, é verdade que a Petro-Sal desempenhará atividade econômica? O PL relativo à Petro-Sal, recentemente aprovado na Câmara dos Deputados, diz que ela não poderá desempenhar atividade de E&P e que, nem mesmo a comercialização do óleo/gás, que ficará com a União, poderá fazer. Para tal, terá que contratar uma terceira empresa – muito provavelmente a Petrobrás, em virtude de o parágrafo único do Art. 44 do PL permitir a sua contratação direta (sem prévia licitação) para este fim.

Isso o próprio MME ou a ANP poderiam fazer sem ofensa à livre iniciativa ou qualquer outra norma. Ou seja, é possível virem a afirmar que a única atribuição da Petro-Sal, além daquela de representar a União no acordo de individualização de produção em certos casos, será auditar e fiscalizar as contas do operador (quem se responsabiliza pelas atividades de E&P no contrato) do Contrato de Partilha, tarefa esta que se poderia enquadrar no conceito de *regulação*. Consequentemente, ao contrário do comumente dito, a Petro-Sal não desempenharia atividade econômica, porque nem mesmo venderá o óleo/gás da União. Ou seja, em verdade, desempenharia atividade classificável como regulatória, cuja atribuição somente pode ser repassada a pessoa jurídica de direito público – que não é o caso da Petro-Sal, que será uma empresa pública.

Caso o raciocínio acima seja tido por correto, pode ser sustentada a inconstitucionalidade da Petro-Sal, ou ao menos dela como empresa pública. Isso porque a Constituição de 1988 adotou os conceitos do Decreto-lei 200/67, e este deixa claro quais funções pode empresa pública exercer. Posicionamento em sentido diverso, defensor da Petro-Sal, será visto mais abaixo.

Outro problema é que a Constituição fala em “(d)o órgão regulador” (inciso III, §2º do Art. 177). Assim, parece, sabiamente, não permitir mais de um órgão regulador para o setor – a fim de evitar

conflitos de competência infundáveis e desnecessários. Portanto, caso se conclua que, na realidade, a atuação da Petro-Sal é regulatória, seria possível concluir também que haveria inconstitucionalidade da Lei neste ponto, porque já há a ANP para este fim.

Por seu turno, a referida auditoria das contas é tarefa que deve ser desempenhada por experts, verificando-se na experiência internacional a contratação de firma contábil especializada, o que também poderia ser feito pelo MME (órgão) ou pela ANP (autarquia). Outra solução seria a formação de uma equipe de servidores públicos de excelência – que já há dentro da ANP, embora em número restrito se comparado ao universo exigido pelo Pré-sal, exercendo justamente esta função (para o cálculo das participações especiais relativas aos contratos de concessão).

As questões não param por aí. O PL ainda poderá ser questionado pelo seguinte: como se permitir que empregados – a Petro-Sal, como empresa pública, apenas pode contratar pelo regime da CLT – desempenhem atividade regulatória/poder de polícia (caso se enquadre sua gestão como sendo fiscalização da execução do contrato)? Há jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal – STF afirmando que apenas servidores públicos podem fazê-lo.

A conclusão pela desnecessidade da Petro-Sal pode ocorrer também pela simples leitura do projeto de lei que permite sua criação. Além da auditoria das contas do operador (a qual poderia ser feita por autarquia ou órgão da Administração Direta, com o auxílio de empresas contábeis especializadas ou com a formação de equipe de servidores públicos de excelência), a única função relevante da Petro-Sal seria indicar a metade dos membros, incluindo o presidente, do Comitê Operacional do consórcio do Contrato de Partilha. Esse, sim, poderia ser considerado o verdadeiro gestor do contrato de partilha, por conter representantes da União e dos contratados/demais consorciados, ao contrário do que afirma o PL 5.938/2009 – diz ser a Petro-Sal. Esta conclusão pode ser reforçada quando da leitura do Art. 48 do PL 5.938, explicitado abaixo.

Agora, exponho argumentos favoráveis à Petro-Sal. A questão constitucional acima suscitada poderia ser rebatida pela argumentação de que a Petro-Sal integrará o consórcio de empresas que atuará nas atividades de E&P. Desta forma, não exercerá fiscalização policial, mas sim fiscalização particular, ainda que em prol da União (interesse da coletividade). Seria gestora do interesse econômico, privado, da

União, função de Governo; enquanto que a ANP ficaria com a função reguladora, de Estado. Todavia, saliento, ainda haveria um contra-argumento a ser superado: o de que a Petro-Sal não poderá responder por riscos, custos e investimentos dentro do aludido consórcio, de modo que seria uma autarquia disfarçada de empresa. Ou seja, protege sim os interesses da União, sem correr risco de mercado, risco de empresa, tal qual toda autarquia federal.

A questão de se ter uma agência reguladora atuando no setor ou, ao invés, uma interferência direta da Administração Direta, e o fato do gigantesco poder que a Petrobrás já tem, e que aumentará em muito, devem ser enfrentados. Mas é preciso que se tenham os tópicos anteriores em vista, até para alcançar uma efetividade do modelo proposto.

Outra argumentação que podem suscitar contra a Petro-Sal é o fato de o PL, quando trata das atribuições dos entes estatais, pouco ou nunca menciona a Petro-Sal. Menciona com frequência a ANP e o Comitê Operacional, mas a Petro-Sal quase não tem outorga de atribuição e de responsabilidade. Interessante notar que, mesmo quando o PL dispõe sobre a competência da Petro-Sal de representar a União na individualização de produção, ele determina que a ANP forneça todos os dados necessários para a Petro-Sal fazê-lo. Como se trata de questão eminentemente técnica, embora muito complexa, pouco restará à Petro-Sal neste processo. O trabalho praticamente todo será da ANP. Ademais, caso a Petro-Sal não chegue a um acordo com os demais interessados na individualização, parece que caberá a ANP a decisão final, visto que o PL reza que ela mantém seu poder regulatório sobre o setor.

O fato de a Petro-Sal ser a gestora do Contrato de Partilha e, ao mesmo tempo, integrante do consórcio é apontado por muitos como um grande problema, bem como o porquê de a ANP estar impedida de desempenhar o papel da Petro-Sal, haja vista que seria *órgão regulador* e *agente econômico* ao mesmo tempo.

Trata-se de equívoco. Não obstante os demais argumentos desfavoráveis à Petro-Sal, este ponto não a macula, e, por outro lado, também não impede a defesa da tese de que a ANP deve substituir a Petro-Sal, ou seja, de que esta não precisa ser criada.

Quanto ao primeiro ponto, porque não há impedimento constitucional para que o gestor do contrato de partilha integre o consórcio gerado em razão do mesmo. O máximo que se poderia falar

é que não seria muito adequado. Se a lei (lei ordinária) autorizar isso, não haverá qualquer vício. Por outro lado, a atuação da Petro-Sal foi bastante delimitada no PL, não podendo ela nem mesmo desempenhar atividade econômica de E&P. Em razão disso, cai por terra qualquer argumento que coloque a pecha de inadequação, ilegalidade ou de inconstitucionalidade nesta previsão, não havendo que se falar nem mesmo em ofensa à juridicidade¹¹.

Quanto ao segundo ponto, porque, como foi dito acima, a Petro-Sal como gestora do Contrato acabará desempenhando a mesma função que teria a ANP se ficasse no seu lugar – não precisamos nem discutir se seria função regulatória ou atividade econômica, como defende o PL. Portanto, se o PL prevê que a Petro-Sal poderá (e deverá) fazer parte do Consórcio, não haveria o porquê de a ANP não poder. Reforça este argumento a verificação de que quem dará as ordens dentro do Consórcio, na verdade, será o Comitê Operacional, não a Petro-Sal (ou a ANP, se estivesse no seu lugar). Repita-se que isso fica muito evidente quando se lê no PL 5.938/2009 que a ANP fará o papel da Petro-Sal enquanto esta não for implantada:

Art. 48. Enquanto não for criada a empresa pública de que trata o parágrafo 1º do art. 8º, suas competências serão exercidas pela União, por intermédio da ANP [...].

Retomo a exposição do PL.

A ANP, com os contratos de partilha, manterá suas competências regulatórias, perdendo a Gestão dos Contratos no Pré-Sal e áreas estratégicas. Este ponto é importante. Caso o PL seja aprovado desta maneira, restará a árdua tarefa de tentar distinguir as atribuições da ANP e a da Petro-Sal. Isto porque quando foi dada à ANP a função reguladora do mercado de óleo/gás, dizia-se, com base na Lei 9.478/99¹², que ela seria a gestora do contrato de concessão de blocos. Agora, o PL diz que a Petro-Sal será a gestora do contrato de partilha de produção, mas, ao mesmo tempo, diz que a ANP manterá suas funções regulatórias.

11 Gaston Jéze (Los Principios Generales del Derecho Administrativo. Trad. Carlos G. Oviedo. Madrid: Editorial Reus. 1928) já proclamava: " [...]. Es innecesario repetir que si el Parlamento está por encima de la ley *no lo está del Derecho*, y, que la falta de sanción organizada, no anula su *obligación* de respetarlo; del mismo modo que la falta de sanción no exime al Tribunal de casación de la estricta aplicación de las leyes'. Una cosa es el poder de *derecho* y otra el poder de *hecho* del Parlamento." (grifo do autor).

12 Art. 8º, inciso IV da Lei 9.478/99: cabe à ANP "elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes *e fiscalizando a sua execução*".

Uma tentativa de delinear a atribuição de ambas pode ser feita com o uso dos conceitos de Estado e de Governo. A Petro-Sal seria o braço do Governo Federal; a ANP, o braço do Estado brasileiro. A Petro-Sal, empresa pública, teria sido projetada para ter uma visão privada, de negócio, objetivando o máximo de lucros – uma fiscalização das operações de E&P voltada para a maximização dos lucros da União. Já a ANP, autarquia, manteria a função estatal de regulação do setor, com visão de longo prazo, tratando da questão dos estoques de combustíveis, dos reservatórios, das questões ambientais, fiscalizando o atendimento das boas práticas da indústria do petróleo etc., inclusive com a aprovação dos planos desenvolvidos pelos contratados (operador e demais consorciados) do Pré-sal. A Petro-Sal seria, apenas, mais um agente econômico a ser fiscalizado pela ANP.

A ANP atuará no lugar da Petro-Sal enquanto esta não for implantada, como já dito. Esta previsão do PL confirma a convicção clara do Governo de que a ANP teria, sim, condições técnicas e jurídicas de desempenhar o papel que se está outorgando à Petro-Sal – e mesmo de cumular a função reguladora com a suposta “atividade econômica” a ser exercida pela Petro-Sal. A conclusão a que se poderia chegar é que se tratou de escolha política ou de escolha técnica possivelmente equivocada.

Escolha política porque a União poderia, sim, descentralizar/desconcentrar as competências no caso. Entendendo ser o melhor, ela poderia, por lei ordinária, tirar atribuições da ANP e concentrá-la em algum Ministério e/ou criar uma nova estatal de capital exclusivamente público, de modo que o braço econômico do Estado no setor do Petróleo não ficasse limitado à Petrobrás. A questão reside em saber qual seria a melhor maneira de fazê-lo e, qualquer que seja a solução encontrada, se isso seria realmente adequado.

Quanto ao possível equívoco técnico da escolha, explica-se. Levou-se mais de 10 (dez) anos para montar o corpo técnico da ANP, com alto grau de qualificação, aprovados em concurso público de prova e títulos, muitos advindos da Petrobrás e de outras grandes petrolíferas multinacionais. Muitos argumentam que seria despautério pretender montar uma nova equipe do zero para se administrar/regular o maior desafio, ao invés de se fazer o óbvio: aproveitar uma equipe que foi se formando e especializando com o tempo, já integrada e organizada, capaz, hoje, de exercer o desafio com zelo e aptidão, inclusive com razoável distanciamento da iniciativa privada, da onde muitos advieram.

Outro ponto de confusão pode estar no fato de se ter tentado tomar como base o modelo regulatório norueguês. Na Noruega, que também já tinha uma petrolífera de capital misto (parte do Estado, parte privado), montou-se uma empresa 100% (cem por cento) estatal para desempenhar papel semelhante ao da ANP hoje no Brasil. A Noruega não possuía um ente 100% estatal para gerir os seus contratos de E&P. Na mesma linha, dificilmente algum país no mundo, já tendo uma petrolífera de capital misto e após ter estabelecido um órgão regulador (tal qual a ANP), criou ou criaria ainda uma nova empresa totalmente estatal apenas para gerir contratos de E&P pelo Estado.

Enquanto não aprovada lei específica, os royalties serão pagos na forma dos Art. 49 e 50 da Lei 9.478/97, pela União, e na forma desta lei e da Lei 7.990/89, pelo Contratado.

A Câmara dos Deputados deve aprovar substitutivo já fixando nova forma de divisão dos royalties do Pré-sal, inclusive quanto aos contratos firmados anteriormente ao PL cujos blocos estejam nessa área.

Sempre será formado Consórcio – no mínimo contendo a Petrobrás e a Petro-Sal, esta representando os interesses da União no contrato de partilha.

A Petro-Sal, embora deva integrar o Consórcio, não pode responder por riscos, custos e investimentos (§2º, Art. 8º).

A Petro-Sal não poderá executar atividades de E&P, nem direta, nem indiretamente (Art. 2, § único).

Será criada a figura do “Comitê Operacional”. Este órgão poderá vir a ser considerado o verdadeiro gestor do contrato de Partilha, só que específico para cada Consórcio do Contrato de Partilha – haverá um comitê operacional para cada consórcio de contrato de partilha, com representantes da União (Petro-Sal) e dos demais contratados/consorciados. A Petro-Sal escolhe metade dos membros do comitê (inclusive o presidente); os outros consorciados, os demais. Sendo que o presidente do comitê tem poder de veto e voto de qualidade – caberá ao Contrato de Partilha disciplinar ambos. Impossível não notar que a União terá uma maioria confortável no comitê operacional. Isso em razão de já possuir o controle da Petrobrás, a qual também indicará membros para o supracitado comitê.

O Comitê Operacional submeter-se-á à regulação da ANP, mesmo após a implantação da Petro-Sal.

Todas as obrigações e contrapartidas serão previstas no Contrato – como já ocorre hoje no caso da concessão.

Caso empresa estrangeira vença a licitação, deverá constituir empresa no Brasil para poder ser concessionária, como também já ocorre hoje.

Quanto à Individualização da Produção (“unitização”) nas áreas do Pré-sal e áreas estratégicas, bem como nos casos em que a jazida se estender por área ainda não *concedida* ou não *partilhada* (obs.: expressões do PL), o PL dispõe que: (i) A Petro-Sal representará a União quando a jazida do Pré-sal ou estratégica se estender para área não concedida ou não partilhada, e (ii) A ANP representará a União quando a jazida *não* for do Pré-sal ou estratégica e se estender para área não concedida. Importa observar que o PL dispõe que os termos e condições da individualização da produção obrigarão o futuro *concessionário/contratado sob regime de partilha de produção*.

Verifica-se, de plano, a epopéia que será executar o processo acima quando a individualização envolver áreas sob regime de E&P diferente (uma sob regime de concessão e outra sob regime de partilha).

O Conteúdo Local mínimo – número mínimo de contratação de bens e serviços a ser feito pelas empresas contratadas no Brasil – é previsto expressamente no PL. Será proposto pelo MME ao CNPE, devendo ser aprovado pela Presidência da República.

A Participação Governamental devida nos casos de contrato de partilha serão: royalties e bônus de assinatura. O PL também prevê a obrigação de pagamento de *participação de terceiro* (proprietários da terra onde se localiza o bloco), caso o bloco localize-se em terra, de “até 1% do valor da produção de petróleo ou gás natural”.

Cabe mencionar ainda a polêmica acerca da constitucionalidade de o produto da lavra do petróleo e gás ficar na propriedade do Estado, em virtude da redação do Art. 176, caput, CF. Este dispositivo diz que a propriedade do produto da lavra das jazidas e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica fica garantida ao concessionário.

A polêmica não se sustenta, uma vez que se trata de questão simples, se verificados adequadamente os fatos e normas pertinentes.

O Art. 176, CF, trata das jazidas e recursos minerais de uma maneira geral. Já o Art. 177, CF, trata especificamente da jazida e do recurso mineral *petróleo*, instituindo monopólio sobre as atividades relativas ao mesmo. De plano, é possível verificar o tratamento totalmente distinto dispensado pela Constituição ao petróleo, em relação aos demais recursos minerais. O motivo é muito simples. A importância do petróleo quando da promulgação da constituição, e ainda hoje, frente aos demais recursos minerais sob lavra, é colossal – dado o seu perfil estratégico para a defesa nacional e para o desenvolvimento social e econômico do país.

A questão que foi (e a que poderia ser) levantada é completamente outra: poderia a União, tendo a Constituição fixado seu monopólio, transferir a propriedade da lavra do petróleo para o concessionário? Essa foi uma das principais questões suscitadas quando da promulgação da Lei 9.478/97, gerando inclusive uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (a ADI 3.273/DF), que impingou esta lei.

Nessa ADI, os ministros do Supremo Tribunal Federal ou tentaram defender a correção da lei – dizer que lei ordinária poderia sim transferir o produto da lavra de jazida de petróleo para particular – ou defenderam a inconstitucionalidade de tal previsão. Estes últimos sob o argumento de que o monopólio sobre a atividade petrolífera teria o efeito de também determinar que a propriedade do produto da lavra ficasse com o Estado, inclusive com base na nossa história com o trato do petróleo. Vários ministros consignaram, ainda, que o Art. 176 da CF seria norma geral, e o Art. 177 da CF, norma específica às atividades de E&P.

Alguns autores acabaram distorcendo tudo isso, inclusive essa última assertiva, afirmando ter o STF dito que o Art. 176, CF, aplicar-se-ia ao petróleo (o que em parte é verdade) e que, constitucionalmente, o produto da lavra de jazida de petróleo é de propriedade do concessionário, não podendo lei dizer o contrário para contratos futuros. Data vênia, isto é um total equívoco, além de contrariar os votos contidos na ADI comentada acima. Resumindo: o que se poderia questionar é se lei teria competência para retirar a propriedade da lavra do petróleo da União, como ocorreu no caso da ADI citada, não o inverso.

Cumpra mencionar que os limites acima decorreriam da própria natureza do regime “contrato de partilha”.

5.2 PL 5.939/09 (AUTORIZA A CRIAÇÃO DA PETRO-SAL)

O PL da criação da Petro-Sal pode ser resumido da seguinte forma.

O número de cargos da Petro-Sal será fixado por Decreto.

A Petro-Sal ficará proibida de executar atividade de E&P, direta e indiretamente, tal qual a legislação faz em relação à ANP.

À Petro-Sal serão outorgadas as seguintes competências:

- a) “Gestor do Contrato de Partilha de Produção”.

É possível que venham a afirmar, quanto à gestão do contrato, que a Petro-Sal basicamente só faria indicar a metade dos membros do Comitê Operacional – este seria o verdadeiro gestor executivo do Contrato, ver Art. 24, PL 5.938/09 –, inclusive seu presidente (que tem *poder de veto e voto de qualidade*) e auditar os custos das operações relativas ao contrato. Como a nomeação dos seus membros seria feita sem motivação, bem como a destituição, a Petro-Sal já atuaria por meio do Comitê Operacional, tal qual a União por meio dela e da Petrobrás.

Neste ponto, cumpre observar que a Câmara dos Deputados aprovou emenda ao PL da Petro-Sal fixando mandato para os seus diretores, de modo que a parte final da assertiva acima restará parcialmente prejudicada caso seja a dita emenda ratificada no Senado.

De todo modo, a impugnação acima ganha reforço se somada ao fato de o próprio PL prever que a ANP regulará as atividades de E&P na área do Pré-Sal (e áreas estratégicas), uma vez que tal regulação perpassaria a questão do nível de produção, qualidade das operações e verificação dos custos.

- b) Contratar, pela União, empresa que venderá o óleo da União (“agente comercializador”).

Aqui se verifica que nem mesmo a atividade econômica de vender o petróleo da União a Petro-Sal fará. Ela, como deveria ocorrer com um órgão público ou com a Agência Reguladora do setor, apenas poderá contratar uma empresa para fazê-lo. Relembro que há dispensa de licitação para a contratação da Petrobrás para fazer esta venda.

- c) Representar a União nos Acordos de Individualização da Produção (“unitização”), quando as jazidas da área do Pré-Sal ou de áreas estratégicas se estenderem por outras ainda não “concedidas” ou “partilhadas” (expressões do próprio projeto).

Observe-se que os Acordos de Individualização da Produção devem ser submetidos à ANP, mesmo quando a Petro-Sal for parte.

Como já dito, quando couber à Petro-Sal representar a União no processo de individualização da produção, o PL determina que a ANP forneça todos os dados necessários à Petro-Sal. Como a questão é eminentemente técnica, poder-se-ia argumentar que não haveria muita margem de ação para a Petro-Sal. De todo modo, caso não chegue a Petro-Sal a um consenso com os demais consorciados do contrato de partilha, terá a ANP a palavra final sobre a referida individualização, uma vez que é o órgão regulador.

Cumprе mencionar que a figura da *joint venture* ou da *equity joint venture* não são adotadas pelo marco regulatório mapeado pelos PLs em comento da forma como geralmente se vê nos países que empregam a partilha de produção. Isto porque, no caso brasileiro, uma das empresas que detêm a tecnologia de exploração do Pré-sal é justamente a Petrobrás, a empresa nacional composta de capital público e privado, nacional e estrangeiro, e não uma estrangeira cuja tecnologia seria importante o Brasil obter por meio da *joint venture* ou *equity joint venture*.

Ademais, a empresa brasileira 100% (cem por cento) estatal que fará parte do consórcio do contrato de partilha (a Petro-Sal) terá como principal parceira no consórcio justamente uma empresa nacional (a Petrobrás), e não uma empresa estrangeira detentora de expertise no ramo. Se houver essa transferência de tecnologia (entre uma empresa estrangeira e o Estado brasileiro), não ocorrerá em decorrência direta da operação, mas por outro meio – uma vez que quem operará as

atividades de E&P será única e exclusivamente a Petrobrás, outras empresas somente poderão ser consorciadas, nunca, operadoras.

Se o objetivo for a transferência de tecnologia da Petrobrás para a Petro-Sal, ele provavelmente será atingido.

5.3. PL 5.940/09 (CRIA O FUNDO SOCIAL)

Um dos motivos principais para a criação deste fundo seria evitar a “doença holandesa”¹³.

Algumas alterações ao PL já foram propostas e aprovadas na Câmara dos Deputados, principalmente no que tange ao limite anual de retirada de recursos do fundo.

Resumidamente, o PL dispõe da maneira seguinte.

Os recursos obtidos com a venda do óleo e gás que cabe à União obrigatoriamente irão para esse fundo.

Também serão receita desse fundo parcela do valor do bônus de assinatura, dos royalties que cabem à União (ambos na forma que dispuser o contrato de partilha de produção), bem como os resultados de aplicações financeiras feitas pelo próprio fundo.

Os recursos do fundo destinar-se-ão a constituir poupança pública de longo prazo, a oferecer fonte regular de recursos para o desenvolvimento social (combate à pobreza, desenvolvimento da

¹³ Veja a respeito P. Stevens (Resource Impact – Curse or Blessing? A Literature Survey. *Journal of Energy Literature*, Vol. 9, nº 1. p. 1-42. jun. 2003) que faz um abrangente levantamento da literatura a respeito do tema. O termo, ao que tudo indica, foi empregado pela primeira vez na revista *The Economist* (November 26, 1977. p. 82-83). Doença holandesa, (ou Dutch Disease) é um conceito econômico que tenta explicar a aparente relação entre a exploração de recursos naturais e o declínio do setor manufatureiro. A teoria prega que um aumento de receita decorrente da exportação de recursos naturais irá desindustrializar uma nação devido à valorização cambial, que torna o setor manufatureiro menos competitivo aos produtos externos. É, porém, muito difícil dizer com exatidão que a doença holandesa é a causa do declínio do setor manufatureiro porque existem muitos outros fatores econômicos a se levar em consideração. Embora seja mais comumente usado em referência à descoberta de recursos naturais, pode também se referir a “qualquer desenvolvimento que resulte em um grande fluxo de entrada de moeda estrangeira, incluindo aumentos repentinos de preços dos recursos naturais, assistência internacional ou volumosos investimentos estrangeiros. Chama-se assim porque, durante os anos 1960, houve uma escalada dos preços do gás que aumentou substancialmente as receitas de exportação da Holanda e valorizou o florim (moeda da época), o excesso de exportações de gás derrubaram as exportações dos demais produtos por falta de competitividade nos anos 1970. Fonte: Wikipédia. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a_holandesa>.

educação, cultura, ciência e tecnologia, e sustentabilidade ambiental), a mitigar as flutuações de renda e de preços na economia nacional decorrentes das variações na renda geradas pelas atividades de E&P e outros recursos não renováveis (Art. 2 do PL).

O Fundo Social (FS) não poderá conceder garantias, direta ou indiretamente.

O FS terá um comitê e um conselho: o CGFFS (Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social) e o CDFS (Conselho Deliberativo do Fundo Social).

Ao Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social – CGFFS caberá a política de investimentos do FS.

Ao Conselho Deliberativo do Fundo Social – CDFS caberá deliberar sobre a prioridade e a destinação dos recursos resgatados do FS para as finalidades acima. Embora o projeto se refira apenas ao Art. 1º, facilmente se percebe ser esta a melhor interpretação, sendo recomendável a alteração do PL nesta parte.

Os membros tanto do comitê quanto do conselho não poderão receber remuneração.

5.4 PL 5.941/09 (AUTORIZA A CESSÃO ONEROSA DE E&P, INCLUSIVE O PRODUTO DA LAVRA, DA UNIÃO PARA A PETROBRÁS, E ÀQUELA SUBSCREVER AÇÕES DESTA)

Ao contrário do que se pode pensar, a Petrobrás, por meio do Governo Fernando Henrique Cardoso, teve grande parte de suas ações vendidas para a iniciativa privada, principalmente estrangeira. Desde o fim do Governo Fernando Henrique Cardoso o Estado brasileiro detém menos de 33% (trinta e três por cento) do capital da Petrobrás. Ou seja, mais de 67% (sessenta e sete por cento) da Petrobrás pertencem à iniciativa privada. Conseqüentemente, este percentual dos lucros vai para seus acionistas privados, enquanto que menos de 33% (trinta e três por cento) vêm para o Estado brasileiro. Entretanto, este manteve o controle da companhia – respeitou-se o mínimo de metade mais uma das ações com direito a voto a fim de manter a companhia como *sociedade de economia mista* (Art. 5º, inciso III, Decreto-Lei 200/67).

Isso sempre gerou desconforto no Governo Lula. Tendo em vista o grande privilégio previsto para a Petrobrás nos projetos de lei referentes ao Pré-sal, o Governo entendeu que deveria ter, se não a totalidade, grande parte do capital da Petrobrás. O caminho escolhido foi o da capitalização da companhia.

Cabe mencionar que um dos motivos para esse tratamento favorecido foi o de obter maior renda para o Estado – até na atividade direta de E&P o Estado estaria – e de facilitar o controle sobre os custos das operações. Este último é importantíssimo e bastante difícil de ser feito, haja vista todas as manobras de que as petrolíferas podem se valer para inflar seus custos – deve-se lembrar que o PL 5.938/09 autoriza o reembolso de todo o custo da operação de E&P ao contratado antes do pagamento em óleo ao Estado.

Resumidamente, o PL pode ser expresso da forma seguinte.

O PL autoriza cessão onerosa à Petrobrás, dispensada licitação, de até 5 bilhões de barris de petróleo.

O prazo da autorização será de 12 meses, contado da data da publicação da lei.

Tal cessão será intransferível, ou seja, a Petrobrás não poderá cedê-la a outra empresa.

O MME, subsidiado pela ANP, firmará o Contrato de cessão onerosa com a Petrobrás. A ANP, provavelmente, contratará empresa independente, por meio de prévia licitação internacional, que fixará os critérios para o estabelecimento do valor do óleo/gás.

A Petrobrás ficará autorizada a pagar à União, pela cessão recebida, em títulos da dívida pública mobiliária federal.

A União será autorizada a subscrever ações do capital social da Petrobrás e a integralizá-las também com títulos da dívida pública mobiliária federal.

Sobre o produto da lavra serão devidos *royalties*, nos termos da legislação atual (Lei 9.478/97).

REFERÊNCIAS

- ANGOLA. *Contrato de Partilha de Produção*. Mimeo. 2009.
- _____. *Decreto n° 52/1976*.
- _____. *Lei 10/04* de 12 de Novembro (Lei das Actividades Petrolíferas).
- _____. *Lei 11/04* de 12 de Novembro (Regime Aduaneiro aplicável ao sector petrolífero).
- _____. *Lei 13/04* de 24 de Dezembro (Lei da tributação das Actividades Petrolíferas).
- BOTCHWAY, Francis. *Contemporary Energy Regime in Europe*. 26 Eur. L. Rev. 3. 2001.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.938/2009*.
- _____. *MME/MF/MDIC/MPOG/CCIVIL. E.M.I. n° 00038*, de 31.08.2009.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.939/2009*.
- _____. *MME/MF/MDIC/MPOG/CCIVIL. E.M.I. n° 00040*, de 31.08.2009.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.940/2009*.
- _____. *MME/MF/MDIC/MPOG/CCIVIL. E.M.I. n° 00119*, de 31.08.2009.
- _____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 5.941/2009*.
- _____. *MME/MF/MDIC/MPOG/CCIVIL. E.M.I. n° 00039*, de 31.08.2009.
- CHINA. *Production Sharing Contracts for the Exploitation of Hydrocarbon Resources*. 2009.
- EQUATORIAL GUINEA. *Production Sharing Contract*. Mimeo. 2009.
- EQUATORIAL GUINEA. *Decree-Law n° 8/2006* (Hydrocarbons Law).
- EVANS, Andrew. *United Kingdom North Sea Oil Policy and E.E.C. Law*. 7 Eur. L. Rev. 335. 1982.
- INDONESIA. *Production Sharing Contract*. Mimeo. 2009.
- SMITH, Ernest E; et al. *A Fifty-year perspective on World Petroleum Arrangements*. 24 Tex. Int'l L. J. 13. 1989.
- SMITH, Ernest E. *Typical World Petroleum Arrangements*. Int'l Resources L. 9-1. Rocky Mtn. Min. L. Fdn. 1991.
- URUGUAY. *Modelo de Contrato para el Otorgamiento de Áreas para la Exploración-Explotación de Hidrocarburos en Costa afuera de la República Oriental del Uruguay*. Mimeo. 2009.

ATIVISMO E GARANTISMO NO PROCESSO CIVIL: APRESENTAÇÃO DO DEBATE

Glauco Gumerato Ramos

*Mestrando direito processual na Universidad Nacional de Rosario (UNR – Argentina)
Professor de Direito processual civil (graduação, extensão e pós-graduação lato sensu).
Membro dos Institutos Brasileiro (IBDP), Iberoamericano (IIDP) e Panamericano (IPDP)
de Direito Processual. Advogado em Jundiaí-SP.*

SUMÁRIO: 1 Colocação do problema e advertência; 2 Antecedentes históricos do debate; 2.1 1995: O artigo de Franco Cipriani; 2.2 2000/2001: A conferência de Montero Aroca nas XVII Jornadas do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) e seu posterior livro “Princípios políticos da nova LEC espanhola”; 2.3 Ainda em 2000: é realizado o “II Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” na cidade de Azul, Província de Buenos Aires; 2.4 2002: A tradução de Franco Cipriani – “I principi politici del nuovo processo civile spagnolo” – do livro de Montero Aroca, o primeiro de um processualista espanhol traduzido ao italiano; 2.5 2006: A coletânea organizada por Motero Aroca, *Proceso e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*; 3 Jurisdição e processo (=devido processo legal) na perspectiva *ativista* e *garantista*; 4 Fechamento.

RESUMO: O presente texto traz uma abordagem do desenvolvimento histórico do debate “ativismo judicial” versus “garantismo processual”, além de algumas implicações possíveis no processo civil brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo. Garantismo. Jurisdição. Poder. Harmonização das respectivas categorias.

ABSTRACT: The text approaches debate between “judicial ativismo” and the “procedural garantismo”, focusing historical development and some implications of the civil procedural law.

KEYWORD: Activism. Garantism. Jurisdiction. Power. Balancing between these categories.

Aggiungo queste poche parole solo per sottolineare uno degli spunti di riflessione, che il Tuo importante saggio ha ridestato in me.” (GIUSEPPE TARZIA – trecho final de carta enviada a Juan Montero Aroca, o principal porta-voz europeu da atual mirada que se pode dar ao processo civil da atualidade. E porque refletir é preciso!)¹

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA E ADVERTÊNCIA

Pouco – ou quase nada² – versado pela doutrina do processo civil brasileiro, o debate ativismo judicial *versus* garantismo processual é bastante intenso e conhecido por toda América espanhola, inclusive com relevante repercussão na Europa (Espanha, Itália e Portugal).³⁻⁴

Em linhas gerais é um debate em torno: i) dos aspectos ideológicos do processo civil, ii) dos seus sistemas de enjuizamento⁵ – inquisitivo ou dispositivo⁶

- 1 “*Acrecento estas poucas palavras apenas para sublinhar o despontar de algumas reflexões que o Teu importante ensaio despertou em mim.*” (traduzi livremente), carta reproduzida no prólogo subscrito por JUAN MONTERO AROCA ao livro de coletâneas por ele coordenado, *Processo civil e ideologia – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 20. Montero Aroca confiou-me a tradução ao português desta obra. Comparto a honrosa tarefa com o processualista e desembargador carioca ALEXANDRE FREITAS CÂMARA e até o final do primeiro semestre de 2010 a tradução será publicada no Brasil.
- 2 Na literatura brasileira há um texto importante que deve ser conhecido para que se conheça um pouco mais do debate. BARBOSA MOREIRA, “Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo”, em *Temas de direito processual (nona série)*, São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-67.
- 3 Cf. *Proceso e ideologia, passim*.
- 4 Importante destacar que, no Brasil, ROSEMIRO PEREIRA LEAL há tempo chama a atenção para o fato de que o *devido processo legal* muitas vezes é aviltado diante das posturas *instrumentalistas* que preponderam na doutrina interna. Dogmaticamente, ao meu ver, as ponderações do professor da UFMG e da PUC/MG alinham-se ao postulado *garantista* demonstrado no presente trabalho. Cf. *Teoria Geral do Processo – Primeiros estudos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. *passim*.
- 5 *Enjuizamento*, numa tradução livre da palavra espanhola *enjuiciamiento*, e não *ajuizamento*, que em português tem significado distinto do pretendido no texto. *Ajuizamento* para nós tem significado de propositura da ação; enjuizamento, por sua vez, aqui é utilizado em referência à dinâmica de desenvolvimento do processo até sua conclusão. Será *inquisitivo*, o processo que se desenvolve sob a direção inflexível do juiz. *Dispositivo*, quando em seu desenvolvimento há destaque para a atuação e iniciativa *dispositiva* da parte, ou seja, a parte arca com o ônus de sua eventual falta de diligência.
- 6 Os sistemas *inquisitivo* e *dispositivo* também são identificados pela doutrina como sistema *publicístico* e sistema *privatístico*, respectivamente. Nesse sentido, inclusive advertindo que nenhum sistema é “quimicamente puro no plano normativo”, JUAN MONROY GÁLVEZ, *Teoria General de Proceso*, Lima: Palestra Editores, 2007, pp. 155-160. O professor da Universidad de Lima ainda elenca alguns princípios que fariam parte de cada um destes sistemas. Seriam princípios procedimentais do *sistema publicístico*: direção judicial do processo, impulso oficial, imediação, concentração, boa-fé e lealdade processual, celeridade processual, socialização do processo, integração do direito processual, vinculação e elasticidade, aquisição (=os atos praticados pelas partes se incorporam ao processo e, desde então, já não beneficiarão ou prejudicarão apenas o responsável pela produção do ato), preclusão. Seriam princípios procedimentais do *sistema privatístico*: iniciativa da parte, defesa privada, congruência e impugnação privada.

(*inquisitorial system e adversarial system*)⁷ –, iii) do papel do juiz e da atitude das partes na relação processual, iv) da dimensão constitucional da jurisdição, v) do conteúdo e do significado do devido processo legal, vi) da garantia constitucional da ampla defesa e contraditório, dentre outros.

Na atualidade, o debate ativismo *versus* garantismo divide a doutrina do processo civil da América *hispano-parlante* e gera disputas e/ou polêmicas doutrinárias – às vezes até com “chumbo trocado” – que acaba por apartar os processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

Aqueles que com certa regularidade freqüentam Congressos internacionais de direito processual nos países que nos são vizinhos na Latinoamérica podem certificar *in loco* a intensidade do debate que, repito, não é tratado com o mesmo vigor – a mim me parece que tampouco é tratado – no universo do processo civil brasileiro. Não sei se apenas pelas naturais razões idiomáticas que separam os hispano-parlante de nós, os luso-parlantes, ou mesmo se por alguma razão político-científico-processual⁸, ou, ainda, se pelo fato de que as posturas sustentadas e defendidas pelos chamados *garantistas*, efetivamente, não encontram eco na doutrina interna do processo civil. Quanto a este último aspecto – ausência de eco das posturas garantistas – afirmo, sem medo de errar, que a grande maioria dos processualistas do nosso país está filiada ao que se apregoa pela voz dos chamados *ativistas*, conforme tentarei demonstrar no decorrer do texto. Nós no Brasil – e obviamente aqui eu me incluo – fomos forçados a pensar e a refletir o processo civil na perspectiva da *Escola processual de São Paulo*⁹, que muitas e boas contribuições nos legou, mas cujos fundamentos, até por força da *Reforma do CPC* e dos notáveis avanços doutrinários do processo civil

7 Sobre o *inquisitorial system* e o *adversarial system*, cf. BARBOSA MOREIRA, “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo.” em *Temas de direito processual civil (nona série)*, pp. 39-54. Ver, ainda, FERNANDO GAJARDONI, *Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 107-132.

8 Assim me refiro às posturas que são adotadas pelo Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que inegavelmente goza de maior destaque entre seus congêneres na Iberoamérica, além de exercer satisfatória influência na doutrina nacional, até porque congrega vários processualistas brasileiros que – cada qual dentro de seu respectivo nível de projeção – têm dado sua colaboração à nossa ciência.

9 Como dito por NICETO ALCALÁ -ZAMORRA Y CASTILLO ao se referir ao pensamento processual brasileiro após a forte influência aqui exercida por Liebman, notadamente sobre seus – então – discípulos da Faculdade de Direito do Largo São Francisco (USP). Cf. ALFREDO BUZAID, *Grandes processualistas*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 10, nota 6.

brasileiro, atualmente vêm sendo revistos e, muitos deles, até mesmo postos em xeque.¹⁰

Essas “trincheiras ideológicas” a que me referi acima podem ser observadas quando se analisa, num ambiente macroscópico, aquilo que é postulado pelos dois principais Institutos de direito processual da Iberoamérica, o Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP, www.iidp.org) e o Instituto Panamericano de Derecho Procesal (IPDP, www.institutoderechoprocesal.org). O primeiro, de maior impacto no plano nacional, atualmente é presidido pelo processualista chileno e professor da Universidad de Chile, Raúl Tavolari Oliveiros, conhecido defensor das posturas ativistas, cujo nome está ligado à reforma do processo penal em vários países da América Latina. O segundo, de menor impacto no Brasil, até porque são menos os brasileiros que o integram¹¹, é presidido pelo professor da Universidad Nacional de Rosario (UNR)¹², e um dos principais processualistas da Argentina – e por isso mesmo também da América espanhola –, Adolfo Alvarado Velloso.¹³

Para uma primeira – e genérica – compreensão do que é defendido por ambas as correntes, é possível adiantar que o *ativismo judicial* defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que em última análise

10 Basta que se tenha em mente a reformulação do sistema de execução civil, com a opção pelo processo sincrético e o abandono do processo de execução autônomo para a satisfação do título executivo judicial, para que seja possível diagnosticar que estão sendo fortemente revisitadas antigas doutrinas que nos foram apresentadas como dogmaticamente intangíveis.

11 Os brasileiros que integram o IPDP são: Marcus Vinícius Abreu Sampio (SP), Flávio Buonaduce Borges (GO), Marcos Afonso Borges (GO), Petrônio Calmon (DF), Min. Castro Filho (DF), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (RS), Luiz Manoel Gomes Jr. (SP), José Miguel Garcia Medina (PR), Glauco Gumerato Ramos (SP), Roberto Rosas (DF), Eduardo Talamini (PR), Luiz Rodrigues Wambier (PR), Teresa Arruda Alvim Wambier (SP). Neste ano de 2009, quando do XXII Congresso Panamericano de Direito Processual, realizado entre os dias 26-28 de agosto na cidade de Goiânia – vale destacar: o primeiro Congresso realizado pelo IPDP no Brasil –, foram aprovados para integrar o Instituto os nomes de Alexandre Freitas Câmara (RJ), Antonio Gidi (BA, atualmente radicado em Huston, Texas, onde é professor de direito processual da respectiva Universidade) e Osmar Mendes Paixão Córtes (DF).

12 Importante destacar que a Universidad de La Plata – daí a conhecida Escola processual de La Plata, cujo principal representante foi o recém falecido Augusto Mario Morello –, a UNR e a Universidad Católica da Argentina, ambas sediadas na cidade de Rosario, Província de Santa Fé, detêm os principais núcleos do pensamento processual civil argentino.

13 No volume I de suas *Instituições*, ao fazer um balanço da história e evolução do direito processual na América Latina, CÂNDIDO DINAMARCO destaca alguns nomes de importância no processo civil argentino, dentre eles está o de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, o principal porta-voz do garantismo processual naquele país. Cf. *Instituições de direito processual civil*. vol. I, São Paulo: Malheiros, 2001. p. 264-265.

valoriza o compromisso constitucional da *jurisdição*, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação. Já o *garantismo processual* defende uma maior valorização da categoria fundamental *processo*, e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada. Para o *ativismo*, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para a atuação do juiz. Para o *garantismo*, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade. Os *garantistas* buscam aplicar as bases dogmáticas do *garantismo* de Luigi Ferrajoli – originariamente voltado às ciências penais (direito material e processo) – ao direito processual civil.¹⁴⁻¹⁵

Mas, como dito logo no subtítulo, aqui também cabe uma advertência, e de cunho pessoal.

Deixo claro que sou produto da – assim a chamemos – *Escola brasileira de direito processual* e por isso não empresto adesão a todos os postulados que eventualmente são professados pelo *garantismo*. Porém, após algum tempo lendo e ouvindo seus defensores, confesso que alguns aspectos do que propugnam merecem uma reflexão na perspectiva daquilo que os processualistas brasileiros pensam e concretizam no plano doutrinário. O presente texto não é um panegírico quer do *ativismo judicial*, quer do *garantismo processual*, até porque ambas as posturas não são infensas às influências recíprocas. Não há um purismo dogmático a legitimar orientações maniqueístas neste tema. Penso que as reflexões

14 Nesse sentido, JORGE W. PEYRANO: “O autodenominado garantismo processual civil – porque, afinal, qual corrente do pensamento processual não vai defender as garantias constitucionais – se apóia em um equivocado transplante ao processo civil do ideário de Luigi Ferrajoli, concebido por e para o processo penal” (traduzi livremente), em *El cambio de paradigmas en materia procesal civil*, Buenos Aires : La Ley, 13/8/2009, nota “9”, com possibilidade de acesso na web em: www.laley.com.ar/laley/cms/files/1810//diario%2013-8-09.pdf. Nessa mesma nota “9” PEYRANO lembra outro estudo que liga as idéias do garantismo processual ao *garantismo* de FERRAJOLI, do professor da Universidad de Lima JUAN MONROY GALVEZ, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ano 2006, n° 9, p. 07 e ss.

15 Ver, ainda, ALVARADO VELLOSO: “A dicção *garantista* – ou seu sucedâneo: *garantidor* – provém do subtítulo que Luigi Ferrajoli pôs em sua magnífica obra *Direito e razão* e que quer significar que acima da *lei*, com minúscula, sempre está a *Lei*, com maiúscula (=a Constituição). Em outras palavras: é guardar adequado respeito à graduação da pirâmide jurídica.” (traduzi). Cf., “El garantismo procesal”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009. p. 145.

em torno do direito processual civil, desde que circunscritas aos confins das diretrizes constitucionais, devem ser receptivas e potencializar ao máximo novas posturas propositivas para a melhora da nossa ciência.

Nesse panorama não me parece proveitoso que as posturas *garantistas* voltadas ao processo civil não sejam conhecidas, tratadas e trabalhadas – naquilo que convier – pela competentíssima doutrina do direito processual civil brasileiro. Até porque a ciência também evolui com o auxílio da dialética fomentada por idéias antagônicas. Do debate, portanto.

E a minha intenção com este escrito é dar maior visibilidade a este debate.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DEBATE

Ao que tudo indica *a queda da Bastilha* a representar o debate internacional aqui tratado foi a coletânea na qual JUAN MOTERO AROCA reuniu vários textos sobre o tema, escritos por processualistas de vários países da Iberoamérica e também da Itália: *Proceso civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. E por este momento ter sido *a queda da Bastilha* é evidente que, antes disso, alguns outros antecedentes importantes podem ser aqui elencados.

2.1 1995: O ARTIGO DE FRANCO CIPRIANI¹⁶

Um provável marco a inspirar o debate ativismo *versus* garantismo no processo civil foi o – hoje clássico – texto de FRANCO CIPRIANI¹⁷ intitulado *Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)*¹⁸. Neste estudo o professor ordinário de direito processual civil da Universidade de Bari (Itália) fez um profundo levantamento

16 Quanto à importância do texto de CIPRIANI na evolução histórica entorno dos fundamentos do debate, ver tb. OMAR A. Benabentos. *Teoría general unitaria del derecho procesal*, Rosario: Juris, 2001. p. 90-96.

17 FRANCO CIPRIANI é conhecido na Itália como importante pesquisador da história do processo civil. A ele coube recuperar fragmentos de uma pequena apostila intitulada *Lezioni di diritto amministrativo*, de autoria de CHIOVENDA, referente à aulas que ministrou na Universidade de Roma nos anos de 1909 e 1910. Cf. CÂNDIDO DINAMARCO. *Instituições*. vol. I, p. 258, nota, 3.

18 Este texto foi publicado originalmente na Itália em 1995, na *Revista di Diritto Processuale*, pp 969 e ss. Há duas traduções para o espanhol, uma na Argentina e outra no Peru. Na Argentina: ADOLFO ALVARADO VELLOSO, “En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad u autoridad)”, *Revista de Derecho Procesal*, Córdoba, nº 2, p. 31 e ss, 2001. A tradução do Peru é de EUGENIA ARIANO DEHO, tem o mesmo título e foi publicada *Revista Jurídica del Peru*, LI, Nº 18, pp. 119 e ss, 2001.

histórico dos aspectos ideológicos em que se radicou o CPC austríaco projetado por Franz Klein.

Apoiado em escritos de Menestrina (*Francesco Klein*, 1926, I, p. 270) e Chiovenda (“L’oralità e La prova”, 1924, em *Saggi di diritto processuale civile – 1894–1937 –*, organizado por Proto Pisani, II, Milão, 1993, p. 205), Cipriani afirma que o *Regulamento de Klein* teve um longo período de *vacatio legis* para bem preparar os juízes com “mão dura”, ao mesmo tempo que pretendeu “amansar” os advogados que, na Viena de 1897, pretendiam se rebelar contra a entrada em vigor do novo regulamento¹⁹. No desenvolvimento deste importante texto sobre a história do processo civil europeu, Franco Cipriani adverte sobre a influência do *Regulamento de Klein* na formação ideológico-política do CPC da Itália de 1940, surgido no auge do nazi-fascismo naquele país, bem como da influência deste CPC austríaco em outros diplomas processuais que se lhe seguiram.²⁰

Em síntese, Cipriani demonstra que o *Regulamento Klein*: i) encara o processo civil como um “mal social” a gerar influência na economia nacional; ii) tratou o processo como objeto social; iii) conferiu viés *publicista* ao processo civil, com “negação” às partes; iv) reforçou os poderes do juiz no processo. É dizer: “um processo construído com menoscabo das partes”²¹, cujo respectivo *Regulamento* foi tachado por parcela expressiva e respeitável da doutrina de, no mínimo, inconstitucional.²²

19 Cf., na tradução argentina de ALVARADO VELLOSO, *En el centenario del Reglamento...*, p. 31.

20 Inclusive no CPC brasileiro de 1973. ALFREDO BUZAID: “[...] ainda no derradeiro quartel do século XIX, dois Códigos – o da Alemanha e o da Áustria – que tiveram grande ascendência sobre os monumentos jurídicos dos tempos atuais. Dado o rigor científico dos seus conceitos e precisão técnica de sua linguagem, impuseram-se como verdadeiros *modelos*, a que se seguiram as elaborações legislativas dos Códigos do século XX.”, em “Linhas fundamentais do sistema do Código de Processo Civil brasileiro – Conferência proferida na Universidade de Keyo (Tóquio)”, *Estudos e pareceres de direito processual civil* (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 33. Ver, ainda, da pena do mesmo BUZAID, *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Capítulo II – Do sistema do Código de Processo Civil vigente, nº 3.

21 KÖNIG, *La ZPO austríaca dopo La novella del 1983*, 1988. p. 173, conforme lembra CIPRIANI, op. cit., p. 32, sempre da tradução argentina.

22 FRANCO CIPRIANI: “Assim, alguns o tacharam de *inconstitucional*; outros – como o Reitor da Universidade de Viena, *Schrutka* – lamentaram que ‘aos crescentes poderes e a nobre posição do juiz não correspondera a um aumento proporcional das garantias de independência’ --; outros – como Adolf Wach, valente defensor da concepção liberal do processo – lhe acusaram de estar contra a natureza dispositiva do processo civil; outros, ainda – como o trentino Francesco Menestrina –, de ter sido concebido ‘num momento de ingênuo otimismo’; finalmente outros – como o então jovem Guisepppe Chiovenda –, e sem dissimular sua perplexidade, preferiram não se pronunciar” (traduzi livremente), op. cit., p. 33.

Em seu *texto histórico*, Franco Cipriani ressalta que o CPC austríaco de Klein ultradimensionou o caráter *publicista* do processo civil, onde os juízes tiveram seus poderes “substancialmente aumentados e com a obrigação de ser (também) *capitães* em todas as causas”²³. Ou seja, criou-se um juiz com grandes poderes de direção no processo.

2.2 2000/2001: A CONFERÊNCIA DE MONTERO AROCA NAS XVII JORNADAS DO INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL (IIDP) E SEU POSTERIOR LIVRO “PRINCÍPIOS POLÍTICOS DO NOVO PROCESSO CIVIL ESPANHOL”

Ex-aluno de Salvatore Satta na especialização da Universidade de Roma, Juan Motero Aroca escreveu *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad*²⁴. Este livro representa uma versão revista e ampliada em “quinze mil palavras”²⁵ da – polêmica – conferência de encerramento que o processualista espanhol proferiu nas *XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, organizada pelo IIDP e pela Corte Suprema da Costa Rica, em 20 de outubro de 2000 na cidade de San José.

Os dirigentes do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal encarregaram Montero Aroca de ditar uma conferência sob o título “*La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, el Código Modelo* (para Iberoamérica) *y la oralidad*”, já que naquele mesmo ano de 2000 tinha sido publicada a Ley 1/2000, em 7 de janeiro, que reformulou o processo civil espanhol. Na dita conferência, em suma, Aroca consignou sua constatação de que a nova LEC espanhola NÃO assumia a idéia da *publicização* do processo civil, concepção tão em voga na doutrina do século XX, além do que – para o autor – a recém legislação processual de seu país NÃO guardava qualquer relação com as diretrizes que orientaram o *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, cujo projeto foi apresentando pelo IIDP em 1988, em Montevideú.

Essa conferência de encerramento teria sido o despertar de um novo enfoque ao direito processual civil, na qual foi proposto, a partir das diretrizes políticas que segundo Montero Aroca orientaram a nova LEC espanhola, que o processo civil estava passando por um momento

23 op. cit., p. 61.

24 Livro clássico do processo civil espanhol e publicado pela Editora Tirant lo Blanch : Valencia, 2001. Este livro está sendo traduzido por mim ao português, sob o título *Princípios políticos do novo processo civil espanhol – Poderes do Juiz e oralidade*.

25 Cf. *Los principios políticos...*, em *Introducción*, nota 1, p. 11.

de mudança de paradigma, com a observação do esvaziamento de seu conteúdo *publicístico*. O processualista espanhol chegou mesmo a afirmar que a ele foi imputado o fato de “dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo”.²⁶

2.3 AINDA EM 2000: É REALIZADO O “II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL GARANTISTA” NA CIDADE DE AZUL, PROVÍNCIA DE BUENOS AIRES

Organizado em conjunto pela *Universidad Nacional de Rosario* (UNR) e pela *Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, o “Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantista” é um importante evento no calendário científico do direito processual argentino. Realizado desde de sua primeira edição na *cervantina* cidade de Azul²⁷, a 300 Km da capital Buenos Aires, este Congresso realizou sua 10ª edição no ano de 2008²⁸, onde se deliberou que os encontros não mais serão anuais, mas sim bienais.

Em novembro de 2000, portanto alguns dias após a conferência de Montero Aroca ditada no Congresso do IIDP na Costa Rica, foi realizada a 2ª edição do Congresso de Direito Garantista de Azul. Nessa ocasião, devido à repercussão do que dissera Aroca no congresso da Costa Rica, o texto base daquela conferência foi copiada e distribuída a todos os então congressistas.

Além da presença de Juan Motero Aroca como conferencista no evento, essa 2ª edição também contou com a participação e conferência

26 *Proceso e ideología...*, *Prólogo*, p. 17. Nessa mesma página 17 vale destacar o que escreveu MONTERO AROCA: “No mesmo momento da conferência, e logo a partir daquele dia, adverti que algo raro estava a acontecer ao meu redor. Já ao finalizar a intervenção me pareceu que parte dos membros do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal não estava muito de acordo com o que haviam escutado, e se pode ver entre eles mostras de desconformidade não habitual em conferências de encerramento de congressos, enquanto outra parte aplaudia com convicção pouco habitual nesses atos e exteriorizava sua conformidade de maneira mais expressiva do que de costume. Desde então ocorrem acontecimentos que podem ser qualificados de insólitos e que seguem me surpreendendo; a algum deles me referirei a seguir, mas adianto que já me acusaram de dividir a comunidade de estudiosos e políticos do processo.”

27 A cidade de Azul é a única cidade da América Latina que tem o “certificado *cervantino*”, conferido por autoridades culturais da Espanha para as cidades de outros países com expressivo acervo das várias edições da obra de Miguel de Cervantes. É caso de um colecionador particular de Azul.

28 Nesse *X Congreso de Derecho Procesal Garantista* de Azul, em 2008, estive presente e ministrei palestra sobre o tema *Panorama de las tutelas de urgencia en el proceso civil brasileño* onde, após fazer uma exposição sistemática da tutela de urgência no Brasil, sustentei – como não poderia deixar de ser – a total constitucionalidade delas, o que, por alguns fundamentos dogmáticos que arrolarei neste texto, não é aceito sem críticas pelos *garantistas*.

de Franco Cipriani. Devido ao eco de suas idéias a favor do *garantismo* no processo civil italiano, foi aquele seu texto sobre o centenário do *Regulamento de Klein* traduzido ao espanhol por Adolfo Alvarado Velloso²⁹ e, no congresso, distribuído a todos os presentes.

E foi nessa ocasião que Cipriani, após tomar conhecimento da conferência de Montero Aroca, viu que suas idéias libertárias e *garantistas* em torno do processo civil coincidiam com aquilo que o processualista espanhol havia falado alguns dias atrás nas *XVII Jornadas* do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Alguns meses depois, já em 2001, foi publicado na Espanha o livro *Los principios políticos*. Franco Cipriani toma conhecimento da obra e se encarrega de traduzi-la ao italiano.

2.4 2002: A TRADUÇÃO DE FRANCO CIPRIANI – “I PRINCIPI POLITICI DEL NUOVO PROCESSO CIVILE SPAGNOLO” – DO LIVRO DE MONTERO AROCA, O PRIMEIRO DE UM PROCESSUALISTA ESPANHOL TRADUZIDO AO ITALIANO³⁰

O mesmo Cipriani que escreveu sobre as diretrizes autoritárias e *publicistas* do *Regulamento de Klein*, após tomar conhecimento do texto base da conferência de Montero Aroca em São José da Costa Rica, e de seu então recém lançado livro *Los principios políticos...* (2001), encarregou-se de traduzi-lo – não pessoalmente – ao espanhol.³¹

A este livro Franco Cipriani fez agregar um prefácio³² – um tanto quanto ácido, diga-se de passagem – no qual lembra que vem sendo tachado na doutrina do processo civil de seu país, ao lado, dentre outros, de Girolamo Monteleone, de *revisionista*³³, devido à sua defesa em prol de um novo processo civil italiano adequado à Constituição em vigor desde 1948, já que o CPC de 1940, influenciado pelo *Regulamento*

29 O professor ALVARADO VELLOSO é um dos organizadores do *Congresso de Azul*.

30 Nesse sentido o texto de IGNÁCIO DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Motero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español”, em *Proceso e ideología*, p. 29-30.

31 Trata-se de *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, tradução italiana de Bratelli-Magrino, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

32 “El proceso civil italiano entre revisionistas y negacionistas”, tradução ao castelhano de EUGENIA ARIANO DEHO, em *Proceso e ideología*, p. 51-64.

33 A adjetivação de *revisionista* foi dada por SERGIO CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, em *Storia d'Italia, Annali 14, Legge Diritto Giustizia*, Torino, 1998, p. 410, em nota-de-rodapé, *apud* CIPRIANI, op. cit., p. 55, nota 12.

de Klein, além de produto da era fascista de Mussolini, teria um viés *antiliberal e autoritário*.³⁴

Cipriani chama a atenção que na Itália, em contraposição aos *revisionistas* estão os *negacionistas*, como Proto Pisani, para quem o CPC de 1940 “se excedeu um pouco ao reforçar os poderes do juiz a despeito das garantias das partes”, e Sergio Chiarloni. Negam estes, segundo Franco Cipriani, que o CPC italiano de 1940 seja autoritário e que precise ser adequado à Constituição de 1948.

No prefácio à tradução italiana no livro de Montero Aroca, o professor da Universidade de Bari afirma que a substancial identidade entre o autoritarismo *fascista e comunista* explica o porquê de estudiosos notoriamente de esquerda, como Proto Pisani e Chiarloni, procuram legitimar o CPC italiano de 1940.³⁵

A apresentação da tradução italiana do livro ocorreu no ensejo de um Seminário Internacional celebrado entre os dias 16-18 de maio de 2002, em Roma, onde, dentre outros, esteve presente Giovanni Verde, à época Vicepresidente do *Consiglio Superiore della Magistratura*. Poucos meses após este conclave, Verde faz publicar um artigo na *Revista di Diritto Processuale*³⁶ integralmente dedicado – embora assumidamente não emparelhado – ao livro de Montero Aroca e ao – nas palavras do próprio Verde – “polêmico” prefácio de Cipriani.

2.5 2006: A COLETÂNEA ORGANIZADA POR MOTERO AROCA, “PROCESO E IDEOLOGIA – UN PREFACIO, UNA SENTENCIA, DOS CARTAS Y QUINCE ENSAYOS”

Após a publicação do artigo de Verde na Itália e sua tradução ao espanhol pelo então Presidente do IIDP, Roberto Berizonce, e respectiva publicação na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (vide nota 33), uma série de textos versando sobre essa temática ideológica do processo civil se seguiu na América Latina e na Europa.

34 op. cit., p. 53.

35 op. cit., p. 59-60.

36 “Le ideologie del processo in um recente saggio”, *Rivista di Diritto Processuali*, 2002, pp. 676-687. Este texto foi vertido ao castelhano e publicado na *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2003, 3, pp. 31-44, “Las ideologías del proceso em um reciente ensayo”. A tradução foi feita pelo então Presidente do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, o processualista argentino ROBERTO BERIZONCE. Cf., *Proceso e ideología*, Prólogo, p. 18.

Assim é possível arrolar os autores, os títulos, a nacionalidade e as respectivas épocas de publicação desses textos³⁷, e todos na seqüência do já mencionado artigo de Giovanni Verde: Franco Cipriani, *Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan*, 2003, Itália; Girolamo Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni de um “revisionista”*, 2003, Itália; Joan Picó Y Junoy, *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, 2003, Espanha; Juan Motero Aroca, *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, 2004, Espanha; Giovanni Verde, *Postilla*, 2004, Itália; Girolamo Monteleone, *El actual debate sobre las “orientaciones publicísticas” del proceso civil* (traduzido ao espanhol por José Luis Gabriel Rivera), 2005, Itália; José Carlos Barbosa Moreira, *O neoprivatismo no processo civil*, 2005, Brasil³⁸; Adolfo Alvarado Velloso, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, 2005, Argentina; Luís Correia De Mendonça, *80 anos de autoritarismo: uma leitura política do processo civil português*, 2006, Portugal.³⁹

No interregno desta cadeia houve um incidente ocorrido na jurisprudência argentina, especificamente quanto a um acórdão proferido pela Suprema Corte da Província de Buenos Aires, datado em 29/out/2003.

Nesse acórdão discutiu-se sobre a possibilidade de ser “*relativizada a coisa julgada*”, já que um aspecto da sentença de primeiro grau não foi objeto de recurso, no caso específico a utilização de um determinado índice de correção. Quando da execução do julgado, o devedor alegou que o índice que prevaleceu na sentença era o errado e que isso traria uma grande “injustiça” na situação concreta. Houve recurso, provido em segundo grau. Em sede de recurso extraordinário foi pedido que fosse mantida a decisão de primeiro grau e que o tribunal, como não houve recurso específico no momento oportuno, não poderia alterar o que estava definido pela coisa julgada. Na instância extraordinária – Suprema Corte da Província – os respectivos Ministros dividiram-se quanto à solução do caso. Metade dos 8 (oito) magistrados rejeitou o recurso extraordinário por entender que o tribunal *a quo* teria a possibilidade de “*relativizar a coisa julgada*”; a outra metade entendeu

37 Limito-me a informar apenas estes dados (autor, título, nacionalidade e ano da publicação), já que as respectivas fontes e mesmo os textos na integralidade encontram-se reunidos em *Proceso e ideologia, passim*.

38 Ao leitor brasileiro interessará saber que este texto está publicado, dentre outros lugares, nos clássicos e imprescindíveis *Temas de direito processual (nona série)*, pp. 87-101.

39 Este texto do processualista português foi escrito, a pedido de MONTERO AROCA, para inclusão na coletânea *Proceso e ideologia*, e representa uma resenha do livro do mesmo autor, *Direito Processual Civil. As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, 2002.

por acolher o recurso para que fosse mantida a decisão de primeiro grau, não impugnada à época quanto ao capítulo que tratava do índice de correção. Para dirimir a controvérsia, e dentro das respectivas regras de Organização Judiciária, foi necessário o voto do Presidente do Tribunal de Casación Penal, Federico Domínguez.

Em seu voto de minerva – de cunho inegavelmente *garantista*, na ótica do debate ideológico neste texto tratado –, Federico Domínguez deu provimento ao recurso extraordinário por entender que a “*relativização da coisa julgada*” era uma gravíssima afronta ao devido processo legal previsto na Constituição, e que ao juiz é vedado “revisar uma questão fenecida pela inatividade, em tempo oportuno, de uma das partes”, e segue afirmando que “Ao mudar, o órgão jurisdicional, as regras do jogo, necessariamente rompe com a igualdade que deve existir entre as partes.”⁴⁰

Após a publicação deste acórdão – lembre-se, datado em 29/out/2003 – foi publicada uma nota comentando-o, no periódico *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, de 18/fev/2004. Esse comentário foi assinado por Augusto Mario Morello, falecido em abril deste ano de 2009⁴¹, e sem dúvida alguma um dos principais processualistas da história da Argentina. Representante da chamada *Escola processual de La Plata*, Augusto Morello também foi um dos principais defensores do *ativismo judicial* em seu país e no plano internacional. Em seu comentário⁴², Morello teceu severas críticas ao posicionamento externado naquele voto dirimente por Federico Domínguez e aos fundamentos que alicerçaram a respectiva solução, baseada, inclusive, em citações e referências expressas à obra e ao pensamento de Juan Montero Aroca.

Em 05/mai/2004, na mesma *LexisNexis – Jurisprudencia Argentina*, Montero Aroca “pede a palavra”⁴³ e publica uma espécie de prédica em favor da postura jurisprudencial adotada por Domínguez em seu voto de desempate, ao mesmo tempo em que chama a atenção

40 Cf. *Proceso e ideología*, p. 262.

41 Sobre importância de Morello para o processo civil de seu país e da Iberoamérica, v. a homenagem póstuma que lhe prestou ROBERTO O. BERIZONCE, “Augusto Mario Morello”, *RePro* 174/376.

42 Salienta-se que AUGUSTO MORELLO não permitiu que este seu comentário fosse publicado na coletânea organizada pelo processualista espanhol. Cf. MOTERO AROCA, *Proceso e ideología*, Prefácio, p. 23-23.

43 “La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra”, cf. em *Proceso e ideología*, pp 263-276.

para fato de que o comentário de Morello ao acórdão exteriorizava a imposição de um único modo de pensar.⁴⁴

Após este texto de Montero Aroca “pedindo a palavra”, Augusto Mario Morello dirige uma carta ao professor valenciano, datada em 04/jun/2004, com nítido propósito de – ao menos assim me pareceu de sua leitura – rumar o “barco do debate” para águas calmas, iniciando sua breve missiva esclarecendo os motivos que o levaram a lançar a nota ao julgamento da Suprema Corte da Província de Buenos Aires:

Prezado Montero Aroca: Minha nota ao acórdão da SCPBA teve um claro e único propósito: tentar que não se instale entre nós um método e estilo de exposição crítica excessivamente ideológica e carregado de adjetivações desqualificadoras em relação aqueles que pensam diferente.⁴⁵

Dias após, em 23/jun/2004, Montero Aroca responde a MORELLO no mesmo tom conciliatório, mas com tomada de posição – ao menos assim também me pareceu da leitura da respectiva carta –, e aproveita para fazer um apelo ao professor argentino para que o debate autoridade/liberdade no processo (= *ativismo X garantismo*) fosse sugerido por ambos, ao Presidente do IIDP, como tema central das Jornadas Iberoamericanas que se realizariam em 2006.

Por isso me atrevo a fazer uma proposta. Organizar um debate público nas próximas Jornadas Iberoamericanas, as de 2006, sobre ‘Autoridade e liberdade no processo (civil e penal)’, onde teríamos 4 conferencistas: dois (um civil e outro penal) por cada uma das posições. Se te parece bom, poderíamos tentar convencer ao Presidente do Instituto, e que assim fique combinado nas Jornadas de Caracas, em outubro próximo, depois nós finalizaríamos os detalhes. Poderíamos ir adiantando ao assunto em minha próxima visita a Argentina, no mês de setembro. Com a amizade de sempre.⁴⁶

44 MONTERO AROCA: “A nota do Dr. Morello deve ser lida sob duas perspectivas: uma concreta, referente ao voto do Dr. Dominguez, e outra geral, atinente aos estudiosos e a suas conferências ou publicações. A cada um sem seu âmbito, o Dr. Morello os censura basicamente da mesma forma, mas que me seja permitido ficar no lado que me afeta, que é o âmbito da comunidade de estudiosos.” (traduzi livremente), op. cit., p. 271.

45 Cf. op. cit., pp. 277-278.

46 Cf., op. cit., p. 279-280. Em nota de rodapé MONTERO AROCA relembra que o debate proposto na carta não foi levado a cabo pelo IIDP, como jamais se realizou.

A partir do acórdão, da nota de Morello em *LexisNexis – Jurisprudência Argentina*, da pré-dica de Montero Aroca no mesmo periódico, e das cartas trocadas entre ambos, o processualista espanhol teve a iniciativa de compilar os principais textos até então publicados na América Latina e Europa sobre a temática *ativismo/garantismo*, autoridade/liberdade no processo civil. Enfim, sob um novo e possível enfoque que pode ser dado a nossa ciência, sempre na perspectiva de sua melhora.

Temos aqui a evolução histórica do debate.

3 JURISDIÇÃO E PROCESSO (=DEVIDO PROCESSO LEGAL) NA PERSPECTIVA ATIVISTA E GARANTISTA

É pacífico na doutrina que a chamada Teoria Geral do Processo deve ser estudada a partir de seus três institutos⁴⁷ – ou categorias – fundamentais: ação, processo e jurisdição.⁴⁸

No universo do debate *ativismo versus garantismo* facilmente se observa que as categorias fundamentais *jurisdição* e *processo* têm peso e importância diferenciada a depender da perspectiva de análise. Para os ativistas, a *jurisdição* se sobleva. Para os garantistas, é a categoria fundamental *processo* (=devido processo legal) que merece distinta proeminência.

3.1 PARA O ATIVISMO A CATEGORIA FUNDAMENTAL “JURISDIÇÃO” TEM MAIOR DESTAQUE

É na categoria *jurisdição*⁴⁹ onde são estudadas, dentre outras questões, as tutelas jurisdicionais, voltadas à tutela de direitos mediante

47 Cf., por exemplo, HERMES ZANETI JR.: “Os estudos do direito processual se esteiam nos três conceitos básicos de ação, jurisdição e processo.”, *Processo constitucional*, p. 184.

48 Sempre me pareceu mais correto estudar o fenômeno nessa ordem (ação-processo-jurisdição). Entenda-se o raciocínio: A *ação* é o direito que tem o jurisdicionado de provocar o Poder Judiciário para entrar em atividade regrada por ampla defesa e contraditório (=processo), viabilizando que ao final (=tutela definitiva), ou no curso desta atividade (=tutela de urgência), possa o Judiciário exercer de forma legítima e democrática o poder que lhe é próprio, a *jurisdição*. A mim me parece que esta é a maneira mais simples de visualizar e explicar a dinâmica do fenômeno objeto da nossa ciência. A *ação* inicia o *processo* (=atividade mediante ampla defesa e contraditório) que viabilizará o exercício da *jurisdição*. E estas três categorias, embora possam ser – e são – estudadas em compartimentos estanques, se completam e se interligam.

49 FREDIE DIDIER JR.: “A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar Direito de modo imperativo (b) e criativo (c), reconhecendo/efetivando/protégendo/situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insusceptível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se

o exercício do poder que é típico do Poder Judiciário⁵⁰. Para o *ativismo judicial* o exercício do Poder – da *jurisdição*, portanto – habilita o juiz a buscar, a qualquer custo, fazer “justiça” nos casos que lhe são submetidos. E por mais acaciano que possa soar a afirmação de que ao juiz toca fazer “justiça”, para os *ativistas* essa busca por “justiça” não encontra obstáculo nem mesmo na eventual falta de autorização do legislador para que o juiz aja em determinadas situações. Para os *ativistas* é normal que o sistema dote o juiz de maiores poderes de atuação na relação processual e mesmo na condução do processo⁵¹. E mesmo quando a legislação – muitas vezes porque ultrapassada – ainda não tenha se aperfeiçoado para permitir ao juiz o manejo mais contundente de seus poderes⁵², mesmo assim teria o magistrado que atuar com coragem e fazer tudo que estiver ao seu alcance para, com criatividade, potencializar sua atuação no processo para fazer com que seu resultado seja “justo”. O *ativismo judicial*, conforme afirma Jorge W. Peyrano – um de seus maiores defensores na Argentina – “confia nos magistrados”.⁵³

Nessa perspectiva fica fácil concluir que a categoria fundamental *jurisdição* ganha importante relevo na dinâmica de atuação do *ativismo judicial*. A tutela jurisdicional – expressão de Poder – deve ser operada para se atingir o resultado “justo” como produto de sua atuação.

indiscutível (g).”, *Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. 1, Salvador: Editoria JusPodium, 2008, 9ª edição, p. 65.

- 50 Sobre a missão da tutela jurisdicional na perspectiva do Estado contemporâneo de viabilizar a tutela de direitos, cf., dentre outros, LUIZ GUILHERME MARINONI, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, 2ª edição, pp. 113-116, e *Teoria geral do processo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, pp. 132-139.
- 51 Sobre a tendência atual de valorização dos poderes do juiz, cf., por exemplo, ROBERTO BEDAQUE e CARLOS ROBERTO CARMONA, “A posição do juiz: tendências atuais – Relatório geral brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Viena, 23-28 de agosto de 1999)”, *RePro* 96/96. Ainda à guisa de Relatório Geral entregue no mesmo Congresso de Viena, ROBERTO OMAR BERIZONCE, “Recientes tendencias en la posición del juez”, *RePro* 96/125, em especial pp. 146-149. Por fim, o Informe Nacional também apresentado em Viena, desta vez por JORGE W. PEYRANO, “Tendencias modernas en el rol de juez”, em *Procedimiento civil y comercial 1 – Conflictos procesales*, Rosario: Editorial Juris, 2002, pp.61-82.
- 52 Vale lembrar que na federação Argentina o direito processual é provincial (=estadual), tal como foi no Brasil desde a primeira Constituição republicana (1891) até o CPC-39, quando a Constituição de 1937 de Getúlio Vargas dotou a União de poderes legislativos para sistematizar, dentre outras matérias, o direito processual. Esse fato faz com que o processo civil argentino seja, em algumas Províncias, mais atualizado do que em outras.
- 53 PEYRANO: “O ativismo judicial confia nos magistrados. É sabido que os códigos processuais civis mais recentes depositam na mão dos juízes cíveis um amplo número de faculdades-deveres para melhor cumprir sua incumbência de distribuir o pão da Justiça.” (traduzi), cf. “Sobre o ativismo judicial”, na coletânea *Activismo y garantismo procesal*, p. 12.

Note-se que por várias vezes fiz menção ao “justo”, “justiça”, “processo justo”, e isso porque tais expressões fazem parte do discurso dogmático dos ativistas. Chamo a atenção para este dado. Mas sem querer entrar no terreno do que é ou o que deve ser entendido por “justiça” – o que deve ser trabalhado pela Filosofia do Direito, e não por um texto que, como este, é de direito processual –, creio seja oportuno ressaltar que o direito e o processo não buscam outra coisa senão a “justiça”. Porém, de que “justiça” estamos falando?⁵⁴

É evidente que todos nós, operadores do processo (=práticos ou dogmáticos), o pensamos e o manejamos de modo a que com ele possamos realizar “justiça”. Mas certamente a “justiça” que na situação concreta nos pareça deva prevalecer. E o *ativismo judicial*, certamente, busca a concretização da “justiça” dos juízes, aliás, daquele juiz que, motivado pelo *ativismo*, opera com a *jurisdição* de modo a fazer com que a sua noção de “justiça” prevaleça no caso concreto. É evidente que isso tende a ser positivo. Mas será que sempre o será?

Se pensarmos a questão na perspectiva da ordem constitucional brasileira, o *ativismo* procura se legitimar radicado no chamado *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* decorrente da promessa contida no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, de onde se extrai a compreensão de que a missão democrática e constitucional do Poder Judiciário é atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, tenha o legislador infraconstitucional dotado, ou não, o juiz para concretizar o respectivo ditame constitucional.

Neste momento creio seja oportuno lembrar CALMON DE PASSOS para, ao menos neste instante, formular um juízo crítico quanto ao agigantamento que o *ativismo judicial* confere aos poderes do juiz e conseqüentemente à categoria *jurisdição* (=tutela jurisdicional). Para o contundente processualista baiano que daqui partiu em 18 de

54 Apenas para suscitar reflexões, EDUARDO BITTAR e GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA: “A idéia de justiça, independente de qualquer tomada de posição, traduz uma complexidade de expectativas que tornam difícil sua conceituação. Reconhecendo a pluralidade de perspectivas em que se desdobra a idéia de justiça, podem-se detectar, no curso da história do pensamento ocidental, inúmeras correntes sobre o justo e o injusto, que se assinalam como habilitadas à discussão e à resposta para a pergunta: o que é justiça? De fato, são inúmeras as tendências acerca da justiça, e entre elas podem-se apontar as seguintes: teoria sofista; teoria socrática; teoria platônica; teoria aristotélica; doutrina cristã; teoria agostiniana; teoria tomista; teoria rousseauiana; teoria kantiana; teoria hegeliana; teoria kesleniana; teoria rawlsiana.”, cf. em *Curso de filosofia do direito*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 428.

outubro de 2008⁵⁵ – e ninguém no Brasil (ninguém!) negará a lógica contundente de sua verve –, o *processo*, mais do que mero instrumento, participa de forma “integrativa, orgânica, substancial”⁵⁶, na formação do direito. É dizer: deve-se manejar o *processo* na perspectiva das garantias constitucionais para que o produto da respectiva atividade (=direito, ou sua tutela) tenha legitimidade democrática.

Quanto à dinâmica da engrenagem *jurisdição* e *processo*, vejamos o que disse Calmon:

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a *tutela jurídica*, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de todo incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política. Se o Direito é *produzido* socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do *devido processo legal*, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional.

[...]

Devido processo constitucional jurisdicional, cumpre esclarecer, para evitar sofismas e distorções maliciosas, não é sinônimo de formalismo, nem culto da forma pela forma, do rito pelo rito, mas sim *um complexo de garantias mínimas contra o subjetivismo e o arbítrio dos que têm poder de decidir*.⁵⁷ (grifo do autor).

55 Sobre o passamento e importância de Calmon de Passos, cf. a comovente homenagem póstuma que lhe prestou aquele que considero seu “sucessor intelectual” no processo civil da Bahia, FREDIE DIDIER JR., “José Joaquim Calmon de Passos (1920-2008)”, *RePro* nº 165.

56 Cf., J.J. CALMON DE PASSOS, *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68.

57 Cf., op. cit., pp. 68-69. Para ilustrar sua preocupação com o tema, CALMON DE PASSOS insere nota de rodapé na página 69 para uma observação, *in verbis*: “Ouvi de um eminente mestre da USP, em palestra proferida na cidade de Campinas, que precisamos, em nosso país, libertarmo-nos do *fetice* do devido processo legal, que às vezes opera negativamente em confronto com o valor maior da efetividade e da celeridade processual, vale dizer, da tutela jurídica. Afirmativa desta natureza preocupa duplamente.

Evoquei aqui o ensinamento de CALMON DE PASSOS de modo provocativo e para que possamos refletir criticamente sobre o *ativismo judicial*, que certamente, tal como o *garantismo processual*, não pode ser manejado e concretizado de forma absolutamente maniqueísta.

3.2 PARA O GARANTISMO A CATEGORIA FUNDAMENTAL “PROCESSO” (=DEVIDO PROCESSO LEGAL) TEM MAIOR DESTAQUE

O *garantismo processual* é uma posição doutrinária firme (=aferrada) quanto à manutenção da irrestrita vigência da Constituição e, com ela, da ordem legal vigente no Estado, de modo que tal ordem se adéqüe com plenitude às normas programáticas dessa mesma Constituição. Em outras palavras, os doutrinadores que assim entendem não buscam um juiz comprometido com certas pessoas (=grupos de pessoas) ou coisa distinta da Constituição, mas sim um juiz que se empenhe em respeitar a todo custo as garantias constitucionais.

Essa é a conceituação que Adolfo Alvarado Velloso dá ao *garantismo*.⁵⁸

Note-se que as garantias constitucionais a que se refere o chamado *garantismo processual* são fundamentalmente aquelas afirmadas pela cláusula do *devido processo legal* e suas derivações⁵⁹, como ampla defesa, contraditório, imparcialidade, bilateralidade, e a própria inafastabilidade do controle jurisdicional.

Em linhas gerais o *garantismo* reforça a importância do devido processo legal – da categoria fundamental *processo*, portanto – como legitimador do produto da tutela jurisdicional. Para os garantistas reside aí a garantia da segurança jurídica a que todos fazem jus como postulado constitucional democrático. De tal modo que as investidas do *ativismo judicial* abalariam essa dinâmica de funcionamento das coisas, com o comprometimento, ao final, não apenas do devido processo legal, mas também da segurança jurídica que se espera seja mantida pela

Ela faz suspeitar haver identidade entre a garantia do devido processo legal e o formalismo jurídico em detrimento da segurança jurídica, o que é manifestamente falso, sem esquecer que aponta, em verdade, para o endeusamento do *arbitrio judicial*” (destaquei).

58 Traduzi livremente. Cf. “El garantismo procesal”, em *Activismo y garantismo procesal*, p. 145.

59 Quanto a ser a cláusula do *devido processo legal* a raiz de outros princípios constitucionais, cf., NELSON NERY JR., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 6 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 31. V., também, TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, *Omissão judicial e embargos de declaração*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 19-21

ordem constitucional. Ou seja, postula-se que é temerária a substituição do processo, como método de debate, pela manifestação *ativista* do juiz, que acaba pondo de lado certas garantias constitucionais em nome da solução que lhe parece mais “justa” ao caso concreto.⁶⁰

Mas essa ligação atávica do *garantismo* com a cláusula do *due process* faz com que seus seguidores rejeitem certas atitudes do juiz, sem apresentar, contudo, soluções satisfatórias como contrapartida. Para ficar em dois exemplos, são eles contrários: i) às tutelas de urgência satisfativa concedidas *inaudita altera parte* e ii) à atividade probatória *ex officio*. Situações, num primeiro momento, impensáveis na ótica da doutrina e jurisprudência do processo civil brasileiro.

No primeiro caso – e aqui me refiro àquilo que no processo civil argentino é chamado de *medida autosatisfativa* –, pelo fato de que a concessão da tutela de urgência se dá sem o necessário estabelecimento da bilateralidade e do conseqüente contraditório; concede-se a tutela de urgência satisfativa sem que tenha sido dada a oportunidade de defesa (=ampla defesa) à parte contra a qual é concedida. Viola-se, portanto, o devido processo legal que legitima a concretização da tutela jurisdicional.

No segundo caso – prova de ofício –, parte-se do princípio de que o juiz, quando determina a produção de provas sem prévio requerimento da parte interessada em provar determinado fato, estaria, ainda que sutilmente, tomando partido a favor dessa parte de modo a romper a igualdade e a imparcialidade que a Constituição também lhe exige. E o juiz, assim agindo, romperá com a estrutura dialética básica que orienta todo o processo. Ou seja, dois sujeitos *parciais* (=demandante e demandado) buscando a tutela de seus respectivos direitos em atividade isonomicamente dialética, diante de um terceiro *imparcial* (=juiz). Nota-se aí a importância que é dada para a categoria fundamental *processo*

60 ADOLFO ALVARADO VELLOSO: “Já faz tempo que – à custa da falsa antinomia ineficiência processual *versus* constitucionalidade das soluções judiciais (1) que se instalou como tema central de discussão na doutrina argentina – muitos processualistas têm aceitado pacífica e despreocupadamente a eliminação do processo, em si mesmo, como método de discussão, e sua substituição pela exclusiva e solitária decisão de um juiz tomada à base de sua mera sagacidade, sapiência, dedicação e honestidade.” (traduzi). “La sentencia autosatisfactiva”, em *La Ley*, año LXXIII, nº 123, de 1º/jul/2009 (www.laley.com.ar). O autor inclui a nota 1 – referida no texto acima – com a seguinte explicação: “A falsidade que aponto no texto é óbvia: o constitucional se contrapõe ao inconstitucional; a eficiência à ineficiência. Como, então, que se pode sustentar validamente que o constitucional – leia-se: a garantia do processo, que assegura a vigência do direito de todo cidadão a gozar de uma inviolável defesa em juízo – não pode ser levado em conta, e pode ser deixado de lado, se o cumprimento das etapas necessárias é moroso devido à ineficiência dos homens que manejam o sistema?”.

(=devido processo), que se violado fulminaria a própria legitimidade do exercício da *jurisdição* (=tutela jurisdicional).

Contudo – e mais uma vez de modo a fomentar o debate –, os garantistas não trabalham com a hipótese de que muito além do devido processo legal a ordem constitucional consagra um série de outros valores/garantias, que ao invés de se repelirem se integram e necessitam conviver harmonicamente para que a *jurisdição* (=tutela jurisdicional) seja útil e proveitosa ao jurisdicionado que se socorre do Poder Judiciário para buscar a tutela do seu direito.

Afinal de contas, e outra vez voltando os olhos para a Constituição brasileira de 1988, da mesma maneira que se garante a ampla defesa, o contraditório, a imparcialidade do juiz, e todas as demais garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal, esta mesma Constituição também garante, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (CR, art. 1º, III), o compromisso da *jurisdição* de atuar de modo a evitar lesão ou ameaça a direito (art. 5, XXXV), a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVII). E o balanço de tudo isso, não há dúvida, mais uma vez conspira contra os posicionamentos maniqueístas que apartam por completo o *ativismo judicial* do *garantismo processual*.

Mas – também não tenho dúvida – voltando os olhos para o que é postulado por ambas as correntes, tenho para mim que muito do que propugnam deve ser compatibilizado, sob pena de praticarmos um *processo* que viabilize o exercício da *jurisdição* de maneira não integralmente compatível com a ordem constitucional. Ou – caso se prefira –, que o exercício da *jurisdição* esbarre em certos aspectos do *processo* que inviabilize a concretização de sua missão constitucional que é a tutela de direitos.

Em miúdos: *ativismo* e *garantismo* pretendem o mesmo, cada qual desde um respectivo ponto de vista, seja fortalecendo a *jurisdição* (=ativismo), seja com o fortalecimento das regras que ordenam o *processo* (=garantismo). Apesar da carga ideológica que possa estar por detrás de cada uma dessas posturas dogmáticas – eventual *autoritarismo* na condução *ativista* do processo pelo juiz, ou eventual *liberdade* na condução do processo com a observância irrestrita das garantias constitucionais – não se pode perder de vista que no atual ambiente constitucional dos povos ocidentais espera-se que o Poder Judiciário atue de modo a evitar lesão ou ameaça a direitos, sempre com a observância do devido

processo legal. E é nessa perspectiva que se deve pensar e concretizar o processo civil. Não temos como fugir disso.

4 FECHAMENTO

Que meus colegas processualistas brasileiros possam tirar suas próprias conclusões, ainda que seja para prosseguir engrossando o coro unísono que parece ecoar tranqüilo e suave na doutrina interna – da qual sou fruto e faço parte! –, e que em linhas gerais perfilha-se aos postulados ativistas.

O certo é que me pareceu razoável descrever e dar notícia de um debate que existe com importantes reflexos por toda a América Latina, além de Espanha, Portugal e Itália, e que ao seu redor divide a comunidade de processualistas em verdadeiras “trincheiras ideológicas”.

A minha intenção – como dito logo de início – foi dar maior visibilidade a este debate, cujos fundamentos serão melhor trabalhados pela competentíssima doutrina brasileira, se assim lhe convier. Até porque é do enfrentamento dialético das idéias que a ciência evolui e se transforma.

REFERÊNCIAS

ALVARADO VELLOSO. Adolfo. Sistema procesal – Garantía de la libertad, Tomo I e II. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009.

_____. Prueba judicial. Rosario: Editorial Juris, 2007.

_____. El garantismo procesal, Activismo y garantismo procesal, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil inglês – formas judiciais e alternativas de resolução dos conflitos na Inglaterra (orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009

AROCA, Juan Motero. Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil – Los poderes del juez y la oralidad. Tirant lo Blanch: Valencia, 2001.

_____. La ideología de los Jueces y el caso concreto. Por alusiones pido la palabra. Proceso e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

_____. Proceso penal y libertad – Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal, Cizur Menor (Navarra): Arazandi Thom-son-Civitas, 2008.

BARBERIO, Sergio J., La medida autosatisfactiva, Santa Fé: Argentina, 2007.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo, Temas de direito processual (nona série), São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque com-parativo, Temas de direito processual civil (nona série) , São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

BENABENTOS, Omar A., Las incumbencias probatorias del juez y las partes em los sistemas de procesamiento latioamericanos”, Activismo y garantismo procesal, procesal, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 2009.

_____. Teoría general unitaria del derecho procesal, Rosario:Editorial Juris, 2001.

BERIZONCE. Roberto O., Augusto Mario Morello, RePro 174/376.

_____. Recientes tendencias em la posición del juez, RePro 96/125.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de filosofia do direito, São Paulo: Editora Atlas, 2001.

BUZAID, Alfredo. Estudos e pareceres de direito processual civil (com notas de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell), São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Grandes processualistas, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil, vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 15ª edição, 2006.

DIDIER Jr., Fredie. Curso de direito processual civil – Teoria geral do processo e processo de conhecimento, vol. 1, Salvador: Editoria JusPodium, 2008.

_____. José Joaquim Calmon de Passos (1920-2008), RePro n° 165.

_____. Pressupostos processuais e condições da ação – o juízo de admissibilidade do processo, São Paulo: Ed. Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

GAJARDONI, Fernando. Flexibilização procedimental – Um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GÁLVEZ, Juan Monroy, *Qué es el garantismo procesal civil?*, publicado na Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, ano 2006, nº 9.

_____. Teoria General de Proceso, Lima: Palestra Editores, 2007.

GIMÉNEZ, Ignacio Díez-Picazo. Con motivo de la traducción al italiano de la obra del Profesor Juan Motero Aroca sobre los principios políticos del proceso civil español, *Proceso e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Va-lencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo – primeiros estudos. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2009.

_____. Processo civil e sociedade civil, em *Direito Civil e Pro-cesso – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

LIEBMAN. Manual de direito processual civil – volume I, trad. de Cândido Rangel Dinamarco, Ed. Forense, 1984.

MARINONI. Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos di-reitos, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Teoria geral do processo. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

MEROI, Andrea. Procesos colectivos – recepción y problemas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2008.

_____. El despacho de una ‘tutela anticipada’ – ¿Causal de recusación o excusación de un juez?, *El mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso*.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PASSOS, Calmon de. Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999.

PEYRANO, Jorge W. Doctrina de las cargas probatorias dinámicas”, Procedimiento civil y comercial 1.

_____. El cambio de paradigmas en materia procesal civil, Buenos Aires : La Ley, 13/8/2009.

_____. Sobre o ativismo judicial, Activismo y garantismo procesal, procesal, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009.

_____. Tendencias modernas em el rol de juez. Procedimiento civil y comercial 1 – Conflictos procesales, Rosario: Editorial Juris, 2002.

_____. Problemas y soluciones procesales, Rosario: Editorial Juris, 2008.

RAMOS, Glaucio Gumerato. Assistência jurídica integral ao necessitado, RT 756/48, São Paulo, 1999

_____. Processo jurisdiccional civil, tutela jurisdiccional e sistema do CPC, como está e como poderá estar o CPC brasileiro”, em Bases científicas para um renovado direito processual, vol. 2 (coord.: ATHOS GUSMÃO CARNEIRO e PETRÔNIO CALMON), Brasília-DF: Edição do Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

_____. Tutelas de urgência e inutilidade funcional do processo cautelar autônomo (CPC, Livro III). Temas atuais das tutelas diferenciadas – Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin (coords.: MIRNA CIANCI, RITA QUARTIERI, LUIZ EDURA-DO RIBEIRO MOURÃO e ANA PAULA CHIOVITTI GIANNICO), São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

SOTELO. JOSÉ LUIS VÁSQUES. Iniciativas probatorias del juez en el proceso civil, Revivista de Processo (RePro) 177/93, novem-bro de 2009.

TARZIA, Giuseppe. Processo civil e ideología – Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

TERRASA, Eduardo. Cargas probatória dinámicas, Activismo y garantismo procesal, Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciências Sociales de Córdoba, 2009.

VALENTIN, Gabriel. Análisis crítico de las llamadas cargas probatorias dinámicas, El mundo procesal rinde homenaje al Maestro Adolfo Alvarado Velloso, Lima: Editorial San Marcos, 2008.

VERDE, Giovanni. Le ideologie del processo in um recente saggi-o, Rivista di Diritto Processuali, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Omissão judicial e embargos de declaração, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional. O modelo constitu-cional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Graziela Mayra Joskowicz

Procuradora Federal

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os direitos sociais e o Estado Social; 2 Os direitos sociais e a Constituição Federal de 1998; 3 Os direitos sociais e a regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais; 4 O controle judicial das políticas públicas; 4.1 O custo dos direitos sociais; 4.2 A reserva do possível; 4.3 O princípio da separação dos poderes; 4.4 O princípio democrático; 4.5 Problemas da judicialização excessiva; 4.6 Argumentos favoráveis ao controle judicial das políticas públicas; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre o problema da eficácia dos direitos sociais prestacionais, previstos, em sua maioria, através de normas constitucionais de cunho programático. Procura-se averiguar se tais normas podem ser diretamente aplicadas, independentemente de interposição legislativa, bem como se geram direitos subjetivos individuais a prestações estatais. Nesse contexto, o estudo também busca definir os limites à atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, através da análise dos argumentos favoráveis e contrários suscitados pela doutrina e pela jurisprudência, especialmente as questões do custo dos direitos sociais e dos limites orçamentários e as objeções de violação ao princípio democrático e ao princípio da separação de poderes.

ABSTRACT: The present piece of work focuses on the problem of the effectiveness of the positive social rights, which are regulated, in their majority, by constitutional programmatic rules. It aims to inquire if such rules can be directly applied, independently of legislative interposition, as well as if they generate individual subjective rights for state positive actions. In this context, the study also aims to define the limits for the Judicial Power to perform when dealing with the control of public policies. In light of this, favorable and contrary arguments raised by doctrine and jurisprudence will be analyzed, especially the questions of the costs of social rights and the budgetary limits and the objections related to the violation of principles of democracy and separation of powers.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais. Eficácia. Controle judicial. Políticas públicas. Custo dos direitos.

KEYWORDS: Social rights. Effectiveness. Judicial control. Public policies. Cost of rights.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais, atualmente, estão positivados em diversos instrumentos jurídicos de direito internacional e interno dos Estados. Entretanto, apesar da considerável evolução dos direitos fundamentais no que se refere à sua positivação, nota-se que, na realidade fática, principalmente de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, muitos desses direitos, especialmente os sociais, encontram-se distantes de sua plena concretização.

Esse é o quadro que se encontra no Brasil, onde a Constituição Federal vigente, apesar de bastante avançada quanto à previsão de direitos fundamentais, com ampla gama de direitos sociais nela inscritos, não logrou realizar a transformação social almejada quando de sua edição, há mais de vinte anos.

Deveras, é flagrante o contraste entre as normas de Direitos Fundamentais Sociais inseridas na Carta Magna e a realidade de grande parte dos brasileiros, que muitas vezes não têm acesso aos mais básicos direitos.

Assim, as questões da eficácia jurídica e da eficácia social (efetividade) dos direitos sociais inseridos na Constituição Federal têm sido alvo de amplos debates doutrinários e jurisprudenciais. Discute-se, especialmente, se as normas constitucionais relativas aos direitos sociais prestacionais seriam diretamente aplicáveis, se gerariam direitos subjetivos individuais a prestações estatais e se as políticas públicas poderiam ser objeto de controle judicial. No presente estudo, buscar-se-á analisar essas questões à luz do Direito Constitucional brasileiro.

1 OS DIREITOS SOCIAIS E O ESTADO SOCIAL

O surgimento dos direitos sociais reflete o contexto de passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, também conhecido como “Welfare State”¹.

O Estado Liberal era concebido como Estado mínimo, não-intervencionista. Sua atuação limitava-se a proteger as liberdades individuais. Entretanto, o liberalismo revelou-se insuficiente para garantir o equilíbrio social, uma vez que as desigualdades sociais se

1 Cf. MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 38.

intensificavam progressivamente, levando grande parcela da população a viver em condições miseráveis.

Nesse contexto, as liberdades clássicas não passavam de direitos meramente formais, já que não podiam ser efetivamente fruídas pelos indivíduos que não dispunham de condições materiais mínimas para viver.

Essa situação conduziu a uma evolução da concepção do Estado, ao qual se atribuíram novas funções. O Estado, assim, deixou de ter uma postura absentéista e passou a intervir na ordem econômica e social, estabelecendo políticas de médio e longo prazo. Surgiu, então, o Estado Social, caracterizado pelo *government by policies, que substitui o government by law* do liberalismo². É nesse contexto que os direitos sociais passaram a ser introduzidos nas Constituições.

A primeira Constituição a prever os direitos sociais foi a do México, de 1917, seguida pela Russa, de 1917 e a de Weimar, de 1919. No Brasil, a primeira Constituição a prever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934³.

Interessante notar que, nesse período que sucedeu a Primeira Guerra Mundial, a expressão direito social referia-se basicamente aos direitos trabalhistas. Estava relacionada, pois, a apenas um grupo determinado de pessoas⁴.

Somente mais tarde é que os direitos sociais passaram a corresponder ao direito de acesso a serviços oferecidos em caráter universal, como saúde e educação⁵.

Atualmente, os direitos sociais estão previstos em grande parte das ordens constitucionais e são concebidos como condições essenciais à legitimidade de um autêntico Estado de Direito. Sobre essa questão, disserta Ingo Wolfgang Sarlet:

2 Cf. BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 37, abr./jun. 1999.

3 Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 285.

4 Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 174.

5 *Ibidem*, p. 174.

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material.⁶

Assim, percebe-se que os direitos fundamentais sociais se inserem em um modelo de Estado voltado cada vez mais às questões coletivas do que às individuais⁷.

2 OS DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Muitas das normas que prescrevem direitos sociais na Constituição Federal de 1988 são versadas de modo programático.

Normas programáticas são aquelas que preveem programas, finalidades e tarefas a serem desenvolvidas pelo Estado e que demandam concretização pelo legislador⁸. Por isso, diz-se que são normas com baixa densidade normativa.

Alguns autores criticam a expressão “normas programáticas”, uma vez que ela teria sido empregada, no passado, no sentido de retirar dessas normas o caráter jurídico, reduzindo-as a meros ditames políticos⁹.

Em geral, os direitos sociais são previstos de forma mais vaga na Constituição a fim de permitir ao legislador infraconstitucional a concretização das normas de acordo com a conjuntura socioeconômica. A intenção dessa forma de positivação é impedir que as normas constitucionais acabem sendo superadas por mudanças conjunturais¹⁰.

Essa relativa autonomia que a Constituição confere ao legislador na definição do modo e da medida de concretização dos direitos sociais,

6 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 71.

7 Cf. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 19.

8 Cf. SARLET, op. cit., p. 284.

9 Cf. KRELL, op. cit., p. 20.

10 Cf. SARLET, op. cit., p. 308.

formando o chamado “livre espaço de conformação”, também se justifica por permitir a vigência de um sistema político pluralista, na medida em que possibilita a formulação de políticas públicas que reflitam a escolha do eleitorado em cada momento¹¹. Afinal, são os governantes e parlamentares, democraticamente eleitos pelos cidadãos, que decidirão a forma de implementação dos direitos sociais, entre os diversos caminhos permitidos constitucionalmente.

A Constituição Federal de 1988, por conter muitas dessas normas programáticas, é caracterizada como uma constituição dirigente.

Não se pode deixar de consignar que muito se tem criticado esse tipo de Constituição, tendo em vista o reduzido grau de eficácia alcançado, mesmo tendo sido previstos meios para garantir sua efetivação, como o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Uma das críticas que se fazem é que a formulação de promessas constitucionais referentes aos Direitos Fundamentais Sociais, sem que o Estado tivesse reais condições de promovê-los, teria gerado uma frustração constitucional, sentimento de descrença dos cidadãos na ordem jurídica e no poder político.

José Joaquim Gomes Canotilho, apesar de ter sido inicialmente um dos defensores do constitucionalismo dirigente, mais recentemente mudou seu posicionamento. Segundo ele, esse tipo de Constituição consistiria em uma “conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade”¹². Ele considera que está ultrapassada a idéia de uma Constituição que coloca o Estado como centro de direção exclusiva ou quase exclusiva da sociedade, de modo que aposta no que chama de “constitucionalismo moralmente reflexivo”, através de políticas de direção indireta, que demandam participação mais ativa e responsável da sociedade civil¹³.

Deveras, a experiência demonstrou que a mera previsão de direitos sociais no texto constitucional não é capaz de transformar a realidade social e econômica de um país. Contudo, não se pode deixar de reconhecer que a previsão dos direitos sociais na Constituição, mesmo que não haja condições de sua plena efetivação, tem uma função educativa

11 Cf. KRELL, op. cit., p. 22.

12 Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, nº 15, p. 10, 1998.

13 *Ibidem*, p. 16.

e conscientizadora, além de fornecer subsídios para as reivindicações da sociedade civil organizada¹⁴.

3 OS DIREITOS SOCIAIS E A REGRA DE APLICABILIDADE IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos termos do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Com relação aos direitos de defesa, não se costuma questionar a respeito de sua aplicabilidade imediata.

Entretanto, há discussão sobre se tal dispositivo constitucional se aplica também às normas relativas a direitos sociais prestacionais ou somente às normas relativas aos direitos individuais e coletivos.

Ingo Wolfgang Sarlet entende que essa norma constitucional se aplica também aos direitos sociais¹⁵. Conforme assevera, a referida norma não se refere a uma categoria específica de direitos fundamentais, mas, genericamente, a “direitos e garantias fundamentais”, entre os quais se inserem os direitos sociais¹⁶.

Deveras, a Constituição não faz qualquer distinção entre as categorias de direitos fundamentais com relação à aplicação da referida norma, de modo que se pode afirmar que a regra de aplicabilidade imediata também se refere aos direitos sociais.

É preciso verificar, então, qual o significado dessa aplicabilidade imediata da norma, especialmente com relação às normas programáticas de direito social, que demandam concretização legislativa.

Entendemos que, em regra, essas normas, por sua natureza, dependem da intervenção do legislador para poderem gerar plenos efeitos. Entretanto, o Poder Público está obrigado, independentemente de concretização legislativa, a atuar de modo a maximizar a eficácia desses direitos e a garantir um mínimo de condições para uma existência digna aos cidadãos, dentro de suas possibilidades financeiras.

14 Cf. KRELL, op. cit., p. 28.

15 No mesmo sentido, v. SILVA, op. cit., p. 467.

16 SARLET, op. cit., p. 278.

Assim, mesmo que não tenha havido concretização legislativa, os cidadãos podem deduzir direitos das normas constitucionais, desde que suas pretensões possam ser inferidas, com base nos critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, dos valores insertos na Constituição.

Com relação a essa questão, Ingo Wolfgang Sarlet pondera que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal teria um caráter principiológico, representando um mandado de otimização, no sentido de determinar que os órgãos estatais proporcionem a maior eficácia aos direitos sociais¹⁷.

Isso porque o fim da norma insculpida no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal teria sido especialmente o de evitar que os direitos fundamentais se tornem letra morta¹⁸.

Assim, a regra de aplicabilidade imediata com relação aos direitos sociais teria a função de incumbir ao Estado o dever de maximizar a eficácia desses direitos, com a implementação das medidas necessárias à sua realização¹⁹.

De fato, as normas programáticas, por terem eficácia limitada, demandam a interposição legislativa para poderem produzir plenos efeitos. Entretanto, mesmo essas normas possuem algumas cargas eficaciais que independem da concretização legislativa, já que elas: (i) acarretam a revogação das normas que lhe sejam contrárias; (ii) vinculam o Legislativo a produzir normas voltadas à concretização dos direitos nelas previstos, sendo esse Poder impedido de legislar de forma contrária ao sentido de seus preceitos; (iii) fixam diretrizes para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; (iv) geram, ao menos, direito subjetivo no sentido negativo, uma vez que o indivíduo tem direito de exigir que o Estado não atue de forma contrária aos seus ditames; e (v) quanto aos direitos já concretizados pelo legislador, conferem certa estabilidade ao grau de satisfação dos direitos sociais, através da chamada proibição de retrocesso²⁰.

17 SARLET, op. cit., p. 288.

18 SARLET, op. cit., p. 281.

19 KRELL, op. cit., p. 38. Essa tese vai ao encontro da doutrina brasileira da efetividade, que busca reconhecer a aplicabilidade direta e imediata da norma constitucional, na máxima extensão de sua densidade normativa, conforme ensinamentos de Luís Roberto Barroso, em *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21.03.2009. p. 5.

20 Cf. SARLET, op. cit., p. 314-318.

Portanto, vê-se que as normas programáticas, independentemente de sua concretização por leis infraconstitucionais, são capazes de produzir certos efeitos.

Entretanto, deve-se atentar ao fato de que o motivo principal da eficácia reduzida dos direitos sociais não é exatamente a falta de sua concretização pelo legislador ordinário. O problema reside, especialmente, na formulação, implementação e manutenção das políticas públicas, no delineamento dos gastos nos orçamentos públicos e na própria escassez de recursos²¹.

Deveras, grande parte dos direitos sociais já foi regulamentada por normas infraconstitucionais. Vejam-se, por exemplo, as Leis Orgânicas de Saúde (nº 8.080, de 19/09/1990) e de Assistência Social (nº 8.742, de 07/12/1993), além da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394, de 20/12/1996).

Assim, o problema do baixo grau de efetivação de direitos sociais não se deve tanto à falta de concretização legislativa das normas constitucionais, mas, principalmente, à formulação de políticas públicas incapazes de implementar integralmente e de forma satisfatória os direitos previstos constitucionalmente.

É o caso, por exemplo, de medicamentos que não são fornecidos gratuitamente pelo Estado, ou de certos tratamentos de saúde que não são prestados em hospitais públicos. Nesses casos, poderia o cidadão exigir judicialmente o fornecimento de determinado remédio ou tratamento, com base no direito à saúde consagrado constitucionalmente? Poderia o Poder Judiciário intervir na política pública implementada, a fim de determinar a realização de uma prestação a um indivíduo não contemplada nos planos governamentais?

Essas indagações serão objeto das reflexões expendidas adiante.

4 O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A questão da eficácia dos direitos sociais está, como visto, intimamente relacionada à problemática do controle das políticas públicas pelo Judiciário. Discute-se se esse Poder teria competência para interferir nas escolhas dos Poderes Legislativo e Executivo nas

²¹ Cf. KRELL, op. cit., p. 32.

políticas públicas desenvolvidas, impondo-lhes, por exemplo, o dever de efetuar alguma prestação social específica.

As políticas públicas, tarefas características do Estado Social, podem ser definidas como a “coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”²². As políticas públicas, portanto, podem ser compreendidas como envolvendo tanto a atuação normativa, reguladora e fomentadora do Estado, como suas ações concretas, de prestações de serviços²³.

Impende destacar que o controle das políticas públicas pode envolver objetos diversos. Um deles é o conteúdo das políticas públicas, através da análise das metas e prioridades eleitas pelo Poder Público com relação aos direitos fundamentais, bem como a verificação do resultado final esperado. Além disso, o controle pode ter como objeto o processo de decisão e execução das políticas públicas, através da verificação do montante de recursos aplicados nas políticas relativas aos direitos fundamentais, do atingimento das metas fixadas e da eficiência no emprego dos recursos públicos²⁴.

No presente estudo, o enfoque é dado principalmente ao controle judicial com relação ao conteúdo das políticas públicas, por ser tema bastante recorrente e de grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina. Tal controle refere-se ao julgamento, pelo Poder Judiciário, a respeito da conformidade das metas estabelecidas pelo Legislativo e Executivo no âmbito do orçamento e da execução orçamentária e do resultado final esperado dessas políticas públicas com as normas que regem os direitos fundamentais²⁵.

Esse controle parte do pressuposto de que, com base nos preceitos constitucionais, há certos resultados esperados e, portanto, exigíveis, com relação às políticas públicas relacionadas aos direitos sociais. Nessa

22 BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, p. 135-136, 1996.

23 Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 112.

24 *Ibidem*, p. 128-129.

25 Cf. BARCELLOS, op. cit., p. 129.

visão, certos bens e serviços poderiam ser exigidos judicialmente do Estado se não previstos nas políticas públicas.

A jurisprudência brasileira atual apresenta muitas decisões que expressam esse entendimento, especialmente na área da saúde, em que se determina ao Estado que custeie um tratamento médico ou ofereça algum medicamento.

Contudo, parte da doutrina tem apresentado críticas incisivas em face desse entendimento.

Assim, passar-se-á a analisar dessas críticas, para, dessa forma, verificar a possibilidade do controle judicial das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 O CUSTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A questão que pode ser considerada como o maior entrave à eficácia dos direitos sociais prestacionais é que sua efetivação implica relevantes gastos ao Estado.

Como os direitos sociais prestacionais demandam um comportamento ativo do Estado na distribuição e criação de bens à sociedade, é evidente que eles possuem um caráter econômico relevante.

É fato que não são apenas os direitos sociais que demandam o emprego de recursos financeiros pelo Estado. Isso porque os chamados direitos de defesa também exigem a atuação do poder público para sua proteção e efetivação.

Deveras, tem-se reconhecido que, tanto os direitos de defesa, quanto os direitos prestacionais, possuem determinações positivas e negativas ao Estado²⁶. O direito à vida, por exemplo, reconhecido como direito de primeira geração, somente pode ser assegurado se o Estado adotar medidas protetivas, como serviço de polícia, sistema prisional, etc.

Por esse motivo, há autores que criticam as teses que veem a questão econômica como obstáculo à plena efetivação dos direitos sociais, já que os direitos de defesa também têm relevância econômica.

²⁶ Cf. KRELL, op. cit., p. 47.

Ana Carolina Lopes Olsen afirma que a ideia de que os direitos de defesa gerariam pouco ou nenhum gasto ao Estado e que os direitos sociais, em contrapartida, seriam extremamente custosos, teria sido disseminada pela teoria neoliberal²⁷.

Contudo, ao se ressaltar a questão do custo dos direitos sociais, não se pretende dizer que somente eles implicariam gastos ao Estado. Ao contrário, como já enfatizado, reconhece-se que todos os direitos, incluindo os de defesa, implicam certos gastos ao Poder Público.

Ocorre que os custos dos direitos de liberdade funcionam de forma diferente dos custos dos direitos sociais.

Conforme explica José Reinaldo de Lima Lopes, a defesa dos direitos de liberdade ou patrimoniais exige do Estado gastos na manutenção de seu aparelhamento policial e judicial, os quais, contudo, não têm relação direta com o valor do bem protegido²⁸. Ou seja, o custo da defesa dos direitos de liberdade não varia consideravelmente em função dos direitos a serem protegidos. Já com relação aos direitos sociais, o montante gasto pelo Estado varia diretamente em função do interesse que se pretende defender.

Nessa senda, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a “neutralidade” econômico-financeira dos direitos de defesa está relacionada ao fato de que o fator custo não é apontado como óbice à sua efetivação pelo Poder Judiciário, uma vez que a imediata aplicação desses direitos independe dos fatores econômicos²⁹. Deveras, as decisões judiciais proferidas em favor da proteção desses direitos, geralmente não implicam dispêndio financeiro direto pelo Estado.

Os direitos sociais prestacionais, por sua vez, impescindem do dispêndio de recursos financeiros para sua implementação. Desse modo, as decisões do Poder Judiciário que reconhecem um direito a prestação implicam ao Poder Público o gasto direto de recursos.

Ocorre que os recursos financeiros do Estado são limitados. Em vista dessa escassez de recursos e da impossibilidade de sua arrecadação irrestrita em face dos contribuintes, há que se reconhecer que o Estado não poderá ser obrigado a realizar prestações que exorbitem

27 *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 186.

28 LOPES, op. cit., p. 177.

29 SARLET, op. cit., p. 305.

sua disponibilidade financeira. Isso significa que a questão econômica representa um limite fático à efetivação dos direitos sociais.

Conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a dependência, da realização dos direitos sociais prestacionais, da conjuntura socioeconômica é tudo menos retórica. Negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real³⁰.

Em vista disso, a doutrina tem afirmado que a efetivação dos direitos sociais está adstrita à observância da chamada “reserva do possível”, cujo significado será a seguir estudado.

4.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

A reserva do possível consiste em uma condição que limita a aplicação do Direito³¹. No campo dos direitos sociais, a reserva do possível significa que a efetivação desses direitos estaria condicionada à disponibilidade fática e jurídica dos recursos necessários. A reserva do possível abrangeria tanto a questão da existência dos recursos, quanto a possibilidade jurídica de sua disposição pelo Estado³².

A “reserva do possível” foi primeiramente aplicada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso conhecido como *numerus clausus*³³. Esse caso envolvia a discussão a respeito da compatibilidade entre leis estaduais que restringiam o acesso dos cidadãos a universidades públicas (*numerus clausus*) e a Lei Fundamental³⁴.

Aquela Corte entendeu que as referidas leis eram constitucionais, na medida em que o Estado já estava fazendo o possível para tornar o ensino superior acessível, de modo que não seria razoável exigir mais dele, uma vez que tal exigência poderia também comprometer outros programas sociais. A ideia de reserva do possível, nesse contexto, não dizia respeito propriamente à escassez de recursos, como tem sido seu

30 SARLET, op. cit., p. 370.

31 Cf. OLSEN, op. cit., p. 199.

32 SARLET, op. cit., p. 306.

33 SARLET, op. cit., p. 306.

34 Cf. OLSEN, op. cit., p. 215.

uso mais comum, mas especialmente à razoabilidade da exigência dos indivíduos quanto à alocação desses recursos³⁵.

Andreas J. Krell critica a adoção acrítica da “reserva do possível” pelo Brasil e da sua aplicação da mesma forma como empregada na Alemanha, uma vez que a realidade socioeconômica desses países é bastante díspar³⁶.

Deveras, não se pode negar que os institutos jurídicos, quando transportados de um sistema jurídico para outro, devem ser interpretados dentro do contexto socioeconômico em que se inserem. Com relação à reserva do possível não deve ser diferente. Ela deve ser compreendida, no Brasil, levando-se em consideração o quadro social de um país em desenvolvimento. Entretanto, isso não significa que esse conceito não possa ser utilizado em nosso sistema jurídico.

A doutrina apresenta diferentes concepções sobre o alcance e significado da reserva do possível.

Ingo Wolfgang Sarlet ensina que a reserva do possível apresenta três dimensões, quais sejam:

a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade³⁷.

Para Ana Carolina Lopes Olsen, a reserva do possível corresponde aos elementos fáticos que influenciam a aplicação do Direito, podendo ser analisada em dois campos: o da lógica e o da existência dos recursos materiais. No campo da lógica, a reserva do possível impediria que se exigissem do Estado prestações logicamente impossíveis, como, por

35 C. F. OLSEN, op. cit., p. 219.

36 KRELL, op. cit., p. 51-56.

37 SARLET, op. cit., p. 307.

exemplo, o fornecimento de medicamento para cura de doença que seja incurável pelo estágio atual da medicina. Quanto à existência de recursos materiais, a reserva do possível impediria a exigência de prestações do Estado quando não houvesse disponibilidade fática ou jurídica dos recursos para sua efetivação³⁸.

É nessa última vertente, referente à disponibilidade fática e jurídica de recursos, que a reserva do possível tem maior relevância no tema da efetivação dos direitos sociais, justamente pelo fator do custo desses direitos.

Como visto, o Estado não dispõe de dinheiro suficiente para atender às necessidades de todos. A arrecadação de recursos pelo Estado é limitada por normas constitucionais e legais e, conseqüentemente, os recursos e gastos estatais também são limitados³⁹.

Nesse sentido, dissertam Gustavo Amaral e Danielle Melo:

[...] afirmar que alguém tem o direito de receber dada prestação do Estado, sem limites nas possibilidades, demanda que se admita, ao menos implicitamente, um custeio ilimitado, a despeito das garantias constitucionais ligadas à tributação, ao respeito da propriedade e dos contratos, que protege não apenas os que contratam com o Poder Público, mas também o direitos dos servidores aos seus vencimentos⁴⁰.

Por isso, não sendo possível o atendimento de todas as necessidades, o Estado deve eleger as prioridades a serem atendidas e, com base nisso, elaborar a lei orçamentária e as políticas públicas. Destaque-se que a alocação de recursos escassos deve levar em conta se eles são suficientes para permitir um acesso universal e igualitário aos serviços que serão prestados. Ou seja, o Estado, ao decidir, por exemplo, conceder um determinado medicamento gratuitamente, deverá verificar se possui recursos suficientes para concedê-lo a todos que dele precisam, sem dar preferência a uns indivíduos em detrimento de outros, sob pena de violar o princípio da igualdade⁴¹.

38 OLSEN, op. cit., p. 204-205.

39 Cf. LOPES, op. cit., p. 179.

40 Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 104.

41 Cf. LOPES, op. cit., p. 179.

Como se pode ver, a reserva do possível relativa à ausência de recursos, *a priori*, é argumento legítimo para que o Estado se negue a efetivar uma prestação social, já que não se pode dele esperar algo além de suas possibilidades financeiras.

Ademais, a reserva do possível pode até ser vista como uma garantia da proteção dos direitos sociais, uma vez que evita que, para atendimento de uma demanda individual, os recursos destinados à implementação de outros direitos sociais sejam realocados⁴².

Entretanto, é preciso verificar se a ausência de recursos para uma determinada prestação não é decorrente de alocação dos recursos feita pelo Poder Público contrariamente às disposições constitucionais. Sabe-se que a Constituição não determina detalhadamente como devem ser gastos os recursos públicos e nem seu montante, exceto em alguns campos, como na educação e na saúde, em que se preveem recursos mínimos a serem investidos. Contudo, é possível extrair da Carta Maior as prioridades eleitas pelo Constituinte, entre as quais, indubitavelmente, está a efetivação dos direitos fundamentais. Assim, os recursos orçamentários devem ser destinados prioritariamente aos fins considerados essenciais pela Constituição e, se assim não tiver ocorrido, o argumento da reserva do possível perde sua legitimidade.

Há de se distinguir, pois, as situações em que a realização de uma prestação não é possível por comprovada e efetiva ausência de recursos, daquelas em que a falta de recursos decorre de sua alocação em desconformidade com a Constituição.

Nesse contexto, disserta Ana Carolina Lopes Olsen:

A reserva do possível surge como um excelente escudo contra a efetividade dos direitos fundamentais a prestações positivas, como os direitos sociais, pois nada poderia ser feito, ainda que houvesse '*vontade política*', face à escassez de recursos. Interessante que estes recursos nunca são escassos para outros fins, de modo que a própria noção de escassez merece ser investigada, e não tomada como um dado de verdade irrefutável⁴³.

Na mesma linha dos argumentos aqui defendidos, dissertou o Ministro Celso de Mello em despacho proferido nos autos da ADPF-

42 Cf. SARLET, op. cit., p. 307.

43 OLSEN, op. cit., p. 209.

45, ajuizada com o fim de derrubar veto presidencial que afetaria as verbas da saúde. Ele reconheceu que a efetivação dos direitos sociais está condicionada às possibilidades financeiras estatais, mas que o Poder Público não pode, mediante manipulação de suas atividades financeiras e político-administrativas, criar empecilhos artificiais e ilegítimos à efetivação dos direitos fundamentais.⁴⁴

Dessa forma, é possível dizer que a discricionariedade administrativa na alocação de recursos está limitada por parâmetros que podem ser extraídos da Constituição Federal. Nos casos em que a Carta Magna não estabelecer os percentuais mínimos de aplicação de recursos, será necessário adotar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fazendo-se a ponderação entre os bens que se visam realizar e a destinação dos recursos que gerou a escassez⁴⁵. Nesse contexto, pode-se afirmar, por exemplo, que os gastos governamentais com publicidade não podem exceder os valores empregados na promoção dos direitos sociais, em vista da maior relevância destes direitos na ordem constitucional⁴⁶.

4.3 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Uma das críticas que se fazem ao controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário é que essa intervenção violaria o princípio da separação de poderes, uma vez que seria função exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo a regulamentação, formulação e implementação dessas políticas.

44 [...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) – DJ: 04.05.2004.

45 Cf. OLSEN, op. cit., p. 214.

46 Cf. BARCELLOS, op. cit., p. 132.

Conforme disserta José Reinaldo de Lima Lopes, a decisão quanto à alocação de recursos é uma decisão política, ou seja, de conveniência, uma vez que não há critérios normativos que conduzam a uma única solução⁴⁷. Assim, o Poder Judiciário não poderia julgar essas questões, uma vez que somente teria competência para decidir sobre a legalidade ou constitucionalidade de uma escolha e não sobre o acerto ou desacerto de decisão tomada pela Administração no âmbito de atividade discricionária.

Outra crítica que se faz é a de que o Poder Judiciário não teria subsídios suficientes para julgar sobre o acerto ou desacerto de políticas públicas e destinação de recursos públicos. Isso porque o Poder Executivo, como tem uma visão global dos recursos e das necessidades existentes, estaria em melhores condições de decidir sobre a alocação de recursos, de modo a otimizar os gastos públicos⁴⁸.

Alega-se que as decisões judiciais relacionadas à concessão de prestações sociais em um caso específico teriam enfoque meramente individualista das questões sociais, sendo que uma gestão eficiente de recursos impescindiria de uma percepção global dos recursos e necessidades existentes.

Conforme afirma Luís Roberto Barroso, “o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”⁴⁹.

Com fulcro nesses argumentos, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, na SS 3073/RN, considerou que o Judiciário não deveria determinar ao Estado o fornecimento gratuito de medicamento que não constasse em seu programa de dispensação de medicamentos, já que uma decisão em sentido contrário, por implicar elevados gastos ao governo, poderia prejudicar o sistema público de saúde como um todo⁵⁰.

47 LOPES, op. cit., p. 184.

48 Cf. BARROSO, op. cit., p. 23.

49 Cf. BARROSO, op. cit. p. 27.

50 “[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário,

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, faz ressalvas à crítica ora em comento, uma vez que entende que somente se atingirá a macro-justiça se forem atribuídos aos indivíduos os bens essenciais à dignidade humana, ou seja, se forem consideradas as micro-justiças. Segundo a autora, “a ‘macro-justiça’ – assim como a clássica noção de *interesse público* – não existe como um conceito etéreo, desvinculado da realidade e das pessoas concretamente consideradas”⁵¹. Assim, conclui que haverá injuricidade na concepção da macro-justiça se não se respeitarem os direitos mínimos à vida digna dos indivíduos.

Já Andreas J. Krell entende que, em princípio, o Judiciário não deveria intervir nas escolhas feitas por outro Poder na concretização dos direitos sociais, exceto quando houvesse violação evidente e arbitrária da determinação constitucional⁵².

Em vista disso, afirma que:

parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais⁵³.

Esse autor afirma que a teoria da separação de poderes, surgida na época do Estado liberal, merece ser interpretada de uma forma diferente no novo Estado Social, considerando-se suas necessidades

e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, “o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo” (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte.” - DJ 14.02.2007

51 BARCELLOS, op. cit., p. 139.

52 KRELL, op. cit., p. 22.

53 Ibidem, p. 22.

específicas. Para ele, “na medida em que as leis deixam de ser vistas como programas *condicionais* e assumem a forma de programas *finalísticos*, o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade”⁵⁴.

O Ministro Celso de Mello, em despacho proferido na ADPF 45, afirma que, embora a função de formular e implementar políticas públicas seja atribuída aos Poderes Executivo e Legislativo, o Poder Judiciário poderia imiscuir-se nessa função excepcionalmente, quando aqueles órgãos, por não exercerem devidamente seus encargos, comprometerem a eficácia dos direitos individuais e coletivos constitucionais⁵⁵.

Nesse contexto, há de se destacar que, diante das novas demandas sociais e da existência de um sistema jurídico permeado por regras de conceitos abertos e indeterminados, a doutrina tem salientado que a postura dos magistrados, acostumados a aplicar o direito de forma lógico-dedutiva, deve mudar, a fim de que suas decisões sejam pautadas também por aspectos valorativos e possam contribuir para a efetivação dos direitos sociais e da justiça material.

Nesse sentido, disserta Andreas J. Krell:

a concretização desses direitos sociais exige alterações nas funções clássicas dos juízes que se tornam co-responsáveis pelas políticas dos outros poderes estatais, tendo que orientar a sua atuação para possibilitar a realização de projetos de mudança social, o que leva à ruptura com o modelo jurídico subjacente ao positivismo, a separação do Direito da Política⁵⁶.

54 KRELL, op. cit., p. 90.

55 “[...] É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO) [...]”.- DJ: 04.05.2004.

56 KRELL, op. cit., p. 74.

De fato, não há dúvidas de que o Poder Judiciário deve atuar de forma a contribuir para a efetivação dos direitos sociais. Contudo, não se pode reconhecer a esse Poder competências maiores do que as que lhe foram atribuídas constitucionalmente, como a de julgar o acerto ou o desacerto de escolhas políticas da Administração.

Assim, para não infringir o princípio da separação de poderes, o controle das políticas públicas somente deve se dar quando houver violação de princípios e regras constitucionais e legais, seja na alocação de recursos, seja na implementação e na manutenção de políticas públicas. Esse controle deve-se restringir, pois, ao exame da constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Público e não se estender ao mérito das escolhas feitas dentro do âmbito de discricionariedade permitido pelo ordenamento.

Entretanto, cabe ao Poder Judiciário, em cada caso, definir qual é o real espaço dentro do qual o Legislativo e o Executivo efetivamente podem fazer suas livres escolhas e se estas foram feitas com a observância dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento. É evidente que, para fazerem essa análise, os magistrados devem estar preparados para aplicarem uma hermenêutica que vai além da análise lógico-dedutiva das normas, devendo ser realizado um sopesamento dos valores que permeiam o ordenamento.

4.4 O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

Outra crítica à interferência do Poder Judiciário sobre os atos dos demais Poderes na formulação e implementação de políticas públicas é a de que tal atuação representaria afronta ao princípio democrático.

Esse princípio funda-se na ideia de soberania popular, expressa no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que se concretiza, em nosso sistema jurídico e político, especialmente, através da eleição, pelo povo, de seus representantes nos Poderes Executivo e Legislativo.

Portanto, são esses dois Poderes que refletem a escolha do povo e que têm a competência para a elaboração de leis, a decisão sobre alocação de recursos e a criação e execução de políticas públicas⁵⁷. Em outras palavras, são os órgãos representantes do povo que têm a competência para definir a forma e a medida de concretização dos direitos sociais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

⁵⁷ Cf. BARROSO, op. cit., p. 11.

O Poder Judiciário, por sua vez, é composto por membros escolhidos, em sua maioria, por meio de concurso público, com base em critérios técnicos, e não por meio de votação popular.

Assim, parte da doutrina alega que, se o Poder Judiciário determina a implementação de um direito social num caso concreto de forma diversa da prevista na política pública formulada pelo Executivo e Legislativo, estaria ferindo o princípio democrático, já que estaria atingindo as escolhas efetuadas pelos órgãos que representam a maioria popular.

Isso ocorreria porque, uma vez que os recursos são escassos, o atendimento de uma decisão judicial que determinasse a realização de uma prestação social não prevista pelo Estado implicaria a necessidade de rearranjo na alocação de recursos. Dessa forma, o Judiciário estaria intervindo na decisão feita pelo povo, por meio de seus representantes eleitos, a respeito de como os recursos públicos devem ser gastos.

Nesse sentido, disserta Paulo Gustavo Gonet Branco:

Na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social. Essa legitimação popular é tanto mais importante, uma vez que a realização dos direitos sociais implica necessariamente, privilegiar um bem jurídico sobre outro, buscando-se concretizá-lo, com prioridade sobre outros. A efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população. Essas opções exigem, pois, procedimento democrático para serem escolhidas – tudo a apontar o Parlamento como a sede precípua dessas decisões e, em segundo lugar, a Administração⁵⁸.

Luís Roberto Barroso afirma que o Judiciário somente deve agir quando a maioria política desprezear as normas de direitos fundamentais. Segundo ele, o embate, nesse caso, dar-se-ia entre dois conceitos que envolvem o Estado democrático de direito: o constitucionalismo, que determina o respeito aos direitos fundamentais,

58 Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª parte. 1ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG, p. 31.

e a democracia, traduzida na soberania popular e no governo da maioria. Nesse contexto, o Judiciário somente poderia interferir nos casos em que houvesse patente violação ao direito fundamental expresso na Constituição ou para determinar o cumprimento de uma lei já existente, já que, nesses casos, o julgador, além de proteger o direito fundamental, estaria também resguardando a decisão majoritária expressa pelo constituinte ou pelo legislador⁵⁹.

Ana Paula de Barcellos afirma que a crítica de que o controle judicial das políticas públicas feriria o princípio democrático deve ser vista com ressalvas⁶⁰. Ela pondera que o funcionamento efetivo da democracia impescinde da fruição de um conjunto básico de direitos fundamentais pelo povo, sem os quais o cidadão não pode exercer plenamente a liberdade e participar conscientemente do processo político democrático. Argumenta, ainda, que, em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como o Brasil, grande parcela da população vive em estado de absoluta miséria e está desprovida de educação e informação, de modo que resta comprometida a participação consciente no processo democrático e o exercício de um controle social das políticas públicas. Nesse contexto de ausência de controle social, “a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”⁶¹. Conclui a autora que o princípio democrático não pode ser considerado como um óbice ao controle judicial das políticas públicas nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, uma vez que, considerando-se as condições socioeconômicas desses países, tal controle se daria justamente para garantir os direitos fundamentais essenciais para o próprio funcionamento do processo democrático.

Deveras, em países como o Brasil, em que grande parte da população não tem acesso a instrução escolar e informação, a democracia não se concretiza de forma plena, já que a escolha dos parlamentares e governantes e, conseqüentemente, das políticas que serão adotadas, não é plenamente consciente e não reflete a real vontade e necessidade do povo.

Dessa forma, levando-se em consideração essa realidade socioeconômica e política do país, entendemos que a objeção de que o controle judicial das políticas públicas afeta o princípio democrático

59 BARROSO, op. cit., p. 10-11.

60 BARCELLOS, op. cit., pp 119-122.

61 *Ibidem*, p. 121.

deve ser vista com ressalvas, não tendo força, por si só, para impedir essa atuação do Judiciário.

4.5 PROBLEMAS DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Nos últimos anos, pode-se encontrar na jurisprudência grande número de decisões que reconhecem a existência de direitos subjetivos com relação a prestações sociais e que obrigam o Estado a implementá-las, especialmente na área da saúde, como o fornecimento gratuito de certos medicamentos e de determinados tratamentos médicos⁶².

Se, por um lado, essas decisões contribuem para a efetividade dos direitos sociais no caso concreto, por outro, podem afetar de tal maneira o orçamento público que prejudiquem a implementação das políticas públicas e, dessa forma, a concretização dos direitos sociais em prol da coletividade.

Uma das críticas mais contundentes é a falta de critérios e de razoabilidade em algumas decisões que reconhecem a existência de direitos subjetivos aos direitos sociais, como, por exemplo, as decisões que condenam a Administração a custear tratamentos de saúde não essenciais e a fornecer medicamentos experimentais ou de eficácia incerta⁶³.

Conforme disserta Luís Roberto Barroso, esses excessos cometidos pelo Judiciário “põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional de recursos públicos”⁶⁴.

62 Como exemplos, vejam-se as seguintes ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

“Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Fornecimento de Medicamentos a Paciente Hipossuficiente. Obrigação do Estado. Súmula N. 636 Do Supremo Tribunal Federal” (Supremo Tribunal Federal. AI-AgR 616551 / GO – GOIÁS. Relator: Min. Eros Grau. Data do julgamento: 23/10/2007)

“Processual Civil. Administrativo. Agravo Regimental. Art. 544 do CPC. Recurso Especial. SUS. Fornecimento De Medicamentos Necessários Para O Tratamento de Angioplastia Bilateral. Artigo 196 Da Cf/88. Direito À Vida E À Saúde. Dever Do Estado. Legitimidade Passiva. Ação De Obrigação De Fazer. Antecipação de Tutela. Requisitos Legais. Preenchimento. Reexame Probatório. Impossibilidade. Súmula 07/Stj.” (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1044354/RS. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 14/10/2008)

63 Cf. BARROSO, op. cit., p. 3.

64 Ibidem, p. 4.

Deveras, é evidente que a irrazoabilidade e desproporcionalidade das decisões judiciais que visam à implementação de direitos sociais nos casos individuais podem ocasionar o efeito inverso do pretendido, fazendo com que os preceitos constitucionais sociais se concretizem em níveis ainda menores em âmbito coletivo.

Isso se deve ao fato de que essas decisões judiciais, por implicarem gastos ao Poder Público para serem cumpridas, obrigam a Administração a realocar os escassos recursos públicos, o que fatalmente afetará as políticas previstas para serem desenvolvidas em prol da coletividade.

A respeito do assunto, disserta Ricardo Lobo Torres:

A insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que ocorre em outros países⁶⁵.

Assim, entendemos que as decisões judiciais que envolvam as políticas públicas impõem de uma prévia análise global dos aspectos envolvidos e do seu impacto para o resto da sociedade. Afinal, a justiça social que se pretenda fazer num caso concreto pode significar a retirada de recursos financeiros que seriam destinados a políticas públicas voltadas ao atendimento de uma quantidade maior de pessoas, que dependam ainda mais do auxílio estatal. Por esse motivo, a atuação judicial no controle das políticas públicas deve ser priorizada em ações coletivas, uma vez que, em ações individuais, é praticamente inviável essa análise global.

4.6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Grande parte da doutrina e da jurisprudência tem se manifestado a favor do reconhecimento de direito subjetivo com relação a certas prestações sociais, mesmo que elas não tenham sido especificamente previstas pelo legislador ordinário e pela Administração na elaboração das políticas públicas.

65 O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 82-83.

Argumentam que os direitos sociais previstos na Constituição não podem ser considerados meras promessas, de modo que o controle judicial das políticas públicas colaboraria para a afirmação da força normativa da Constituição.

Um dos argumentos mais utilizados para justificar o controle judicial do conteúdo das políticas públicas é o de que é dever do Estado garantir pelo menos o “mínimo social” e, quando isso não estiver ocorrendo, o Judiciário poderá intervir.

A Corte Constitucional Alemã reconheceu o direito a um “mínimo de existência” com fulcro nos princípios da dignidade humana e do Estado Social e nos direitos à vida e à integridade física⁶⁶.

Assim, segundo a teoria do “mínimo social”, o cidadão teria o direito subjetivo de exigir do Estado a prestação dos serviços sociais necessários à garantia de uma existência digna.

Segundo Andreas J. Krell, esse padrão mínimo “inclui sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e a garantia de uma moradia”⁶⁷.

Luís Roberto Barroso afirma que o mínimo existencial “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate político”⁶⁸.

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial, fundado nos princípios da dignidade humana e da proteção à vida, consiste nas condições materiais mínimas para o exercício efetivo da liberdade, as quais devem ser extraídas pelo intérprete de acordo com a realidade de cada local, considerando fatores climáticos, culturais, econômicos, etc⁶⁹. Segundo esse autor, há que se reconhecer o direito subjetivo a prestações sociais quando elas forem essenciais para a garantia do mínimo existencial. Para além desses parâmetros básicos, reconhece que pode haver direitos subjetivos a prestações estatais, mas, nesses casos,

66 KRELL, op. cit., p. 61.

67 Ibidem, p. 63.

68 BARROSO, op. cit., p. 10.

69 SARLET, op. cit., p. 369 e ss.

as objeções a seu reconhecimento, especialmente o comprometimento de outros direitos fundamentais, poderão prevalecer.

A teoria do mínimo existencial foi utilizada recentemente pelo Supremo Tribunal Federal, no despacho proferido pelo Ministro Celso de Mello nos autos da ADPF-45, a fim de reconhecer que o Judiciário pode intervir quando a omissão estatal ou sua conduta abusiva comprometerem a garantia de condições mínimas para uma existência digna aos cidadãos⁷⁰.

Embora seja certo que esteja ínsita ao conceito de Estado Social a garantia de condições mínimas de existência digna aos cidadãos, não se pode esquecer que, mesmo para essa proteção social básica, é necessário o dispêndio de elevado montante de recursos financeiros, especialmente em países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, onde grande parcela da população depende das prestações públicas. Assim, essas prestações mínimas tampouco estão isentas da incidência da reserva do financeiramente possível.

De qualquer forma, esse conceito do mínimo existencial é importante para conduzir as escolhas do Poder Público na formulação das políticas públicas, uma vez que elas deverão priorizar o atendimento dessas necessidades básicas, sob pena de tais escolhas serem consideradas inconstitucionais, por violação a princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana, considerado como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

5 CONCLUSÕES

Como se pode verificar, a Constituição Federal brasileira prevê diversos direitos sociais, em geral através de normas programáticas, as quais já foram, em sua maioria, reguladas por leis infraconstitucionais. Dessa forma, o problema da efetivação dos direitos sociais está relacionado

70 “[...] Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (...)” – DJ: 04.05.2004.

especialmente com a formulação de políticas públicas, com o delineamento dos gastos nos orçamentos públicos e com a própria escassez de recursos.

Nesse contexto surge a discussão sobre o controle judicial do conteúdo das políticas públicas, o qual, como visto, envolve o conflito entre regras e princípios constitucionais: de um lado a separação de poderes, o princípio democrático e princípios orçamentários, e de outro, os direitos fundamentais sociais, muitas vezes essenciais à proteção da dignidade humana.

Sob outra perspectiva, pode-se afirmar que o controle judicial das políticas públicas envolveria conflitos entre os direitos sociais de uns contra os direitos sociais de outros, já que, como visto, o atendimento de uma determinação judicial para implementação de um direito social a um cidadão resulta em realocação de recursos, em prejuízo das políticas públicas previstas para beneficiarem a coletividade⁷¹.

Através da análise das críticas que se fazem ao controle judicial das políticas públicas, podemos verificar que efetivamente há limites para essa atuação do Poder Judiciário.

Pode-se dizer que, com relação a alguns casos, há direitos subjetivos a prestações estatais. A própria Constituição Federal prevê alguns deles expressamente, como o direito ao ensino fundamental gratuito. Além disso, como vimos, não há como negar que o Estado Social deve garantir aos cidadãos um mínimo de condições para uma vida digna. Entretanto, mesmo nesses casos, incidem as limitações fáticas dos recursos existentes, não tendo como se exigir do Estado algo além de suas possibilidades.

Destaque-se que grande parte dos direitos sociais está prevista de forma genérica na Constituição, formando um espaço de livre conformação ao legislador e à Administração Pública para alocação de recursos e formulação de políticas públicas. Dentro desse espaço, o Poder Público poderá fazer as escolhas que achar mais convenientes, de acordo com os recursos existentes. E, dentro desse âmbito de livre escolha, o Poder Judiciário não pode intervir, em respeito, especialmente, ao princípio de separação de Poderes.

Como demonstrado, a previsão dos direitos sociais em normas abertas permite sua concretização de formas diversas. Por isso, embora

71 Cf. BARROSO, op. cit., p. 4.

os direitos sociais previstos na Constituição Federal possam abranger uma infinidade de prestações, o Poder Público é obrigado a eleger apenas algumas para efetiva implementação, tendo em vista que a escassez de recursos impede a realização de todas elas.

Um exemplo que se pode dar é o do direito fundamental à saúde. Esse direito pode dar origem a prestações diversas pelo Estado, como o saneamento básico, atendimento hospitalar, fornecimento de medicamentos, campanhas de prevenção de doenças, etc. Dentro de cada segmento desses, a Administração pode avaliar quais políticas atenderão da melhor forma a coletividade. Pode decidir, por exemplo, fornecer alguns medicamentos mais econômicos e que atendam mais pessoas, e deixar de fornecer medicamentos mais onerosos, que, em vista da escassez de recursos, não poderiam ser disponibilizados a todos os que deles necessitem. Assim, embora o fornecimento de um medicamento possa, teoricamente, subsumir-se ao direito à saúde, o Estado não poderá ser obrigado ao seu fornecimento se comprovar não ter recursos suficientes.

Como é o Legislador e a Administração Pública que têm conhecimento global dos recursos e das necessidades, supõe-se que eles podem aplicar os recursos de forma mais eficaz que o Judiciário. Assim, a eles cabe a regulação e implementação de políticas públicas, não devendo haver, em princípio, a interferência do Judiciário nesse âmbito.

Cabe ressaltar que o Poder Judiciário, no intuito de promover a justiça social em casos determinados, pode acabar prejudicando, pela necessidade de realocação de recursos, o regular desenvolvimento de políticas públicas que, além de atenderem uma quantidade maior de pessoas, alcançam aquelas que efetivamente mais necessitam da assistência estatal.

Nesse contexto, interessante destacar os ensinamentos de Luís Roberto Barroso:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo mais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.⁷²

72 BARROSO, Op. cit., p. 4.

Entretanto, embora seja certo que cabe ao Executivo e ao Legislativo a escolha de como e em que investir os recursos públicos, tal escolha não é de todo livre, devendo pautar-se pelas prioridades eleitas pelo constituinte. Como a Constituição elegeu como prioridades a garantia e promoção dos direitos fundamentais, as políticas públicas devem se guiar por esses princípios e, se isso não ocorrer, a intervenção do Judiciário será legítima⁷³.

Ressalte-se que a própria Constituição Federal prevê quantidades mínimas de recursos a serem empregados em certas áreas, como na educação e na saúde (artigos 198, § 2º e 202), além de vincular as receitas de contribuições sociais ao custeio da seguridade social.

Contudo, o controle judicial não se restringe somente a essas previsões expressas. Com relação às matérias cujo percentual não esteja previsto na Constituição Federal, o controle poderá ser feito com base na análise das prioridades eleitas pelo Constituinte, utilizando-se os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, para avaliar se a destinação dos recursos que gerou escassez foi legítima.

Assim, como o Estado Social deve garantir as condições mínimas de existência digna às pessoas, o Poder Público deve priorizar o atendimento das prestações que garantam esses direitos, devendo alocar uma quantia de recursos superior à efetivação dessas prestações do que às questões menos prementes, como é o caso das publicidades governamentais. Se essa proporcionalidade estiver sendo desobedecida, haverá inconstitucionalidade, podendo o Judiciário determinar ao Poder Público que a alocação de recursos se adapte aos ditames constitucionais.

Ademais, não se pode olvidar que o Judiciário poderá controlar a moralidade, eficiência e probidade dos atos da Administração, responsabilizando os agentes que tenham desrespeitado esses princípios. Isso é de relevante importância, tendo em vista que a maximização da eficácia dos direitos fundamentais indubitavelmente depende de uma boa administração.

Dessa forma, entendemos que o controle judicial das políticas públicas impescinde de uma análise global, pelo julgador, dos diversos aspectos que envolvem os casos a serem decididos.

73 f. BARCELLOS, op. cit., p. 117.

Essa análise global, contudo, por demandar grande volume de informações e envolver a discussão de interesses de toda a sociedade, dificilmente será possível em ações individuais, de modo que devem ser priorizada as ações coletivas. Há que se destacar, nessa senda, a relevância dos instrumentos processuais coletivos e abstratos, como as ações civis públicas, ações diretas de inconstitucionalidade e ações de descumprimento de preceito fundamental. A discussão das políticas públicas de forma coletiva ou abstrata revela diversas vantagens, como a maior visibilidade do debate pela sociedade, a prevalência da visão global das necessidades e dos recursos, e o respeito à isonomia.

Assim, reconhecemos que o Poder Judiciário tem um papel importante na tutela dos direitos fundamentais sociais, mas que, nesse mister, não pode extrapolar os limites de suas competências, seja para não infringir os princípios orçamentários, democráticos e o da separação de poderes, seja para evitar que a judicialização excessiva acarrete desequilíbrios orçamentários que prejudiquem a implementação de políticas públicas em prol da coletividade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, coordenação de Luciano Benetti. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos>>. Acesso em: 21.03.2009.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, abr./jun. 1999.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: hermenêutica constitucional e direitos fundamentais. 2ª parte. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. Material da 1ª aula da Disciplina

- Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL – IDP – REDE LFG.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. As políticas públicas e o direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 13, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: *Revista dos Tribunais: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 15, 1998.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. Curitiba: Juruá, 2006.
- KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo Leivas. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM, Luciano Benetti (coords.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A RESPONSABILIDADE PESSOAL DO PARECERISTA PÚBLICO EM QUATRO *STANDARDS*¹

José Vicente Santos de Mendonça

Mestre e doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado. Professor da pós-graduação da Cândido Mendes, da UERJ e do Instituto Brasileiro do Petróleo

SUMÁRIO: 1 Colocação do problema; 2 Algumas decisões relevantes; 3 Primeiro *standard*: o dolo; 4 Segundo *standard*: o erro evidente e inescusável; 5 Terceiro *standard*: a não-adoção de condicionantes reais de cautela; 6 Quarto *standard*: a necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias; 7 Proposições objetivas; Referências.

¹ Este texto foi apresentado como tese no XXXV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado (outubro de 2009), havendo sido aprovado, com louvor, por unanimidade.

RESUMO: Partindo das três decisões mais importantes do STF a respeito da responsabilidade dos advogados públicos quando do exercício da função consultiva, o texto elabora quatro *standards* que pretendem esclarecer o assunto. São eles o dolo, o erro inescusável, a não-adoção de condicionantes reais de cautela e a necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias inerentes ao mundo do Direito. Afastando-se do conhecimento convencional, que se limita a proclamar a multiplicidade de interpretações jurídicas possíveis como forma de exculpar o parecerista público, o artigo defende que o parecer é um espaço institucionalmente controlado do exercício de opinião profissional, o que significa que nem todas as opiniões são juridicamente possíveis: o advogado público, se é um viabilizador de políticas públicas, não deve se tornar um engenheiro do impossível.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade. Parecer. Advogado público. Erro. Dolo. Cautela.

ABSTRACT: This paper studies three of the most influential decisions of Brazilian Supreme Court concerning the responsibility of state attorneys on legal opinions. We then offer four standards regulating this responsibility: active intention, inexcusable error, not using words of caution, and the need to preserve Law's plurality of ideas. The article disagrees with traditional doctrine on this subject, which limits itself to state Law's vagueness as a means to exclude responsibility on legal opinions written by public attorneys. The general conclusion is that a legal opinion, as a institutional, controlled piece of professional opinion, although open to Law's interpretative possibilities, is not "free", so that a public attorney, as concerned as it must be with offering legal frameworks to state action, is not to be regarded as a "engineer of impossibilities" or as a master of (legal) disguise.

KEYWORDS: Responsibility. Legal opinion. Public attorney. Intention. Error. Caution.

1 COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Este texto propõe quatro *standards* operacionais que, construídos a partir de decisões judiciais, lições doutrinárias e reflexões práticas, pretendem contribuir para uma melhor compreensão da responsabilidade do parecerista público. Ele será pessoalmente responsável se (i) agir com dolo, ou (ii) cometer erro evidente e inescusável, e se (iii) não tomar providências de cautela, sendo certo que (iv) a interpretação do que é conduta dolosa e do que é erro evidente e escusável deve ser suficientemente restritiva para permitir a existência de opiniões jurídicas minoritárias ou contramajoritárias, considerando que a heterogeneidade de idéias é valor constitucional comprovadamente útil à produção dos melhores resultados possíveis ao Direito.

Defenderemos, como sub-tese, que, embora devamos ser pragmáticos na atuação profissional, não podemos ignorar o interesse público.¹ Defenderemos, então, que somos todos capazes de detectar quando um advogado está defendendo interesse legítimo dentro do Direito, e quando está “advogando uma tese”, no sentido crítico-ordinário da expressão: quando está mitificando juridicamente uma conduta ilegal. Tal postura não se encaixa na liberdade profissional de opinião², inserindo-se apenas superficialmente dentro da abrangência do quarto *standard*. Trata-se, afinal, de hipótese de dolo, só que disfarçado.

A idéia do artigo é sistematizar algumas noções pertencentes ao conhecimento convencional com vistas à facilitação de seu uso, e, além disso, vindicar a assunção de postura conscientemente ousada por parte dos consultores públicos: até o limite da heterodoxia opinativa, há Direito; para além daí, grassa a má-fé e o auto-engano.

2 ALGUMAS DECISÕES RELEVANTES

Para o desenvolvimento dos nossos *standards* vamos analisar as três decisões do STF mais recentes a respeito do tema. Decisões das cortes de contas vão aparecer de modo incidental, muito embora

1 Não desconhecemos o debate acerca da inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público. Para este artigo, vamos adotar a expressão “interesse público” no sentido depurado de “melhor interesse público”, o qual não antagoniza de modo necessário com o interesse privado. Cf., por todos, SARMENTO, Daniel (coord.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

2 Art. 2º, parágrafo terceiro, da lei federal n.º 8.906/94: No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei. Ainda, art. 31, parágrafo primeiro: O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

elas, junto com a atuação do MP, sejam a fonte propulsora das questões debatidas no STF.

A primeira decisão do STF é a que foi tomada no *Mandado de Segurança n.º 24.073-3 – Distrito Federal*, cujo julgamento se deu em 6 de novembro de 2002, sendo relator o ministro Carlos Velloso.³ Este foi, durante um bom tempo, o *leading case* sobre o assunto. No caso, o Tribunal de Contas da União, por intermédio de sua Primeira Secretaria de Controle Externo, motivada por notícias publicadas no Jornal do Brasil, realizou auditoria na Petrobras e detectou ilegalidade na contratação direta, sem licitação, da empresa de consultoria Arthur D. Little – ADL. A partir daí, o TCU pretendeu responsabilizar, de modo pessoal e solidário (aos diretores da empresa), os diversos advogados da Petrobras que atuaram no caso e prolataram pareceres favoráveis à contratação direta da ADL.

O mandado de segurança sustentou a inconstitucionalidade do controle do Tribunal de Contas para examinar a atuação dos impetrantes, porque estes não haveriam atuado como administradores, mas tão-somente como advogados. A responsabilização violaria, ainda, a isenção técnica da atuação profissional dos advogados; sem falar que as opiniões legais haveriam sido redigidas com base nas informações fornecidas, aos consultores, pelas diversas unidades especializadas da Petrobras. O TCU, por sua vez, defendeu seu ato, afirmando que os pareceres jurídicos “constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões dos ordenadores de despesas.” A essência da responsabilização estaria na “conduta dos pareceristas em não averiguar com o devido rigor nas situações concretas, inclusive com base na doutrina e jurisprudência pertinentes, a observância dos requisitos básicos para atendimento às exigências impostas pela Lei de Licitações [...]”.

O STF discordou do TCU. No voto do relator, adotado à unanimidade, argumentou-se que pareceres não são atos administrativos, mas “opinião emitida pelo operador do Direito, opinião técnico-jurídica.” O ato administrativo seria o que lhe seguiria, não a opinião jurídica em si. E, em trecho que nos interessa de modo especial, afirmou-se:

Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o

3 Todas as citações a seguir foram realizadas com base no texto integral da decisão Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. 2009. Todos os destaques são nossos.

administrador, *ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé*, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.

O relator continuava:

Ora, o Direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, *para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável.*

Como não era essa a hipótese – tratava-se, apenas, de discordância quanto à melhor interpretação jurídica –, inexistiria qualquer ilícito na atuação dos advogados.⁴

Os outros ministros, em seus votos, acrescentaram observações interessantes: para Gilmar Mendes, tratava-se de um desses casos emblemáticos em que se pretende rever discussões jurídicas com base na opinião do Tribunal de Contas ou de um único membro do MP. Para Nelson Jobim, o caso mostrava o “exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas.” Acabava que divergir do TCU significava ter responsabilidades (ou ter que responder por alguma imputação delas), inclusive em questões jurídicas. E o ministro Sepúlveda Pertence, espirituoso, observando que, nos votos precedentes, havia sido registrado certo temor do Ministério Público, afirmou que, se a moda pegasse, o próprio MP, emissor de algumas centenas de pareceres diários, acabaria tendo que pagar “por todas as culpas que tem e não tem.”

A segunda decisão do STF que nos interessa é a havida no *Mandado de Segurança n.º 24.584-1 – Distrito Federal*, julgado em 9 de agosto de 2007. O relator foi o ministro Marco Aurélio e a decisão foi tomada por maioria, vencidos os ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia. O caso envolve, de um lado, procuradores federais junto ao INSS, e, de, outro, mais uma vez, o Tribunal de Contas da União. A situação de fato é a averiguação da regularidade dos custos da prestação dos serviços da Dataprev ao INSS, e a análise da juridicidade de convênio celebrado entre o INSS e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD. O Tribunal de Contas pretendia chamar todos os

⁴ No voto do relator, afirma-se, ainda, que a sede própria para eventual responsabilização dos advogados seria a OAB, não os Tribunais de Contas. Não analisaremos essa linha de argumentos neste trabalho.

procuradores que atuaram administrativamente junto à formalização e execução do convênio para que, sob pena de multa, apresentassem justificativas para seus atos de aprovação do ajuste. O mandado de segurança foi impetrado com base na liberdade profissional, na ausência de atuação dos advogados como administradores, na impossibilidade de que os procuradores conhecessem todos os detalhes técnicos da avença. O pedido era para que sequer fossem ouvidos pelo TCU.

O relator, ministro Marco Aurélio, iniciou seu voto fazendo uma diferenciação entre sua posição no caso anterior – em que votou pela concessão da segurança –, e, nesse, porque, em sua opinião, a hipótese da Petrobras era de simples parecer opinativo, enquanto que, na presente, tratava-se de *aprovação* da minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93.⁵ Afirmando que “o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”, votou pela obrigação de que os impetrantes apresentassem explicações ao TCU, e, se fosse o caso, acionassem o Judiciário para afastar as glosas inadequadas que eventualmente poderiam ser feitas pelo órgão.

O ministro Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação da irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos, apresentou lição, do administrativista francês René Chapus, que diferenciava os pareceres jurídicos em três espécies: os *facultativos*, nos quais a prolação da opinião é facultativa, e o administrador a ela não se vincula; os *obrigatórios*, quando a manifestação é obrigatória e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato a análise; e os *vinculantes*, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente, não age. O parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – porque com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres havidos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/93. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo advogados públicos, deveriam prestar contas por seus atos, razão pela qual denegava a segurança.

Seguiu-se discussão sobre a qualificação da causa – estar-se-ia tratando de uma pretensão de insubmissão total ao TCU, à simples conta

5 Art. 38, parágrafo único, da Lei federal n.º 8.666/93: As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

de se ser advogado público, ou de exigência de que os advogados fossem à Corte de Contas para explicar fatos que nada tinham a ver com sua atuação profissional? O ministro Gilmar Mendes, terceiro a votar, abriu a linha divergente afirmando que a imputação seria imprópria, porque não haveria má elaboração de pareceres ou qualquer responsabilidade de advogado por prestação de contas de convênio; citando o precedente do MS n.º 24.073.3-DF, concedeu a ordem.

O próximo a votar, Carlos Ayres, concordou com o relator e votou pela denegação da segurança: o Tribunal de Contas não acusava ninguém de nada, mas, apenas, queria explicações. Eros Grau, por sua vez, defendeu que a regra da lei de licitações seria análoga à das contratações privadas – o advogado seria, tão-somente, um fiscal da forma. Acompanhou, então, a dissidência aberta por Gilmar Mendes, concedendo a segurança. Cezar Peluso, em voto interessante, discordou do pressuposto de fato adotado pelo ministro Gilmar – a correção das manifestações jurídicas –, apontando uma série de aspectos da imputação do TCU ao qual a inicial do mandado de segurança sequer fazia menção (a verdadeira acusação seria a de que os agentes administrativos haveriam faltado a seu dever específico de servidores incumbidos da consultoria jurídica). Seria recomendável, à luz do caso, e diante da inexistência de imunidade absoluta de quem quer que fosse, que o Tribunal de Contas chamasse os procuradores para explicações, pelo quê denegava a ordem. O voto de Ricardo Lewandowski foi simples: acreditando que os advogados públicos, assim como os magistrados, são, em regra, irresponsáveis⁶ por suas opiniões, *salvo casos de erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa* – o que parecia ser a hipótese –, ele, também, denegava a segurança. A ministra Cármen Lúcia, discordando da maioria e acompanhando Eros Grau e Gilmar Mendes, apenas acrescentava que não acreditava na irresponsabilidade absoluta dos advogados, e que, neste caso, os impetrantes poderiam ser ouvidos pelo TCU, ainda que tecnicamente não na qualidade de responsáveis, já que parecer não configuraria ato administrativo. Ellen Gracie, certa de que a matéria já havia sido suficientemente debatida, acompanhou o relator e denegou a segurança.

O Supremo, portanto, denegou a segurança, por maioria, entendendo que os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados ao TCU para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, mas abriu espaço, como não poderia deixar de ser, para

6 No original está escrito “responsáveis”, mas se trata de erro formal, porque, do contrário, a frase, lida em seu todo, não faria sentido.

questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas em desfavor dos advogados públicos.

O terceiro precedente é o *Mandado de Segurança n.º 24.631-6 – Distrito Federal*, julgado em 9 de agosto de 2007, com relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A hipótese versava sobre imputação do Tribunal de Contas da União em desfavor de procurador autárquico do DNER que proferiu parecer admitindo a celebração de acordo judicial para pagamento de dívida da autarquia. O valor acabou sendo pago, mas por acordo extrajudicial, e isso quando já havia sido emitido precatório. O TCU alegava quebra na ordem cronológica do precatório e violação à legalidade, impessoalidade, razoabilidade, indisponibilidade dos bens públicos, moralidade e isonomia. O procurador, na defesa, sustentou a extrapolação das atribuições do TCU e o malferimento a dispositivos constitucionais e legais relacionados à advocacia pública.

O ministro relator, depois de, mais uma vez, ressaltar que não acreditava numa irresponsabilidade absoluta dos advogados públicos no exercício de funções de consultoria, não se podendo assim interpretar a jurisprudência do STF, voltou a discorrer sobre o que considerava os parâmetros ideais para a responsabilização dos pareceristas públicos. Trazendo novamente a tripartição doutrinária de René Chapus – pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes –, indicou sua proposta dos dois parâmetros de responsabilização. Quando a lei nada fala, o parecer é facultativo e não há, com a ressalva do dolo ou do erro inescusável, responsabilidade. Quando a lei vincula a atuação administrativa à manifestação favorável, há compartilhamento de responsabilidades entre administrador e parecerista, e, desse modo, “o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois *ele é também administrador nesse caso.*”

Descendo às minúcias do caso, Joaquim Barbosa concluiu que o parecer era facultativo, e mais: que a atribuição de responsabilidade do TCU ao parecerista era arbitrária, pois este havia opinado a favor de transação judicial, e o acordo supostamente lesivo tratava de transação extrajudicial. O TCU pretendia responsabilizar quem “potencialmente” tinha dado ensejo à irregularidade, mesmo quando inexistissem provas ou indícios da participação do procurador. Todos os demais ministros concordaram com o relator, mas houve divergência em relação à correta configuração da idéia de “parecer obrigatório” (ou “vinculante”), pois, para Carlos Britto e Marco Aurélio, a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em

administrador em sentido técnico (Marco Aurélio chegou a afirmar: “Senhor presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer.”)

É claro que existiriam outros precedentes mais antigos do próprio STF⁷, ou do STJ⁸, ou as muitas e variadas decisões dos tribunais de contas, as quais, quase sempre, buscam responsabilizar o advogado público.⁹ Importa-nos, contudo, por óbvias razões institucionais, as decisões do STF, em especial sua *ratio decidendi*, que se pode resumir da seguinte forma: (1) os advogados públicos *não* são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a idéia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria co-responsável pelo ato administrativo.

Nossos quatro *standards* foram construídos a partir da lógica decisória do Supremo mas a ela não se limita. Os dois primeiros – o do dolo e o do erro evidente e inescusável – são-lhe diretamente tributários, o terceiro é uma recomendação da prática, e o quarto, o da necessidade

7 Por exemplo, *apud* o voto de Maurício Corrêa no MS n.º 24.073-3, o Inquérito n.º 1674, julgado pelo pleno do Supremo em 6 de setembro de 2001, relator originário o ministro Ilmar Galvão, e, para o acórdão, o ministro Sepúlveda Pertence, no qual se reconheceu a imunidade material do Advogado Geral da União para o exercício de sua função.

8 No Recurso em *Habeas Corpus* n.º 7165 – RO –, julgado em 21 de maio de 1998, relator o ministro Anselmo Santiago, uma procuradora do estado de Rondônia havia sido denunciada pelo MP, como incurso no art. 89 da Lei n.º 8.666/93, à conta de parecer em que afirmou a possibilidade de uma contratação direta sem licitação. O relator entendeu que a denúncia era “despropositada, abusiva até.” “Não é plausível a *persecutio criminis* contra quem simplesmente, no pleno exercício de suas funções, emite opinião sobre matéria teórica, referendada por sua Chefia, pouco importando que espertalhões venham a usar seu trabalho para, em etapa posterior, se locupletarem às custas do erário público.” Afirmou, ainda, que a denúncia seria uma condenável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida, nos termos do art. 18 da Lei da OAB, com ampla liberdade. Com uma única divergência, todos os demais ministros acompanharam o relator, dando provimento ao recurso. No *Habeas Corpus* n.º 78.553 – SP, julgado por unanimidade em 9 de outubro de 2007, sendo relator a ministra Maria Thereza de Assis Moura, entendeu-se que não era pelo simples fato de a impetrante ser advogada – no caso, procuradora do município de Santo André – que estaria livre de poder cometer, em tese, o crime descrito no art. 90 da Lei federal n.º 8.666/93. A liberdade de exercício da profissão de advogado, dizia a ministra, confinar-se-ia nos limites da lei. Daí a denegação da ordem.

9 Assim, *v.g.*, acórdão TCU n.º 462/2003, plenário; ainda, acórdão TCU n.º 1.412.

de preservação da heterogeneidade de idéias como valor constitucional e como dado pragmaticamente útil, é construção que pouco aparece na doutrina e na jurisprudência brasileira (as quais preferem falar, em sua maioria, na liberdade de ofício do advogado).

Se concordamos, então, com o STF, não concordamos na íntegra, e o motivo é o seguinte: *a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista*. Esse parâmetro, a rigor a grande novidade do assunto nos últimos tempos, trazido por Joaquim Barbosa a partir de René Chapus, é critério formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre se deve dar de modo subjetivo. É dizer, o problema não nos parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexos causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável.

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade *sempre* poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir.¹⁰⁻¹¹

De resto, não é possível acreditar que o parecerista vire administrador, com todas as conseqüências práticas do conceito (prestação de contas ao tribunal de contas etc.), apenas porque a lei determina, em certos casos, a elaboração de opinião. Seguindo a linha acaciana do ministro Marco Aurélio, o administrador administra, e um parecer vai ser sempre um parecer: se é obrigatório ou não, isso não

10 “[...] Dizer que a autoridade pede um parecer e é obrigada a curvar-se àquele parecer, eu confesso que não conheço exemplos aqui no Direito brasileiro.” DI PIETRO, Maria Sylvania. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*. Vol. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, p. 6, janeiro de 2008.

11 Mesmo na hipótese dos chamados “pareceres normativos”, coisa mais próxima à idéia de “parecer vinculante” que conseguimos imaginar, sempre será possível rediscutir as hipóteses fáticas em relação aos quais ele irá incidir, ou o administrador poderá mudar seu curso de ação – confundindo-se o conceito com o de “parecer obrigatório” –, ou, mesmo, a autoridade poderá solicitar sua revisão diante de um novo quadro fático, doutrinário ou jurisprudencial. Não há, enfim, nada como uma vinculação absoluta da Administração Pública a um parecer.

desnatura sua essência opinativa. Trata-se de construção doutrinária e apenas em certo sentido jurisprudencial – já que não foi adotada na íntegra pelo STF, e dois ministros dela discordaram expressamente – que não se encaixa ao nosso Direito.¹² O parecer é obrigatório quanto à sua presença, mas não é, e jamais poderia ser, obrigatório quanto a seu acolhimento: mesmo no caso do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, há consenso, no STF e nos tribunais de contas, de que a autoridade administrativa pode deixar motivadamente de segui-lo¹³, arcando, é claro, com os riscos.

Falando no art. 38, parágrafo único, da Lei federal n.º 8/666/93, poder-se-ia pensar que é argumento em favor dos “pareceres obrigatórios responsabilizantes.” Não é. A disposição é excepcional, e o importante, aqui, não é que o parecer é obrigatório – embora, nesse caso, ele o seja –, mas é que ele *aprova* alguma coisa. É *por isso* que essa modalidade, específica e qualificada de manifestação jurídica, gera responsabilidade a seus prolores. Porque se torna, mercê da lei, um ato administrativo de aprovação, não mais, na essência, um parecer jurídico (obrigatório ou facultativo – tanto faz).

Conclusão: não existem pareceres vinculantes no Direito brasileiro, mas, somente, pareceres obrigatórios e facultativos; não é a obrigatoriedade que atrai a responsabilidade, mas a culpa/dolo, o nexo causal e o dano; o parecer obrigatório não torna seu prolator um administrador, tanto que o verdadeiro administrador poderá decidir motivadamente de modo contrário a este; a hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, carrega responsabilidade aos pareceristas

12 Há argumento consequencialista em favor da inexistência de relação automática entre obrigatoriedade de emissão de parecer e responsabilização do parecerista. É que, caso tal vinculação prevaleça, vai-se estimular que os agentes políticos, por intermédio de lei, inventem nova categoria de administradores, sem voto nem cargo de confiança, com quem possam dividir suas responsabilidades cotidianas: os advogados pareceristas. Logo não haverá parecer que não seja obrigatório, e, provavelmente, não haverá advogado que se preste a redigi-los. Um segundo possível argumento consequencialista em desfavor da vinculação é que, ao promover uma super-responsabilização dos advogados públicos, há estímulo psicológico para que nada mais funcione na Administração: sob risco pessoal, o “não” será sempre posição mais confortável. A lógica do resultado adotada pelo administrador público, na feliz expressão de Gilmar Mendes no MS n.º 24.5584, ficará eternamente apesada na “gaiola de ferro” da burocracia estatal, na não menos feliz expressão de Max Weber.

13 “Os agentes administrativos, em princípio, não estão obrigados à observância de pareceres jurídicos, embora suas decisões, se os contrariar, devem apresentar motivação consistente para afastar os argumentos neles deduzidos.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. In: TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVI – Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-23. aqui, p. 17.

apenas porque cria um ato administrativo de aprovação, não porque os pareceres ali referidos sejam obrigatórios.

Vamos, agora, ao primeiro *standard*: o dolo.

3 PRIMEIRO STANDARD: O DOLO

Ele é o mais óbvio, e, ao mesmo tempo, o mais difícil de ser caracterizado. É muitíssimo difícil conseguir configurar, de modo a justificar alguma responsabilização, o dolo, a má-fé, de um advogado público parecerista. A conduta dolosa vai ser verificada provavelmente a partir de provas indiciárias, testemunhos, declarações, quebras de sigilos telefônicos, mas nada que, diretamente, exsurja *do* parecer. Não há muita coisa a ser dita acerca desse *standard*, senão que dificilmente vai ser incidente de modo puro, ou porque o advogado público vai alegar erro escusável, ou porque imaginará que sua liberdade de opinião e de exercício profissional serão suficientes para escondê-lo (conferir item VI, *supra*).

4 SEGUNDO STANDARD: O ERRO EVIDENTE E INESCUSÁVEL

O que é erro evidente e inescusável numa ciência humana e não-exata como o Direito? Tão aberta a múltiplas interpretações? Em que muitos teóricos já chegaram a defender como, essencialmente, indefinida?¹⁴ É questão complexa, quase impossível de ser respondida, certo?

Errado. A absoluta maioria dos advogados de boa-fé, com experiência em Direito Público (ou em qualquer área na qual estejamos focando a análise), é capaz de detectar um erro inescusável de um colega. Não estamos falando de interpretações divergentes em relação à maioria da doutrina ou da jurisprudência. Não estamos falando da adoção de teses superadas. Estamos falando de erros claros. Erros baseados no parâmetro consistente *no que se poderia exigir de um profissional médio*. Não de um super-advogado com uma equipe de devotados estagiários. Não de um jurista experimentado. De um advogado público, com a presunção de conhecimento trazida pela aprovação no concurso. Aos exemplos, todos reais.

14 Essa é uma das teses tanto dos movimentos realistas quanto daqueles que derivam dos *critical legal studies*. Para os primeiros, v. a boa apresentação de GREEN, Michael Steven. Legal realism as theory of Law. In: *William and Mary Law Review*, vol. 46, n.º 6, 2005, pp. 1915-2000. Para os segundos, cf. a introdução de KELMAN, Mark. *A guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

Elaborar parecer jurídico referente a matéria atual de trânsito com base no revogado Código Nacional de Trânsito, lei federal n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966. Enquadrar caso de dispensa de licitação em artigo inteiramente inaplicável da Lei de Licitações. Aplicar a legislação da União relativa a pregão a hipótese em que a legislação estadual sobre o tema estabelece regra diversa e incompatível. *Et coetera*.

Caso alguma dessas opiniões jurídicas tenha induzido o administrador a erro e gerado prejuízo, nada mais natural do que responsabilizar seu prolator à conta do erro inescusável. Todos os elementos da responsabilização estão presentes: ação, nexos causal, resultado danoso, culpa. Não são cabíveis argumentos do tipo “o administrador é quem, de fato, decide, o parecer é apenas uma opinião” se, à luz do caso, o parecer foi, concretamente, o que induziu e motivou o ato danoso. Já é tempo de superarmos, de espírito aberto, o que chamaremos de *falácia da importância oportuna da opinião jurídica*: quando se trata de destacar o relevo da função consultiva pública no controle interno de juridicidade, todos, corretamente, sublinhamos a importância intrínseca do parecer jurídico; mas, quando se trata de adentrar nos meandros da responsabilização do consultor, o parecer passa a não valer muita coisa, é só mais uma opinião, quase um palpite, que, mesmo se levado a cabo, e ainda que grosseiramente equivocado, opera o milagre de transferir automática, irreversível e inteiramente a responsabilidade da prática do ato (que era seu único objeto e do qual tratava por inteiro e em extensão) à autoridade administrativa.

Por outro lado, há que se diferenciar o erro evidente e inescusável de situações nas quais a Administração, por desconhecimento ou má-fé, solicita que o procurador apresente parecer acerca de questões em relação às quais não detém conhecimento ou não possui formação profissional. Trata-se, aqui, de impossibilidade de responsabilidade por incompetência institucional do órgão. O advogado não sabe e não tem como saber – a não ser que lhe digam, valendo aí, *ipsis litteris*, a informação repassada – questões de fato. Por mais que a formação jurídica seja generalista e que, com o passar do tempo, advogados públicos adquiram certo tino a respeito de questões técnicas não-jurídicas, em regra para detectar o que *não* soa bem, a grande verdade é que nenhum advogado precisa entender de informática, de contabilidade pública, de estatística, de técnica de extração de petróleo, de padrões do mercado para a compra de borrachas de escritório.¹⁵

15 “A atividade do corpo jurídico é a de verificar, dentro das limitações de sua competência e na pressa exigida pela necessidade administrativa, a legalidade das previsões do edital, contrato e suas minutas, cláusula a

Não é porque esteja desobrigado de conhecer questões fáticas e técnicas não-jurídicas que o advogado público vai se escusar de se manifestar conclusivamente a respeito de questões jurídicas: estratégia lamentavelmente comum é a de realizar interpretação restritiva do que é o “assunto jurídico”, até o ponto em que só restem banalidades ou situações menores (numeração de páginas, análises formais acerca do respeito ao devido processo legal entendidas como sinônimo de saber se todos os interessados falaram nos autos etc.). O consultor *deve* suscitar as questões de fato para que, uma vez esclarecidas, tenha suficiente material com base no qual possa elaborar manifestação jurídica consistente. O advogado não é obrigado a saber tudo, mas é obrigado a perguntar tudo aquilo de que necessite para que seu trabalho final seja relevante.

A jurisprudência do Supremo e a doutrina, quando tratam do erro inescusável, mencionam, também, a *omissão*. A omissão é erro, só que erro por não-agir, enquadrada no sentido da culpa *lata*. Há omissão a partir de falha no dever razoável de agir: quando o procurador não detecta ilegalidades claras (não estamos falando de sofisticados artifícios contábeis ou complexas questões relacionadas à delimitação do objeto contratado, porque, mais uma vez, recairíamos na incapacidade institucional para a detecção). Assuntos como a ausência de constituição jurídica da sociedade, procurações sem poderes específicos, inexistência de certidões negativas ou positivas com efeito de negativa juntadas aos autos, inabilitação para a contratação com a Administração. Outros exemplos poderiam ser citados, mas o que é importante que fique claro é que, se o procurador não detectou tais problemas, problemas que qualquer outro advogado público, em sua posição, poderia haver indicado, e se essa conduta gerou dano ao erário – nem que seja o dano consistente no atraso da contratação pública –, ele pode, em tese, vir a ser responsabilizado no plano civil e administrativo.

5 TERCEIRO STANDARD: A NÃO-ADOÇÃO DE CONDICIONANTES REAIS DE CAUTELA

Esse *standard*, ao contrário dos que vimos até aqui, não é capaz, por si só, de disparar a responsabilização do consultor público. Mas

cláusula. Nessa atuação, foge ao âmbito de análise do parecerista os aspectos de gestão propriamente dita, como a escolha discricionária do administrador, e os elementos técnicos não jurídicos, como aspectos de engenharia de uma obra ou compatibilidade e eficiência de determinado software ou produto de interesse da Administração.” TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n.º 1605, 23 nov. 2007, p. 7-8. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10689>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

ele é responsável por, em situações de dúvida, orientar uma eventual decisão desfavorável ao procurador.

O que são condicionantes de cautela? Por que eles devem ser “reais”?

Chamamos de condicionante de cautela toda e qualquer estratégia pragmática que busque evitar a responsabilização do procurador ao demonstrar o exaurimento dos deveres ínsitos à função de parecerista público. Analisemos, sem pretensão de exaustão, dois deles.

O uso de expressões denotativas do término do espaço de opinião jurídica e do início da área de decisão administrativa é o primeiro condicionante. Com o termo complicado queremos significar expressões tão simples quanto “a juízo da autoridade competente”, “a critério do administrador” e semelhantes. Elas indicam que a opinião jurídica acabou, e que, a partir dali, é hora de o administrador decidir. O condicionante tem seu valor, e prova disso é a popularidade da técnica e seu uso geralmente adequado, mas deixará de ser condicionante de cautela quando esconder uma hipocrisia. Explica-se.

Por vezes, o parecerista desenvolve argumento implausível, no curso da exposição não apresenta alternativa, e, ao final, acresce um “a juízo discricionário do administrador” como tática exculpante. Nesses casos, o condicionante deixa de ser cautela e vira covardia. É importante que os advogados consultivos ajam de modo criativo e viabilizante de políticas públicas legítimas (sendo que o juízo de legitimidade compete ao administrador ou ao legislador¹⁶), mas não ao ponto em que se vejam forçados a propor interpretações exóticas, e, para resguardo pessoal, adicionem expressões pseudo-exculpantes. Mais fiel ao interesse público será se o consultor simplesmente disser “não”, ao invés de aceitar a extorsão de um amedrontado “sim”.

A consequência prática dessa insinceridade estilística é simples: sua inefetividade. Assim como, dentro de certo contexto, o uso de verbos conjugados no futuro do pretérito não isenta o emissor da mensagem de responsabilização por dano à imagem (“fulano teria estuprado”), também a afirmação de que a decisão cabe ao administrador, colocada

16 VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. In: TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVI – Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 25-42, aqui, p. 35.

depois de opinião jurídica lavrada com erro evidente e inescusável, ou manifestamente dolosa, não isenta seu prolator de responsabilidade.

Outro condicionante de cautela é o *dever de informar acerca dos riscos jurídicos*. É dever do parecerista informar acerca da existência de riscos jurídicos na adoção desta ou daquela linha de ação. Por riscos jurídicos entenda-se instabilidade nos posicionamentos doutrinários capaz de se refletir em instabilidade jurisprudencial, divergência jurisprudencial capaz de anular a ação, riscos pessoais e/ou de responsabilização do ente federativo. É nesse sentido o trecho de Marçal Justen Filho, com nosso itálico:

Ao examinar e aprovar atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. *A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas decisões.* Mas, se há duas teses jurídicas igualmente defensáveis, a opção por uma delas não pode acarretar punição.¹⁷

Alguns autores, ao operar uma falsa *reductio ad absurdum* na posição de Marçal, acreditam que o professor paranaense esteja exigindo que o advogado público conheça e faça referência a todas as posições doutrinárias e jurisprudenciais existentes.¹⁸ Lógico que não é isso. Basta que se proceda a uma pesquisa ampla o suficiente para

17 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 372.

18 É o caso de Joel de Menezes Niebuhr: "Com o devido respeito, discorda-se do professor paranaense. [...] Ele não precisa tratar de todas as soluções possíveis e imagináveis, o que demandaria esforço extremado. Por exemplo, hoje, supõe-se, há mais de uma centena de títulos publicados sobre licitação pública. Na linha defendida por Marçal Justen Filho, o advogado teria que consultar todos, para inventariar todas as posições sobre a questão analisada. Isso porque, talvez, um autor defenda entendimento peculiar, que diverge do entendimento de todos os demais. Não se pode exigir dos advogados pesquisa de tamanho porte para a elaboração de mero parecer; que ele verifique o entendimento de autor por autor, de tribunal por tribunal." NIEBUHR, Joel de Menezes. *Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres*

mapear os principais riscos dos posicionamentos em análise. Trata-se de apresentar os riscos jurídicos à autoridade de modo a que esta possa fazer uma opção *racional* porque *bem informada*.¹⁹

No próximo item, em que trataremos da preservação da heterogeneidade de idéias junto ao Direito e apresentaremos a noção de liberdade de opinião profissional, traçaremos, também, alguns possíveis limites a essa liberdade. Os limites poderiam ser vistos como condicionantes de cautela. Preferimos, contudo, chamá-los de limites à liberdade de opinião jurídica, porque, apesar de auxiliarem numa não-responsabilização do parecerista, dizem respeito, de modo específico, ao conteúdo da opinião ou às razões nas quais ela se vai basear.

6 QUARTO STANDARD: A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA HETEROGENEIDADE DE IDÉIAS

Como virtualmente todo artigo a respeito da responsabilidade do parecerista, o nosso também vai destacar que o Direito não é ciência exata e que várias questões jurídicas admitem mais de uma resposta. Essa importante verdade, porém, não é tão ubíqua como muitas vezes se quer fazer parecer. Por hora, admitamos a relativa indefinição da linguagem do Direito – o que gera uma relativa indefinição quanto a seus meios e quanto a seus propósitos – como causa da heterogeneidade de idéias no mundo jurídico e façamos uma defesa dessa última noção.²⁰

jurídicos para a administração pública. In: *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, n.º 129. Curitiba: Zênite, 2004, p. 1024-1032.

- 19 O parecer deve ser suficientemente claro e compreensível para que profissional não necessariamente formado em Direito, como o administrador público, consiga entendê-lo e, a partir daí, ponderar riscos e benefícios de cada posição. Há quem defenda que, como o administrador não seria tecnicamente competente para compreender as posições jurídicas, não poderia vir a ser responsabilizado pela adoção de uma delas, já que, afinal, fê-lo secundado pelo parecer. Isso, somado à idéia de que o parecer jurídico é “mera opinião”, e, portanto, também não responsabiliza seu autor, gera um círculo de irresponsabilidade, como mencionado pelo ministro Joaquim Barbosa no julgamento do MS n.º 24.631-6, citando manifestação do TCU: o administrador não responde porque não seria capaz de entender muito bem a tese recomendada pelo parecer jurídico; o parecerista não responde porque seu parecer é só um palpite, e é ao administrador que cabe a decisão efetiva. No final, ninguém responde, todos agarrados às suas razões. Evidente que essa posição é insustentável. Cf., para uma defesa da tese da irresponsabilidade da autoridade que se baseou em parecer jurídico, CAMARROSSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. In: *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, março de 1997, p. 229ss.
- 20 Desenvolver a idéia de relativa indefinição dos meios e dos fins do Direito em HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 137-168; STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Em primeiro lugar, o pluralismo de idéias deve ser mantido porque é, em si mesmo, valor constitucional (art. 1º, V, da CRFB-88). A expressão pluralismo político não pode ser lida de modo restritivo – como pluralismo na representação de partidos políticos –, mas de forma ampla, como pluralismo *de idéias*, de perspectivas a respeito da *polis*. E, naturalmente, incide junto à sociedade civil, mas também junto ao Judiciário, à Administração Pública e a seus órgãos de controle interno de legalidade. A diversidade de idéias e de perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais é, assim, diretamente tributária do texto da Constituição.

Não é só. A diversidade de idéias e o entrelaçamento de posições é, comprovadamente – isso não é força de expressão, como vai ficar claro no próximo parágrafo – um excelente método para fazer com que prevaleçam os melhores argumentos, ou que, na média, melhores decisões sejam proferidas. A opinião minoritária de hoje pode vir a ser o consenso de amanhã; para isso, basta que mudem juízes ou, numa mudança mais consistente, que mude a sociedade. Desnecessário ir longe: há quarenta anos, muitos setores achavam absurdo que um casal pudesse se divorciar ou que filhos havidos fora do elo matrimonial tivessem os mesmos direitos que os demais. Hoje em dia, tudo isso é, felizmente, passado. Nessa evolução mudaram pensamentos e leis, mas a jurisprudência e a doutrina desempenharam papel importante. Forçando limites, testando teses, abrindo espaços e searas de debate em exercícios cotidianos de “experimentalismo democrático”²¹, tribunais e pareceristas administrativos são, muitas vezes, atores e testemunhas de revoluções silenciosas.²²

Em interessante estudo, o professor americano Cass Sunstein detectou a importância da heterogeneidade de opiniões. Em painéis compostos por julgadores indicados pelos dois principais partidos políticos de lá – o partido republicano e o partido democrata –, as opiniões estereotipicamente características de cada posição política (por exemplo, ser favorável a um maior controle público nas atividades privadas seria posição caracteristicamente democrata, e invalidar políticas regulatórias, com base apenas no argumento da livre iniciativa, posição republicana) eram, ora reforçadas, ora neutralizadas, pela presença ou ausência de

21 Para a noção de “experimentalismo democrático”, v. UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004, esp. p. 16-40.

22 Um exemplo: antes mesmo da lei estadual n.º 5.034/07, por meio da qual o Estado do Rio de Janeiro reconheceu o dever de pensionar companheiros homossexuais de servidores públicos falecidos, a PGE-RJ, por intermédio de pareceres jurídicos, já opinava nessa linha.

pessoas que pensassem de modo diferente. Assim, num painel com três juízes republicanos, as opiniões republicanas pessoais de cada juiz eram reforçadas, e o resultado final era *ainda mais* republicano do que a propensão individual de cada um. O mesmo valia para as opiniões tidas por democratas: o resultado, consolidado numa ambiência em o que único discurso possível era o de reforço, saía ainda mais democrata do que as posições singulares. Com a presença de um julgador discordante, os excessos eram neutralizados, e o resultado, mais moderado.²³

Esse é um dos riscos daquilo que o ministro Nélson Jobim, em voto no MS n.º 24.073-3, referia-se como “pensamento único”: potencializar ou revitalizar pensamentos extremos e tomar decisões ruins. A diversidade de idéias é, aqui, técnica de contenção, instrumento da “moderação” tão cara ao espírito republicano. O pluralismo de posições jurídicas é, então, valor constitucional e dado pragmaticamente útil para a obtenção de políticas públicas e de decisões objetivamente melhores do que as obtidas num ambiente monológico. Mas como isso pode incidir como *standard* na responsabilização do parecerista público?

Servindo como filtro interpretativo dos demais *standards*. Ou seja, tanto o que é dolo quanto o que é erro inescusável, sob a perspectiva da preservação da heterogeneidade de idéias no mundo jurídico, devem ser interpretados de modo *restritivo*. Do contrário, estar-se-ia correndo, sim, risco de “censura”²⁴, na medida em que opinião jurídica com a qual não se concorde pode vir a ser reputada “errada” ou “dolosa” por alguma instância de controle – tradicionalmente, pelos tribunais de contas ou pelo MP – e vir a justificar alguma equivocada demanda de responsabilidade. Em médio prazo, pensando em termos consequencialistas, o efeito disso seria o de uma auto-castração ideológica, na qual as consultorias públicas sequer teriam chance de pensar *diferente* – talvez melhor, talvez pior – do que as referidas agências de controle. Além do absurdo jurídico da posição, que consiste na violação ao pluralismo de idéias e à liberdade de opinião profissional, ela é, na essência, antipragmática, porque vai de encontro à possibilidade de aperfeiçoamento das idéias por intermédio do debate e da experimentação.²⁵ Vamos rejeitá-la não apenas porque é antijurídica, mas, também, porque é *ruim*.

23 SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003, *passim*.

24 AQUINO, Carlos Pessoa de. O advogado público. Sua independência e sua imunidade. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3233>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

25 Desenvolver em POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

Isso significa que o parecerista pode sustentar *qualquer* opinião? Claro que não. Defendemos que existem duas espécies de limites a essa liberdade de opinião profissional. A “imunidade do advogado público” (STF, inquérito n.º 1674) encontra limites *formais* e um limite *material*. Os limites formais dizem respeito ao modo como a opinião vai ser expressa; o limite material, a seu próprio conteúdo. A eles.

Como limites formais, temos (i) a *transcrição de dispositivos normativos*, (ii) a *consulta à jurisprudência atualizada*, (iii) o *apelo ao suporte doutrinário usual*, (iv) a *introdução de inovações a partir de um nível aceitável de redundância*, (v) a *rejeição do uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais*.

A (i) *transcrição de dispositivos normativos* é o limite mais evidente à opinião jurídica. Nosso modelo de raciocínio jurídico é grandemente tributário do positivismo normativo de base legal: juízes e advogados gostam de pensar que estão argumentando com base em artigos de leis, mesmo quando os dispositivos normativos são, apenas, mais um dos vários *topoi* a serem considerados. O parecerista deve apresentar seu trabalho como, basicamente, uma análise acerca da incidência do artigo legal tal ao caso tal.

A (ii) *consulta à jurisprudência atualizada* é, também, um dos mais notáveis limites formais à externalização de opinião jurídica. Com o avanço da importância da jurisprudência sobre a da doutrina²⁶, faz-se mister encontrar referência em decisões judiciais, de preferência de tribunais superiores, fornecedoras de apoio ao argumento do parecer. Decisões desatualizadas ou minoritárias podem ser utilizadas, com a ressalva de que podem fazer com que o parecerista recaia na crítica da “opinião sem fundamentação consistente”.

O (iii) *apelo ao suporte doutrinário usual* nada mais é do que uma submissão estratégica ao conservadorismo intelectual inerente ao mundo prático do Direito. O suporte doutrinário usual é a doutrina consagrada, os livros e autores que compõem o padrão médio de leituras de juízes e advogados. Hoje (como sempre), o termo “doutrina jurídica” envolve todo tipo de produção intelectual, desde comentários que repetem o texto legal em linguagem direta até defesas da superação do texto legal,

26 Galgano, citado por Mengoni, diz que “continuamos a nos proclamar intérpretes da lei e a elaborar teorias sobre sua interpretação; contudo, encontramos-nos a funcionar de fato, de modo cada vez mais freqüente, como intérpretes das sentenças.” MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmática giuridica: saggi*. Milão: Giuffrè editore, 1996, p. 99.

visto como instrumento de dominação burguesa²⁷, vindicações em prol de um Direito “achado na rua”²⁸, construções rebuscadas que aplicam teorias filosóficas e políticas a questões práticas²⁹, teses em favor da argumentação *contra legem*³⁰. Em nossa opinião, muitas dessas obras são inaplicáveis à construção de um parecer, não por ausência de qualidade, mas porque destoam excessivamente do padrão médio de expectativas, práticas, percepções e auto-percepções dos operadores institucionais do Direito. A “doutrina consagrada” deve ser pensada como limite formal à prolação de pareceres jurídicos não porque sua “consagração” signifique, de modo necessário, qualidade, mas porque, usada como estratégia pragmática³¹, o convencimento é mais fácil a partir do que já se conhece e, mais uma vez, afasta-se o risco de que a opinião seja tida por “inaceitável.”

Não que as novidades doutrinárias ou jurisprudenciais sejam impossíveis. São possíveis, e, como dissemos, até desejáveis, sendo certo que devem ser preservadas as condições institucionais para possam continuar existindo. No entanto, (iv) sua *introdução deve ser feita a partir de certo nível de redundância*. A prática jurídica é conservadora; as novidades devem conscientemente ser apresentadas como desenvolvimento de conhecimentos existentes, sempre em linguagem jurídica ordinária, “prática”, não-acadêmica. Pode-se apresentar de modo analítico e detalhado a “fórmula do peso” de Robert Alexy, afirmando que se trata de incidência da razão prática ao caso especial da linguagem jurídica (cujo caso geral decorre da teoria dos atos de fala de Habermas), indicando a introdução da qualificação do dado epistêmico na ponderação.³² Ou se pode afirmar que a ponderação é técnica inovadora e importante, usada para pesar princípios, que vem sendo adotada intuitivamente há muito tempo, inclusive pelo STF. Esse limite formal, em síntese, diz que uma

27 Resenha crítica de muitas teorias com tal proposta encontra-se na primeira parte de SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

28 SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. (org.) *O Direito Achado na Rua*. 4. a ed. Brasília: UnB, 1987.

29 NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Esta obra possui operacionalidade prática. Citamo-la aqui por ser, apenas, o mais bem acabado exemplo de incidência de uma teoria filosófica e política a questões práticas de interpretação constitucional.

30 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

31 Sobre o uso da doutrina como estratégia pragmática, v. POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 95.

32 ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. In: *Ratio Iuris*. Oxford: Blackwell, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

opinião jurídica precisa ser apresentada como um escrito capaz de ser lido tanto por um administrador quanto por um juiz, mas não como um trabalho acadêmico.

Finalmente, (iv) devemos *rejeitar o uso exclusivo ou majoritário de opiniões pessoais*. Quer dizer, um parecer jurídico é, sem sombra de dúvida, a opinião de uma pessoa – seu autor – a respeito de um assunto. Só que, mais uma vez, o conservadorismo da prática prefere que os raciocínios, por inteligentes e engenhosos que sejam, estejam suficientemente referendados por autores consagrados e por decisões recentes dos tribunais superiores. Na verdade, o Direito é ciência opinativa que morre de medo de ser apenas opinião, e essa é uma das maneiras de que ele dispõe para exorcizar esse temor. O último limite formal à liberdade de opinião do parecerista público consiste na circunstância, algo paradoxal, de que o procurador deverá demonstrar que sua opinião pessoal não é, na verdade, *apenas* uma opinião pessoal *sua*, mas é secundada pelas opiniões pessoais de autores famosos e de juízes importantes.³³

O limite material é a *razoabilidade* da tese defendida. Aqui entramos em terreno simultaneamente nebuloso e consensual: todos dizem isso, embora ninguém explique do que se trata. Mauro Gomes de Mattos sustenta que “não pode o parecerista ser alçado à condição de administrador público quando emana um *pensamento jurídico razoável*, construído em fatos reais e com o devido e necessário embasamento legal.”³⁴ Fatos reais sabemos o que são (v. item IV, *supra*). O “devido e necessário embasamento legal” confunde-se com uma mistura complexa e integrada de todos os limites formais. Mas o que é um pensamento jurídico razoável? Otávio Balestra Neto afirma que, “se o parecer está devidamente fundamentado e se *defende tese jurídica aceitável*, com amparo

33 Em artigo a respeito da evolução do pensamento da Advocacia Geral da União quanto à independência técnica do advogado público federal, o atual (julho de 2009) Corregedor Geral da AGU diz-nos o seguinte: “Ressalte-se que a Corregedoria-Geral da Advocacia da União avançou no trato da questão para além da simples afirmação da existência da independência técnica. A Casa Correicional da Advocacia da União vem ponderando: [...] d) a *independência técnica não pode esquecer ou desconsiderar os interesses públicos defendidos pelos advogados públicos em juízo, circunstância que reclama combatividade e mitigação ou eliminação de condutas baseadas exclusiva ou majoritariamente em entendimentos pessoais*.” CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do advogado público federal. Artigo disponível no site da AGU na Internet. Acessível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=84503&id_site=3>. Acesso em: 23 de julho de 2009. (grifo nosso)

34 GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *Os limites da improbidade administrativa: os direitos dos administrados dentro da lei n.º 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 74. O destaque foi acrescentado.

em lição doutrinária ou jurisprudencial, não deve haver responsabilidade do advogado público.”³⁵ O que é uma tese jurídica aceitável?

Outras frases poderiam ser citadas; outros autores, transcritos.³⁶ O fato é que ninguém define tais conceitos porque, justamente, não podem ser definidos. São noções confusas.³⁷ Mas, como mencionamos na introdução, a absoluta maioria dos profissionais do Direito seria capaz tanto de identificar um erro inescusável quanto uma tese jurídica absurda. O problema é que muitos advogados, no afã de não perderem clientes ou, no caso dos públicos, de não passarem por burocratas atravancadores, estão propensos a negar o absurdo com doses e doses de auto-engano. Há, na expressão de Klaus Günther, um “senso de ser apropriado” numa interpretação jurídica defensável que simplesmente inexistente numa “advocacia de tese furada.”³⁸

Quando os advogados de Bush elaboraram parecer jurídico justificando a tortura de Estado com base numa interpretação ampliada do que seria “causar dor” eles *sabiam* o que estavam fazendo, mas disseram que a tese era plausível.³⁹ A idéia de que um parecer é uma “mera opinião”, embora verdadeira na essência, tem sido usada, muitas vezes, como escudo retórico com base no qual se pretende imunizar todo e qualquer arremedo de interpretação jurídica, inclusive e especialmente as que buscam transformar uma ilegalidade candente num “caso difícil”, e, a partir daí, numa hipótese em que é aceitável “mais uma opinião”, afinal, “o Direito é uma moldura.” Não é assim, pois mesmo Kelsen e Hart defendiam limites a isso. O argumento dos casos difíceis é aplicável, quando muito, a um percentual ínfimo de hipóteses. As causas em que se precisa realmente ponderar alguma coisa são estatisticamente irrisórias.

35 BALESTRA NETO, Otávio. Responsabilidade do advogado público no exercício da função consultiva. Artigo obtido na aba “Conteúdo especial: estudos e pesquisas” do site da Procuradoria Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. Disponível em: <http://www.assembleia.go.gov.br/procuradoria/conteudo_estudos_artigo_00001.htm>. Acesso em: 10 de julho de 2009. O destaque foi acrescentado.

36 V., por ex., AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (orgs.) *Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 239-268.

37 A noção de “noções confusas” está em PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 6-7.

38 GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.

39 Para este e outros exemplos, desenvolvendo tese semelhante à nossa, cf. VISCHER, Robert K. Legal advice as moral perspective. In: *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 19, p. 223ss. 2006.

O problema atual, repetimos, não é mais o advogado público que só diz “não”, sem dizer “como”; é a circunstância de muitos consultores públicos, no afã de se mostrarem criativos, virarem engenheiros do impossível, mestres de uma má retórica, que nega qualquer dignidade finalística ao Direito – tudo é possível, tudo é justificável, bastam palavras certas nos lugares certos. Trata-se de mistificação da idéia mesma de Direito: o Direito possui uma integridade, uma coerência sistêmica, uma pretensão de correção. Respeitado esse limite, todos os demais se tornam supérfluos; desrespeitado, todos os outros se degradam em puro expediente.⁴⁰

7 PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

(1) A análise das três decisões mais recentes do STF a respeito do tema permite concluir que o tribunal *aceita* a responsabilização dos pareceristas públicos, mas apenas em casos de dolo, erro inescusável ou clara omissão quanto a dever de agir. O tribunal também aceita que os advogados públicos sejam chamados a prestar explicações junto aos tribunais de contas, mas desde que a solicitação diga respeito a uma das três imputações possíveis.

(2) Quanto à vinculação entre a obrigatoriedade do parecer e a responsabilização do parecerista, tese defendida pelo ministro Joaquim Barbosa, diga-se, em primeiro lugar, que não existem exemplos, no Direito brasileiro, de pareceres vinculantes, isto é, daqueles em que o administrador está *obrigado* a adotar a tese jurídica nele defendida ou, então, a não agir. Para além disso, não nos parece que a tese é verdadeira: seja obrigatório ou facultativo o parecer, o que vai influir na responsabilização de seu autor é a presença de dolo ou erro evidente e inescusável, o fato de haver influído concretamente no curso da ação (nexo causal) e de que desta tenha decorrido algum prejuízo (dano). A hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei de Licitações, não responsabiliza o parecerista porque a opinião jurídica seja obrigatória, mas porque é caso excepcional de ato administrativo de aprovação. Afirme-se, ainda, que seu prolator não se transforma num administrador público: um parecer continua sendo um parecer.

(3) A partir das decisões do STF e de outras considerações, doutrinárias e práticas, construímos quatro *standards* destinados a orientar a responsabilização do parecerista público. São eles o *dolo*, o

40 TAMANAHA, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 249.

erro evidente e inescusável, a não-adoção de condicionantes reais de cautela e a necessidade de preservação da heterogeneidade de idéias no Direito. O dolo é a circunstância de o parecerista atuar de má fé, buscando não a melhor interpretação jurídica, mas a prevalência de algum interesse não-republicano. O erro evidente e inescusável, parametrizado pela atuação de um profissional médio, sendo causa da ação pública e gerando prejuízo, responsabilizará, também, o procurador. A não-adoção de condicionantes reais de cautela, como o uso de expressões indicativas do fim da opinião jurídica e o alerta para os riscos jurídicos das posições em análise, refletem de modo negativo na responsabilização do autor de uma opinião legal. Por fim, a interpretação de todos os *standards* anteriores deve ser feita de modo restritivo, tendo em vista a necessidade, jurídica e prática, da preservação da heterogeneidade de idéias no dia-a-dia do Direito.

(4) Um parecer jurídico é, em essência, uma opinião, mas não é só isso: é uma opinião proferida dentro de um contexto institucional controlado. Portanto, existem limites, formais e materiais, à abrangência da liberdade profissional do advogado que a profere. Os limites formais expressam-se na (i) transcrição de dispositivos normativos, (ii) na referência à jurisprudência atualizada, (iii) no apelo à doutrina consagrada e (iv) na incorporação, moderada e inteligível, de inovações doutrinárias e jurisprudenciais ao corpo do argumento. O limite formal é a razoabilidade de tese defendida, conceito de difícil definição, mas que se aproxima do sentido de “ser apropriado” de Günter; de qualquer forma, a maioria dos advogados consegue distinguir uma tese juridicamente defensável de uma “forçação de barra”. A idéia é que os pareceres públicos sirvam apenas a uma visão de Direito entendido como técnica pautada por uma pretensão de correção, jamais a uma idéia de Direito como prática engenhosa, instrumentalista e amoral.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing, and Rationality. *In: Ratio Juris*. Oxford: Blackwell, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O advogado público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. *In: BOLZAN, Fabrício; MARINELA, Fernanda (orgs.) Leituras complementares de Direito Administrativo: advocacia pública*. Salvador: JusPodium, 2008, p. 239-268.

AQUINO, Carlos Pessoa de. O advogado público. Sua independência e sua imunidade. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3233>>. Acesso em: 23 jul. 2009.

BALESTRA NETO, Otávio. *Responsabilidade do advogado público no exercício da função consultiva*. Artigo obtido na aba “Conteúdo especial: estudos e pesquisas” do site da Procuradoria Geral da Assembléia Legislativa do Estado de Goiás. Disponível em: <http://www.assembleia.go.gov.br/procuradoria/conteudo_estudos_artigo_00001.htm>. Acesso em: 10 jul. 2009.

BUSTAMENTE, Thomas da Rosa. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CAMARROSSANO, Márcio. Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos autores destes. In: *Informativo de Licitações e Contratos*. Curitiba: Zênite, março de 1997, p. 229ss.

CASTRO, Aldemario Araujo. A independência técnica do advogado público federal. Artigo disponível no site da AGU na Internet. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=84503&tid_site=3>. Acesso em: 23 jul. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Responsabilidade dos procuradores e assessores jurídicos da administração pública. In: *Boletim de Direito Administrativo*. v. 24, n.º 1. São Paulo: NDJ, p. 6, janeiro de 2008.

GOMES DE MATTOS, Mauro Roberto. *Os limites da improbidade administrativa: os direitos dos administrados dentro da lei n.º 8.429/92*. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

GREEN, Michael Steven. Legal realism as theory of Law. In: *William and Mary Law Review*, vol. 46, n. 6, p. 1915-2000, 2005, .

GÜNTHER, Klaus. *The Sense of Appropriateness: application discourses in Morality and Law*. Nova Iorque: State University of New York Press, 1993.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

KELMAN, Mark. *A guide to Critical Legal Studies*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

MENGONI, Luigi. *Ermeneutica e dogmática giuridica: saggi*. Milão: Giuffrè editore, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência técnico-funcional da Advocacia de Estado. In: TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVI – Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 3-23.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a administração pública. *Revista Zênite ILC Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 129, p. 1024-1032, 2004.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: teoria social e política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SARMENTO, Daniel (coord.) *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. (org.) *O Direito Achado na Rua*. 4. ed. Brasília: UnB, 1987.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

TAMANAH, Brian Z. *Law as a means to an end: threat to the Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade solidária do advogado parecerista na licitação e a posição do STF. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1605, 23 nov. 2007, p. 7-8. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10689>>. Acesso em: 22 jul. 2009.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o Futuro da Democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. O papel da advocacia pública no controle da legalidade da Administração. In: TAVARES, Lúcia Léa Guimarães. (org.) *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro: Advocacia Pública, Rio de Janeiro, v. XVI*. p. 25-42, 2006.

VISCHER, Robert K. Legal advice as moral perspective. In: *Georgetown Journal of Legal Ethics*, v. 19, p. 223ss, 2006.

O FATO GERADOR DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Leonardo Ricardo Araújo Alves
Procurador Federal
Pós-graduado em Direito Público
Professor Universitário

SUMÁRIO: Introdução; 1 Delimitação do conceito de fato gerador; 2 As contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho; 3 Da inaplicabilidade do art. 276, do Decreto nº 3.048/1999, para fins de definição do fato gerador da contribuição previdenciária e sua correta interpretação; 4 Da análise do art. 43 da Lei nº 8.212/1991; 5 Do advento da MP nº 449/2008 e sua conversão na Lei nº 11.941/2009; 6 Dos acréscimos legais; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho investigará a partir de qual instante são devidas as contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas salariais deferidas nas sentenças ou acordos homologados judicialmente. E a resposta a essa indagação passa necessariamente pela superação da divergência jurisprudencial acerca do fato gerador das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho. Nesse contexto, o artigo científico abordará conceitos doutrinários, os principais argumentos das correntes jurisprudenciais dissonantes, bem como as repercussões da Lei nº 11.941/2009 sobre a matéria. Ao final, restará demonstrado que a prestação de serviços remunerados faz surgir a obrigação de pagar as contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas salariais devidas, independentemente do adimplemento destas tempestivamente.

PALAVRAS-CHAVE: Previdenciário. Fato gerador. Contribuições previdenciárias. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: This study will investigate the moment from which is due the social security contributions levied on the granted salaries in judgments or court-approved agreements. And the answer to this question necessarily involves overcoming of jurisprudential divergence about the triggering event of social security contributions in the Labor Court. In this context, the scientific paper will address doctrinal concepts, the main arguments of the current jurisprudential dissonant, and the impact of Law No. 11.941/2009 on the matter. In the end, remains will demonstrated that the provision of paid services gives rise to *the obligation to pay social security contributions levied on the salary due, regardless of adimplemento timely.*

KEYWORDS: Social security. Fact generator. Social security contributions. Labor Court.

INTRODUÇÃO

“Uma boa sentença, creio, prova a sua virtude se puder ser generalizada”¹. Causaria espanto ao autor da citada máxima saber o quanto podem ser díspares e contraditórias as decisões proferidas nos tribunais trabalhistas acerca do fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões.

Na dissidência jurisprudencial acima apontada, ora reputa-se como fato gerador das contribuições previdenciárias a prestação do serviço remunerado, ora considera-se consumado o fato gerador apenas com o pagamento da remuneração. Para considerar ambas correntes virtuosas e, por conseguinte, generalizar as regras que impõem, precisaríamos cogitar a existência de dois ordenamentos jurídicos, igualmente válidos, com normas jurídicas distintas e cada um possuindo um sistema tributário próprio e peculiar. Em suma, a divergência é tão grande que se chega a crer existirem dois pesos e duas medidas para o mesmo fato.

E tamanha antinomia no pensamento dos tribunais sobre dado elementar do fenômeno tributário não pode coexistir com a segurança jurídica, pois as decisões judiciais são muito mais do que a norma de conduta a reger o caso concreto *sub judice*. Elas também são parâmetros a serem observados e, portanto, funcionam como bússola na composição de novos litígios. Além disso, reafirmam a diretriz legal utilizada como substrato para o ato de decidir, repercutindo, por essa razão, muito além do âmbito jurídico dos contendores, moldando a interpretação do arcabouço normativo positivado e mantendo hígida a autoridade do legislador.

Nesse contexto, se a correção da decisão judicial será demonstrada quando a mesma puder ser generalizada, fazendo o caminho inverso do silogismo jurídico que a criou, algo nitidamente está errado nas interpretações antagônicas da legislação previdenciária e o presente trabalho pretende demonstrar as conseqüências jurídicas das referidas teses e optar por uma delas.

1 A DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE FATO GERADOR

Um fato, por si só, não é capaz de gerar conseqüências jurídicas, sendo necessário que a lei o torne relevante. Melhor explicando, infinitos são os acontecimentos decorrentes da vida em sociedade, mas apenas

1 AZEVEDO, Reinaldo. *O estado como a Seguradora Brasil*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/estado-como-seguradora-brasil/>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

alguns deles a lei adjetiva, qualifica, imputa conseqüências jurídicas à sua realização material, “juridicizando-os”.

Com o fato gerador da obrigação tributária não é diferente. Tão somente previsão legal pode tornar determinada expressão da renda ou do patrimônio, por exemplo, relevantes para fins tributários. É por isso que a doutrina, *verbi gratia* HARADA, define fato gerador como “*uma situação abstrata, descrita na lei, a qual, uma vez ocorrida em concreto enseja o nascimento da obrigação tributária*”².

Trata-se de fórmula antiga, também prevista no direito americano como “*no taxation without representation*” (não haverá cobrança de tributos sem representação). A representação aí exigida é o aval do parlamento por intermédio da lei. Apenas o próprio povo, por meio de seus representantes, pode consentir em abrir mão de parte do seu patrimônio para custear as atividades estatais.

Nesse diapasão, a lei será o começo da jornada para definir qual o fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes das decisões ou acordos homologados pela Justiça do Trabalho. A resposta à indagação ora levantada passa necessariamente pela Lei nº 8.212/1991.

A propósito, é conveniente transcrever a pertinente norma da Lei do Plano de Custeio da Seguridade Social:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das *remunerações pagas, devidas ou creditadas* a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (grifo nosso).

Ao mencionar a expressão “remuneração” na definição do fato gerador da contribuição previdenciária, para muitos, a lei estipulou

² HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 353.

como elemento determinante ao nascimento da obrigação tributária o efetivo pagamento dos salários. No entanto, o mesmo excerto legal, além de mencionar as “*remunerações pagas*”, elenca como fato causador do tributo as “*remunerações devidas ou creditadas*”. Assim, a literalidade da norma indica não apenas o pagamento, mas também outras situações hábeis a criar a relação jurídica tributária.

Remunerações pagas, devidas ou creditadas destinadas a retribuir o trabalho são situações jurídicas distintas, mas possuem algo em comum: a prestação do serviço pelo trabalhador. Ao que parece, o legislador utilizou uma fórmula não muito ortodoxa para apontar o fato gerador das contribuições previdenciárias: indicar a consequência do fato para melhor caracterizá-lo. E trata-se de escolha compreensível, pois visar o dado econômico decorrente do trabalho facilita a apuração do tributo. Conseqüentemente, a opção legislativa não foi fixar exclusivamente o pagamento como fato gerador, caso contrário teria se limitado a descrever as remunerações pagas e jamais as devidas ou creditadas.

Analise-se por outro ângulo: o que é uma remuneração devida senão o crédito em mora decorrente da prestação do trabalho ou, melhor dizendo, crédito trabalhista não pago? Sem sombra de dúvida, o pagamento da remuneração não é único fato previsto em lei como fato gerador das contribuições previdenciárias, igualmente o é o saldo salarial em mora a que o trabalhador faz jus, ou ainda, o creditamento da remuneração a qualquer título, a exemplo de uma compensação. Assim, é fácil perceber que o único elemento em comum entre as remunerações pagas, devidas ou creditadas é exatamente o dado que deu causa à existência do crédito trabalhista: a prestação dos serviços.

Nesse contexto, a melhor exegese conclui ser a venda do trabalho o fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes das decisões proferidas na justiça do trabalho, independentemente do adimplemento da remuneração pelo tomador de serviços.

Aliás, todo o sistema previdenciário foi construído partindo dessa premissa que o desenvolvimento de trabalho remunerado gera o dever de recolher contribuições previdenciárias. Por isso, a lei classifica os segurados em obrigatórios e facultativos, e a nota distintiva entre eles reside didaticamente na prestação de trabalho remunerado, ou seja, o trabalho remunerado é a situação prevista em lei como apta a desencadear uma relação jurídica tributária cuja obrigação principal é recolher a contribuição previdenciária devida. Em poucas palavras, é a prestação de

serviços o fato gerador do tributo e a nota que caracteriza o trabalhador como segurado obrigatório do Regime Geral da Previdência Social.

2 AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Rotineiramente cabia à administração tributária a tarefa de verificar a ocorrência do fato gerador, constituir o crédito tributário e posteriormente exigí-lo. No entanto, a emenda constitucional nº 20, ampliando a competência da Justiça do Trabalho, concedeu eficácia executiva às suas decisões relativamente a essa espécie de tributo.

Se outrora a administração realizava toda a tarefa de fiscalização tributária e apenas os atos executórios de expropriação do patrimônio ficariam a cargo do Poder Judiciário, hoje é possível que ambas as atividades concentrem-se nas mãos do Juiz do Trabalho. Nesse ínterim, o juiz atuará num primeiro momento exercendo atividade similar a de um fiscal da Receita Federal, verificando a ocorrência do fato gerador, apurando, quantificando e constituindo o crédito público e, somente após, praticará os atos tipicamente jurisdicionais (os atos de execução).

A constituição do crédito público, ou seja, a verificação de sua ocorrência e a apuração do quantum devido, sempre foi uma atividade voltada ao passado, pois o fato gerador ocorreu antes da atuação da administração tributária, cabendo a esta tão somente verificar a sua existência e efetuar o lançamento, constituindo o crédito. Aliás, se adimplido o tributo, a administração tributária sequer irá atuar, ou no máximo verificará a regularidade do recolhimento já efetuado, o que reforça por si só a afirmação de que a obrigação tributária surge em momento anterior, com o fato gerador. E não há qualquer razão jurídica para entender que a atividade a ser exercida pelo Juiz Trabalhista deva ser diferente.

Para justificar a opção pelo pagamento como marco inicial do fato gerador das contribuições previdenciárias, argumenta-se que surgimento da obrigação tributária ocorre somente após a sua liquidação no processo judicial, quando delimitados os valores da remuneração e do tributo daí decorrente, sendo impossível cogitar qualquer obrigação tributária antes de apurado o quantum devido e disponibilizada a vantagem econômica para as partes³. No entanto, nunca se afirmou na

³ Veja-se, por exemplo, a seguinte ementa de julgado da oitava turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região: "EMENTA: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - FATO GERADOR. As

doutrina especializada que a obrigação tributária surgiria apenas com a apuração do seu quantum, com o seu lançamento. Inclusive, raciocinar de outra forma esbarra no parágrafo primeiro do artigo 113 do CTN⁴.

Ocorre que a apuração do débito previdenciário e o pagamento da remuneração se referem a uma situação pretérita, não sendo necessário muito esforço para descrevê-la, pois se trata da contraprestação do empregador pelos serviços do trabalhador, ou, nos termos da lei, a remuneração devida, não paga ou creditada (art. 22, I, da Lei nº 8.212/91).

Assim, a decisão do juiz do trabalho nada cria, apenas faz alusão a um fato passado, reconhecendo a existência de uma dívida tributária que não foi paga na época certa, quando da prestação dos serviços remunerados pelo trabalhador.

Poressarazão, o magistrado paulista SÉRGIO PINTO MARTINS, em sua obra intitulada *Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho*, categoricamente aduz que “mesmo que a verba não tenha sido paga, mas já era devida, o fato gerador já ocorreu e apenas será declarado na sentença”⁵.

Nessa bitola, vem se posicionando a sétima turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, conforme se depreende da ementa a seguir colacionada:

EMENTA: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS –FATO GERADOR – *O fato gerador da contribuição previdenciária é a prestação de serviços, de onde decorrem as verbas trabalhistas deferidas ao reclamante (momento em que ela se torna exigível). A contribuição previdenciária incide sobre verbas trabalhistas, integrantes do salário-de-contribuição, não pagas em época própria. A decisão trabalhista não é o débito previdenciário*

contribuições devidas à Previdência Social, em decorrência do pagamento de crédito trabalhista reconhecido em Juízo, somente são exigíveis após a liquidação da sentença e a citação da Executada para pagamento do débito já homologado. Assim, somente a partir do efetivo pagamento, e respeitado o prazo legal, poderá a Executada incorrer em mora, não se podendo cogitar de atraso pela ausência de quitação em período anterior.”(TRT-00138-2007-105-03-00-7-AP)

4 Art. 113. CTN. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

5 MARTINS, Sérgio Pinto. *Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

em si, ela apenas o declara, já que este passou a existir no curso do contrato de trabalho em decorrência da condenação. O momento próprio para o recolhimento do débito previdenciário definido no art. 276 do Dec. 3048/99 vai até o dia dois do mês seguinte ao da liquidação de sentença. É o pagamento ao empregado de parcela de natureza salarial que gera a contribuição previdenciária, por conseguinte, enquanto não houver quitação (ou liquidação) do crédito devido ao reclamante, não há fato gerador daquela contribuição social. (00318-2007-001-03-00-5-AP) (grifo nosso)

O curioso é que não há quem discuta a incidência dos encargos moratórios sobre a remuneração devida ao trabalhador desde a época da efetiva prestação dos serviços laborais. No entanto, soa contraditório pretender que somente as contribuições previdenciárias e, por conseqüência, os seus encargos moratórios, sejam devidos apenas com o pagamento, após a fase de liquidação. Prevalecendo a tese do pagamento como fato gerador, surgirá uma situação inusitada na qual a mesma decisão judicial, reportando-se ao mesmo fato, as remunerações devidas e não pagas na época certa, determinará efeitos retroativos a favor do trabalhador e comando oposto para o fisco. Corroborar esse entendimento configura o contra senso de se deferir a atualização monetária aos valores devidos ao empregado, desde o momento que os débitos seriam devidos, e indeferir tal pleito à previdência em idêntica circunstância.

3 DA INAPLICABILIDADE DO ART. 276, DO DECRETO Nº 3.048/1999, PARA FINS DE DEFINIÇÃO DO FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E SUA CORRETA INTERPRETAÇÃO

A maioria das decisões judiciais⁶ que acolhem o pagamento como fato gerador das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho aponta entre suas razões de decidir o art. 276, do Decreto nº 3.048/1999.

Segundo a referida norma,

6 Por exemplo, *“AGRAVO DE PETIÇÃO - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - FATO GERADOR. No entender desta Eg. Turma, tratando-se de contribuições previdenciárias, decorrentes de decisão judicial, em que se deferiram ao empregado verbas trabalhistas, há regra específica, quanto ao momento do cumprimento da obrigação, que deve prevalecer. Assim, nos termos do artigo 276, do Decreto no. 3.048/99 (Regulamento da Previdência Social) o fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento realizado ao reclamante, cabendo, a partir daí ao executado efetuar o recolhimento da contribuição até o dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença. Assim, o pagamento ao empregado de parcela de natureza salarial decorrente da sentença proferida ou do acordo homologado é que gera a contribuição previdenciária e constitui o fato gerador da obrigação.* (01185-2004-014-03-00-8-AP).

Art. 276. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o recolhimento das importâncias devidas à seguridade social será feito no dia dois do mês seguinte ao da liquidação da sentença.

Mesmo que essa norma descrevesse o fato gerador da contribuição previdenciária na Justiça Laboral, e logo mais será demonstrado que não é esse o seu objeto, ainda assim seria regra inaplicável, pois a descrição do fato gerador é matéria reservada exclusivamente à lei.

Segundo o princípio da reserva legal em sede de matéria tributária, apenas a lei pode exigir um tributo, cominando a todos, compulsoriamente, o adimplemento deste dever (at. 150, I, CF). E como se exige um tributo? Ora, descrevendo o seu fato gerador.

Portanto, é lição básica das aulas de direito tributário a impossibilidade de um decreto inovar o ordenamento jurídico, criando nova hipótese de fato gerador não descrita em lei. Seguindo tais passos, reza o art. 99 do Código Tributário Nacional que *'o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos'*, motivo pelo qual não se admite no direito brasileiro o decreto autônomo.

Evidentemente é impossível utilizar um decreto para definir qual o fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes das decisões judiciais ou conciliações homologadas na Justiça do Trabalho.

Ademais, a correta interpretação do art. 276 do Decreto nº 3.048/1999 aponta em direção oposta. O vencimento previsto no decreto é simplesmente o momento em que, após apurada a base de cálculo das contribuições sociais (liquidação de sentença) e fixado o montante tributário, o contribuinte e/ou responsável tributário têm para, espontaneamente, pagar o tributo, sem a necessidade de se iniciar a execução forçada. Não se pode inferir dessa regra que o pagamento assim realizado não terá no seu cômputo juros moratórios e multa, ou que esse seja o momento em que se dá o fato gerador. É uma regra meramente instrumental, processual, procedimental e não de direito material tributário.

4 DA ANÁLISE DO ART. 43 DA LEI Nº 8.212/1991

O art. 43 da Lei nº 8.212/1991, com redação alterada pela Le nº 8.620/1993, prescreve que:

nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuição previdenciária, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o imediato recolhimento das importâncias devidas à Seguridade Social.

Há quem veja nesse excerto legal a descrição do fato gerador das contribuições previdenciárias na justiça do trabalho como sendo o efetivo pagamento da remuneração a que faz jus o trabalhador. No entanto, uma divagação histórica demonstrará cabalmente não ser este o seu intento.

Ainda na vigência da Lei nº 7.787/189, o TST editou o Provimento nº 01 de 20.01.1990, determinando que os juízes procedessem ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões. Nasceram aí os primeiros esboços sobre a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias. No entanto, a norma foi revogada tacitamente pela Lei nº 8.212/1991, criando obstáculo à arrecadação do tributo. Por essa razão foi editada a Lei nº 8.620/1993, alterando a redação do art. 43 da Lei nº 8.212/1991, para atribuir expressamente à Justiça Laboral a competência para executar as contribuições previdenciárias. Por fim, em 1998, veio à tona a Emenda Constitucional nº 20, prevendo em sede constitucional a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões ou conciliações homologadas judicialmente, afastando assim os questionamentos acerca da constitucionalidade do novo art. 43 da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 8.620/1993.

Como se vê, o art. 43 jamais pretendeu descrever o fato gerador da contribuição previdenciária, atendo-se apenas à regra de competência jurisdicional. E aqui não é possível interpretação extensiva ou analógica para encontrar no seu texto a descrição de um fato que dê causa ao surgimento de uma obrigação tributária. Em tais hipóteses, a interpretação sempre deve ser restritiva, nos termos do parágrafo segundo⁷ do art. 108 do Código Tributário Nacional.

Ademais, seria totalmente desnecessário o art. 43 descrever o fato gerador, uma vez que esse ônus já foi desincumbido pelo art. 22 da Lei nº 8.212/1991. Inclusive a própria estrutura semântica dos artigos é distinta. No artigo 22, a lei descreve fatos sobre os quais incidirão a contribuição; no art. 43, não há a descrição dos fatos que darão causa à incidência da contribuição, apenas mencionando a obrigação do juiz

7 §2º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

determinar, sob pena de responsabilidade, o recolhimento da contribuição previdenciária se houver condenação ao pagamento de direito sujeitos à incidência de contribuição previdenciária. E quais seriam as verbas cujo pagamento deve ser acompanhado pelo recolhimento do tributo? O art. 43 não menciona, pois o fato gerador já está descrito em outros excertos legais. Assim, o objetivo único do art. 43 é traçar regra de competência para o juiz, impondo, de ofício, o zelo no recolhimento do tributo e, se for o caso, a execução das contribuições previdenciárias decorrentes de suas decisões.

Recorrendo-se à doutrina especializada, não se encontra exegese diversa:

O art. 43 da Lei nº 8.212 não estabelece qual é o fato gerador da contribuição previdenciária, mas apenas que os pagamentos de remuneração decorrentes das sentenças trabalhistas devem ser feitas de imediato, justamente porque o fato gerador já ocorreu, pelo fato de a remuneração ser devida⁸.

5 DO ADEVENTO DA MP Nº 449/2008 E SUA CONVERSÃO NA LEI Nº 11.941/2009

A fim de sanar a intensa divergência jurisprudencial ora apontada, a Medida Provisória nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009, acrescentou o parágrafo segundo ao artigo 43 da Lei nº 8.212/1991, prescrevendo expressamente que as contribuições previdenciárias têm como fato gerador a prestação do serviço, e não o pagamento.

Segundo a referida norma,

§ 2º Considera-se ocorrido o fato gerador das contribuições sociais na data da prestação do serviço.

Como acima demonstrado, o fato gerador da contribuição previdenciária sempre foi a prestação do serviço, por ser este o único fato capaz de, ao mesmo tempo, dar causa a remunerações pagas, devidas ou creditadas como retribuição pelo trabalho do obreiro. A intenção da nova regra legal foi tão somente esclarecer, afastar as dúvidas que tanto assombram a jurisprudência.

8 MARTINS, Sérgio Pinto. *Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 39.

Induvidosamente, por corolário, o parágrafo segundo do art. 43 é uma típica norma de interpretação, porque nada inova no ordenamento jurídico, tendo por função primordial apenas esclarecer o âmbito de alcance do art. 22 da Lei nº 8.212/1991. Eis a razão pela qual é plenamente possível a sua aplicação a fatos pretéritos à sua edição, não havendo ofensa ao princípio da irretroatividade da lei tributária.

A irretroatividade tem por substrato a segurança jurídica e objetiva evitar a surpresa quando se tratar de matéria tributária. Portanto, a norma que nada cria, apenas trazendo esclarecimentos acerca de situações jurídicas já consolidadas, não macula em nada o princípio da irretroatividade. Qual a surpresa em exigir tributo decorrente de remuneração devida ao trabalhador se já havia previsão nesse sentido desde o longínquo ano de 1991 (art. 22, I, da Lei nº 8.212/1991)? Onde está a inovação, o novo tributo criado? Outra não pode ser a conclusão se não reconhecer o caráter meramente interpretativo do parágrafo segundo do art. 43 da Lei nº 8.212/1991.

6 DOS ACRÉSCIMOS LEGAIS

Conforme já aventado, o fato gerador da contribuição dos empregados e dos empregadores para a seguridade social é determinado pela prestação do serviço, devendo o seu recolhimento ocorrer até o dia 20 do mês subsequente à sua competência, nos termos do art. 30, I, b (antes da edição da Lei nº 11.933/2009, o prazo era o dia 2 do mês seguinte ao da competência). E, se por qualquer motivo, o pagamento da remuneração não se der no mês subsequente ao que foi prestado o trabalho, a partir desta data incidem juros e multa moratória.

De fato, configurada a mora, devem incidir sobre o total do débito os encargos moratórios previstos em lei, especialmente, juros moratórios, correção monetária e multa, nos termos dos art. 34 e 35º da Lei nº 8.212/1991.

Por essa razão, a Instrução Normativa MPS/SRP n.º 03, de 14 de julho de 2005, com alterações posteriores, dispendo especificamente sobre o recolhimento das contribuições sociais no âmbito das reclamatórias trabalhistas, dispõe que:

9 Com o advento da MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, o art. 34 foi revogado e o art. 35 teve a sua redação alterada, no entanto, a mudança legislativa perpetrada manteve, expressamente, os encargos moratórios e demais acréscimos legais.

Art. 132. Serão adotadas as competências dos meses em que foram prestados os serviços pelos quais a remuneração é devida, ou dos abrangidos pelo reconhecimento do vínculo empregatício, quando consignados nos cálculos de liquidação ou nos termos do acordo.

§ 1º Quando, nos cálculos de liquidação de sentença ou nos termos do acordo, a base de cálculo das contribuições sociais não estiver relacionada, mês a mês, ao período específico da prestação de serviços geradora daquela remuneração, as parcelas remuneratórias serão rateadas, dividindo-se seu valor pelo número de meses do período indicado na sentença ou no acordo, ou, na falta desta indicação, do período indicado pelo reclamante na inicial, respeitados os termos inicial e final do vínculo empregatício anotado em CTPS ou judicialmente reconhecido na reclamatória trabalhista.

§ 2º Se o rateio mencionado no parágrafo anterior envolver competências anteriores a janeiro de 1995, para a obtenção do valor originário relativo a cada competência, o valor da fração obtida com o rateio deve ser dividido por 0,9108 (valor da UFIR vigente em 1º.01.1997, a ser utilizado nos termos do art. 29 da Lei nº 10.522, de 2002, dividindo-se em seguida o resultado dessa operação pelo Coeficiente em UFIR expresso na Tabela Prática Aplicada em Contribuições Previdenciárias elaborada pela SRP para aquela competência.

§ 3º Na hipótese de não reconhecimento de vínculo, e quando não fizer parte do acordo homologado a indicação do período em que foram prestados os serviços aos quais se refere o valor pactuado, será adotada a competência referente à data da homologação do acordo, ou à data do pagamento, se este anteceder aquela.

Art. 133. Serão adotadas as alíquotas, critérios de atualização monetária, taxas de juros de mora e valores de multas vigentes à época das competências apuradas na forma do art. 132. (Grifos incluídos).

Destarte, as contribuições sociais devidas devem ser acrescidas de juros, multa e correção monetária, de acordo com cada competência em que se desenvolveu a relação de trabalho subjacente ao litígio.

Assim vêm decidindo vários Tribunais Trabalhistas, a exemplo do TRT da 2ª. Região, conforme se depreende da ementa a seguir colacionada:

O fato gerador é o mês da competência e não o do pagamento. Assim, incidem juros e multa de mora em decorrência do pagamento feito fora do prazo legal. (TRT, 2ª. R, 8ª. T, 00133200620302004, publicado em 08.10.2007).

Certamente não é proposital, mas ao advogar a tese da configuração jurídica do fato gerador apenas com o pagamento determinado em sentença, os seus defensores acabam por premiar justamente o mau empregador, que não paga os salários na época correta, em detrimento daquele que o faz em dia. Nesse torto entendimento, o bom empregador que pagou os salários, mas, por um motivo qualquer, não conseguiu adimplir o tributo, arcará com os encargos moratórios desde a época da prestação dos serviços; já o mau patrão, compelido judicialmente a quitar o débito trabalhista, apenas demovido de sua inadimplência pelo comando de força do Estado-Juiz, receberá como prêmio a benesse de não pagar os encargos moratórios do tributo. E isso é um absurdo, uma grande iniquidade. Com certeza o Direito não pode conviver com tamanha injustiça, sob pena de já ter chegado o dia, como advertiu Rui Barbosa, em que o “homem chega a desanimar-se da virtude, a rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”¹⁰.

7 CONCLUSÃO

A prestação de serviços remunerados pelo obreiro, além das obrigações trabalhistas, repercute no âmbito tributário, pois a venda do trabalho sempre faz surgir uma expressão econômica prevista em lei como ato desencadeador do dever de recolher o tributo. O art. 22, I, da Lei 8.212/1991, não alude exclusivamente ao pagamento da remuneração, mas também ao simples fato dela ser devida como causa da obrigação tributária. Nesse diapasão, conclui-se que o fato gerador das contribuições previdenciárias decorrentes das decisões proferidas na justiça do trabalho é a venda do trabalho, independentemente do adimplemento da remuneração pelo tomador de serviços, ou seja, para a configuração do fato gerador basta a prestação de serviços não gratuitos pelo trabalhador, sendo prescindível o efetivo pagamento.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

10 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

AZEVEDO, Reinaldo. *O estado como a Seguradora Brasil*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/estado-como-seguradora-brasil/>>. Acesso em: 19 jun. 2009.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

KERTZMAN, Ivan. *Curso Prático de Direito Previdenciário*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Execução da Contribuição Previdenciária na Justiça do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: Ática, 2008.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário: Regime Geral da Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

A EFICÁCIA E NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Oswaldo Ferreira de Carvalho

*Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO)
Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Univ. Cândido Mendes (UCAM/RJ)
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Antecedentes positivados inspiradores das atuais medidas provisórias; 1.1 Decreto–legge na Constituição italiana de 1947; 1.2 Decreto–lei na Constituição brasileira de 1937; 1.3 Decreto–lei na Constituição brasileira de 1967 e o processo de conversão em lei; 2 Principais inovações introduzidas no regime das medidas provisórias na EC nº 32/2001; 2.1 A eficácia da medida provisória e seu impacto sobre o ordenamento jurídico no modelo da EC nº 32/2001; 2.2 Natureza jurídica da medida provisória; 2.3 Limitação material na edição de medidas provisórias; 2.3.1 Limites expressos; 2.3.2 Limites implícitos; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo devota-se a elucidar a medida provisória prevista na Constituição Federal de 1988, perquirindo-se a excepcionalidade dessa espécie normativa na ordem constitucional brasileira, como também se os limites impostos ao editar a medida provisória são apenas aqueles constantes no art. 62 da Lei Suprema. Além disso, dedica-se compreender o regime jurídico das medidas provisórias ao examinar sua procedência histórica e institucional, examinando-se os efeitos da medida provisória no ordenamento pátrio em relação às demais normas que com ela sejam incompatíveis ao paralisar temporariamente a eficácia da norma incompatível, ainda que verse a mesma matéria. Ademais, observar-se-á que a medida provisória, dada sua eficácia imediata, não revoga a lei anterior, ocorrendo somente a suspensão da vigência e eficácia da lei.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição. Medida provisória. Eficácia. Natureza jurídica. Limitação Material.

ABSTRACT: The article is devoted to elucidating the interim measure under the Constitution of 1988, perquirindo to normative exceptionality of this species in Brazilian constitutional order, as also the limits to edit the interim are only those listed in art. 62 of the Supreme Law. Furthermore, dedicated to understanding the legal regime of provisional measures by examining its historical and institutional origin, examining the effects of the interim order of country in relation to other standards that are incompatible with her to temporarily paralyze the effectiveness of standard incompatible even though verse the same subject. Furthermore, note will be the interim measure, given its immediate effectiveness, does not repeal the earlier law, occurring only a suspension of the validity and effectiveness of the law.

KEYWORDS: Constitution. Provisional Measure. Effectiveness. Legal Nature. Limitation Material.

INTRODUÇÃO

A medida provisória (MP), dado o seu amplo uso, tornou-se importante fonte primária do direito brasileiro. Requer, portanto, constante estudo, não só para a compreensão do seu significado no cenário institucional pátrio, mas também para que tenha emprego consentâneo com a Constituição Federal de 1988.

O artigo tem como foco a medida provisória na Constituição Federal de 1988, perquirindo-se a excepcionalidade dessa espécie normativa na ordem constitucional brasileira; como também, se os limites impostos ao editar a medida provisória são apenas aqueles constantes no art. 62 da Carta Magna e, ainda, a natureza jurídica que a qualifica e a sua eficácia atribuído pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Algumas hipóteses dessa pesquisa serão a seguir apuradas como explicação plausível à correta compreensão do regime jurídico das medidas provisórias, ao examinar sua procedência histórica e institucional.

A medida provisória não nasceu isolada e sem ancestrais, porém teve por inspiração instrumentos legislativos adotados em outras épocas e em outros lugares, destacando-se o decreto-lei das Constituições brasileiras de 1937 e 1967 (com a Emenda Constitucional nº 01/1969) e, mais diretamente, ao receber forte influência, o *provvedimento provvisorio* italiano, disciplinado no art. 77 da Constituição italiana de 1947, usualmente conhecido por *decreto-legge*.

A medida provisória, como instrumento normativo excepcional, deve ser aplicada de forma veementemente restrita, com o que se visa ressaltar que ela é exceção à regra pertinente à divisão de poderes. É ato excepcional, visto que a MP é de autoria do Presidente da República, exprime ela uma exceção, pois a regra imputada pelo sistema constitucional brasileiro denota que o produtor de qualquer ato com força de lei é o Poder Legislativo.

Quanto às limitações constitucionais na edição de MP, em seu modelo originário, não constava limites materiais expressos, diferentemente na nova redação dada ao artigo 62 da CF/1988 pela EC nº 32/2001, que explicitamente enumerou matérias que não podem ser objeto de medida provisória e, além disso, outras limitações implícitas enumeradas por expoentes constitucionalistas que pontificam sobre o assunto, quais

sejam: competências exclusivas do Congresso Nacional e privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, emenda à Constituição, Lei delegada, Direito tributário e matéria afeta a decreto autônomo.

A natureza jurídica da medida provisória – seja no modelo originário da Constituição Federal de 1988, como no modelo da EC nº 32/2001 – é ato normativo, primário,¹ político – circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República; com força de lei, discricionário, excepcional, efêmero (ou provisório), cautelar e precário. Quanto à eficácia (aptidão para produzir efeitos estabelecidos pela ordem jurídica) da MP, as demais normas do ordenamento jurídico, que com ela sejam incompatíveis, terão a sua eficácia suspensa, ou seja, paralisa-se temporariamente a eficácia da norma anterior que com ela seja incompatível ou ainda que verse a mesma matéria. Portanto, a medida provisória, dada sua eficácia imediata, não revoga a lei anterior, ocorre, repita-se, a paralisação temporária, a suspensão da vigência e eficácia da lei.

Além disso, cumpre assinalar que a edição de medida provisória, pelo Presidente da República, reveste-se de dois momentos significativos e inconfundíveis: o *primeiro* diz respeito a um *ato normativo*, com eficácia imediata de lei; o *segundo* é a sujeição desse ato ao Congresso Nacional para que este não apenas ratifique seus efeitos imediatos produzidos, mas a converta em lei, com eficácia definitiva e conteúdo idêntico ao da medida provisória. Nesse diapasão somente como *ato normativo* poderá ser objeto de ação direta de inconstitucionalidade, posto que, como projeto de conversão em lei, ato de iniciativa de processo legislativo ordinário, descabe ao Judiciário a palavra prévia, sobre a admissibilidade da sua tramitação, no Congresso, seja por vício formal ou pela inconstitucionalidade material de seu conteúdo normativo. Ao Poder Legislativo é que compete a apreciação da medida provisória, seja quanto à sua admissibilidade, seja quanto ao mérito, para convertê-la em lei, vez que esta e não o projeto de conversão é que poderá, no futuro, ser objeto de questionamento perante o Judiciário.

Justifica-se o estudo sobre a medida provisória na Constituição Federal de 1988 por configurar no nosso Direito Constitucional uma categoria especial de espécie normativa do Poder Executivo, constituindo-se um instrumento legislativo de competência do Presidente da República

1 Porquanto se trata de ato normativo situado no “[...] primeiro nível dos atos derivados da Constituição. Caracterizam-se por serem atos só fundados na Constituição”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 204.

que serve para atender, de forma imediata, situação fática relevante e urgente, o que justifica a edição dessa espécie normativa. O que legitima o Presidente da República a antecipar-se, cautelarmente, ao processo legislativo ordinário, editando a medida provisória pertinente é, pois, o fundado receio, por ele exteriorizado, de que o retardamento da prestação legislativa cause grave lesão, de difícil reparação, ao interesse público. E, em consequência, examinar-se-á os pressupostos constitucionais de relevância e urgência que justifiquem a edição de medida provisória pelo Presidente da República. Os dois requisitos constitucionais são imprescindíveis, inafastáveis e se conjugam.

O artigo será desenvolvido em cinco seções. A segunda seção examinará e analisará os principais precedentes positivados que inspiraram a atual medida provisória brasileira, fazendo um sucinto enfoque ao *decreto-legge* italiano, ao decreto-lei na Constituição brasileira de 1937 e de 1967. A terceira seção e 1988, examinando sua natureza jurídica, eficácia e outras ilações. O terceiro versará a medida provisória no modelo da Emenda Constitucional de nº 32/2001, sua natureza jurídica, eficácia e limitação material. Por fim, apresenta as conclusões a que se chegou.

1 ANTECEDENTES POSITIVADOS INSPIRADORES DAS ATUAIS MEDIDAS PROVISÓRIAS

Esta seção discorrerá sobre os principais antecedentes positivados que inspiraram a atual medida provisória brasileira, com especial atenção para o *decreto-legge* italiano, em abordagem perfunctória e, também, uma análise histórica da origem institucional das medidas provisórias ao se examinar os decretos-leis nas constituições brasileiras.

Preliminarmente, informa-se que diversos são os países que prevêm e disciplinam o decreto-lei – ou outro instituto correlato – em nível constitucional. Assim o é na Espanha² e

2 O “decreto-ley” espanhol – que também é inspirado no modelo italiano, segundo preleciona Ignácio de Otto – tem a seguinte disciplina constitucional (art. 86 da Constituição espanhola de 27.12.1978):

1. “Em caso de extraordinária e urgente necessidade, o Governo poderá ditar disposições legislativas provisórias que tomarão a forma de Decretos-leis e que não poderão afetar o ordenamento das instituições básicas do Estado, os direitos, deveres e liberdades dos cidadãos regulados no Título I, o regime das Comunidades Autônomas, nem o Direito eleitoral geral.

2. Os Decretos-leis deverão ser imediatamente submetidos a debate e votação em totalidade ao Congresso dos Deputados, convocando a propósito se não estiver reunido, no prazo de trinta dias seguintes à sua

em Portugal.³ Na França, há o regulamento autônomo.⁴

A Argentina⁵ e o Chile são países do Cone Sul que apresentam um perfil constitucional similar ao do Brasil, no que se refere à adoção de instrumentos legislativos semelhantes ao decreto-lei ou à medida provisória utilizada no Brasil. A Constituição Política da República do Chile permite ao Presidente da República, como atribuição especial, editar *decretos com força de lei*, com prévia delegação do Congresso, sobre matéria prevista na Constituição.⁶ O Presidente da República poderá solicitar autorização ao Congresso Nacional para editar decretos com força de lei, por prazo não superior a um ano, sobre matéria objeto de lei, conforme art. 61 da Constituição Política da República do Chile de 1980. Os decretos submetem-se, quanto à publicação, vigência e efeitos, às mesmas formalidades da lei, da mesma forma que o direito brasileiro o faz.⁷

promulgação. O Congresso deverá pronunciar-se expressamente dentro do dito prazo sobre sua convalidação ou derrogação, para o qual o regulamento estabelecerá um procedimento especial e sumário.

3. Durante o prazo estabelecido no parágrafo anterior, as Cortes poderão tramitá-los como projetos de lei pelo procedimento de urgência". AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 92 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004. p. 55–56.
4. Em razão da reconhecida inspiração italiana do dispositivo transcrito, não será desenvolvido estudo específico do *decreto-ley* espanhol, mas, sim, referências eventuais em paralelo ao *decreto-legge* italiano e à medida provisória brasileira.
5. A Constituição Portuguesa de 1976 "[...] entendeu consagrar a categoria dos decretos-leis com uma grande autonomia e amplitude. Nesse aspecto, a Constituição Portuguesa afasta-se decididamente da maioria das constituições democráticas do pós-guerra que, em geral, condicionam o exercício da competência legislativa à existência de circunstâncias excepcionais, situações de urgência e necessidade, e a um apertado controle do órgão parlamentar" CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 795).
6. O professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu primoroso estudo sobre o processo legislativo contemporâneo, sustenta que o *regulamento autônomo* francês, estribado na doutrina francesa, "é ato pelo qual o governo edita regras jurídicas novas, com força de lei, portanto revogando ou derogando atos do Parlamento anteriores, relativas a matérias não enumeradas no art. 34 da Constituição. É ele, pois, a expressão de um *poder normativo* governamental que deve ser posto no mesmo pé que o Poder Legislativo, já que consiste em editar regras jurídicas somente subordinadas à Constituição". FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 180–181.
7. Conforme pontifica Leon Frejda Szklarowsky, o direito constitucional argentino conhece os decretos de necessidade e urgência, que são utilizados em situações de suma gravidade e sob estrita vigilância da Constituição Argentina. (SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias: Instrumento de Governabilidade*. São Paulo: Editora NDJ, 2003. p. 49.
8. Cf. art. 32, § 3º da Constituição de 1980, atualizada. Cf. texto na internet: <<http://www.conosur.cl>> e, ainda, a referida Constituição chilena pode ser encontrada totalmente atualizada no portal: <<http://www.georgetown.edu/pdba>>.
9. SZKLAROWSKY, Leon Frejda. op. cit., p. 51–52.

No Brasil, já em 1937 surgiu o decreto-lei. Mas é na Itália que se encontra o instituto mais próximo do decreto-lei da Constituição brasileira de 1967 e, em especial, da medida provisória da Constituição de 1988: o *provvedimento provvisorio* do art. 77 da Constituição italiana de 1947.

1.1 DECRETO-LEGGE NA CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947

O *provvedimento provvisorio* italiano, disciplinado no art. 77 da Constituição italiana de 1947, é usualmente chamado *decreto-legge*.

Esse o teor do art. 77 da Constituição italiana de 1947:

O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, editar decretos que tenham valor de lei ordinária.

Quando, em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob a sua responsabilidade, provimentos provisórios com força de lei, deve no mesmo dia apresentá-los para conversão às Câmaras que, mesmo se dissolvidas, são convocadas para esse propósito e se reúnem dentro de cinco dias.

Os decretos perdem eficácia desde o início, se não são convertidos em lei dentro de sessenta dias da sua publicação. As Câmaras podem, todavia, regular por lei as relações jurídicas surgidas com base nos decretos não convertidos.⁸

Segundo preleciona Sérgio Resende de Barros, o perfil de tais provimentos provisórios, aos quais os italianos chamam *decreto-legge*, está nitidamente definido nesse artigo, com os seguintes traços: 1º) São provimentos excepcionais e provisórios, porque dependem de necessidade e urgência extraordinárias. 2º) Devem no mesmo dia ser submetidos ao Parlamento que, mesmo se estiver dissolvido, será convocado extraordinariamente dentro do prazo de cinco dias, para o fim de apreciá-los. 3º) O objeto material dos provimentos não é determinado pela Constituição. 4º) Suas normas se aperfeiçoam definitivamente quando convertidas em lei. 5º) Perdem vigor *ex tunc* se não forem convertidas em lei em sessenta dias da publicação. 6º) As relações jurídicas baseadas nos provimentos não convertidos em lei são nulas *ab origine*, mas o Parlamento pode regulá-las de outra forma por

⁸ A tradução é de Sérgio Resende de Barros. BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, Provisórias? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, jun. 2000, p. 67-82.

lei. 7º) Finalmente, *o traço principal*: o Governo adota os provimentos provisórios sob sua responsabilidade política, de sorte que, se o Parlamento não os converte em lei, manifesta desconfiança, que pode implicar a queda do Gabinete.⁹

Ainda, segundo Sérgio Resende de Barros, por esse traço principal, facilmente se vê que tais provimentos provisórios bem se ambientam no parlamentarismo. Isso, em razão da identidade política – de programa e de ação – necessariamente existente entre a maioria parlamentar e o Gabinete por ela apoiado. No presidencialismo, porque o Executivo não depende dessa identidade com o Legislativo, tais provimentos não operam satisfatoriamente. Constituem grave distorção do sistema. A não ser que sofram adaptações, indispensáveis, que são duas: o *aperfeiçoamento formal*, que afaste o risco de nulidade dos atos jurídicos baseados nos provimentos provisórios não convertidos em lei, e a *limitação material*, que afaste o risco de provimentos provisórios sobre matérias com eles incompatíveis.¹⁰

Portanto, o *decreto-legge* é ato normativo primário do Governo, tendo, no sistema de fontes italiano, a mesma posição da lei formal do Parlamento. Ainda que tenha a mesma posição da lei formal do Parlamento, o *decreto-legge* não é formalmente lei. Somente o é materialmente. Sim, após exitoso processo legislativo de conversão em lei, o *decreto-legge* transmuda-se em lei formal do Parlamento.

1.2 DECRETO-LEI NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1937

A primeira e a segunda Repúblicas não admitiram a delegação legislativa. No entanto, o Poder Executivo legiferava disfarçadamente por meio de regulamentos *praeter legem*.¹¹

No Estado Novo,¹² enquanto não fosse instalado o “Parlamento Nacional”, a Constituição de 1937 confiava todas as competências legislativas da União ao Presidente da República:

9 Ibid., 2000, p. 78–79.

10 Idem, p. 79.

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 252.

12 A locução Estado Novo é entendida como o “Nome com que é tradicionalmente designado na historiografia brasileira o período ditatorial que, sob a égide de Getúlio Vargas, teve início com o golpe de estado de 10 de novembro de 1937 e se estendeu até a deposição de Vargas, em 29 de outubro de 1945. Duas linhas básicas de interpretação têm prevalecido na maneira de situar essa fase abertamente ditatorial no curso do

Art. 180. Enquanto não se reunir o Parlamento Nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União.

Foi a primeira vez que surgiu, formalmente, no direito brasileiro o decreto-lei, ainda que com perfil transitório. No entanto, o Estado Novo postergou ao máximo as eleições parlamentares,¹³ de modo que o Presidente da República poderia, até mesmo, superar, via decreto-lei, decisão do Supremo Tribunal Federal que lhe fosse contrária.¹⁴ Ademais, importantes códigos e leis ganharam vigência veiculadas por decretos-leis, tais como o Código de Processo Civil (Dec.-lei 1.608, de 18.09.1939, já revogado), o Código Penal (Dec.-lei 2.848, de 07.12.1940, cuja Parte Especial continua em boa parte vigente), a Lei de Contravenções Penais (Dec.-lei 3.688, de 03.10.1941), O Código de Processo Penal (Dec.-lei

processo político inaugurado pela Revolução de 1930. Uma primeira interpretação tende a situar o Estado Novo como um parêntese ditatorial, provocado por causas conjunturais internas e externas, no processo de democratização das instituições políticas brasileiras iniciado em 1930 e retomado em 1945. A outra interpretação, ao contrário, vê o Estado Novo como resultante do prevaletimento da vertente autoritária contida na própria Revolução de 1930, vertente essa que expressaria uma tendência estrutural nos países de capitalismo retardatário e dependente.

A expressão Estado Novo foi empregada pela primeira vez por Oliveira Salazar, no início da década de 1930, para justificar o regime autoritário português. Sua utilização alguns anos depois no Brasil, assim como a incorporação à Carta de 1937 de dispositivos das constituições de regimes totalitários da época, chegou a ser apontada como evidência da subordinação ideológica da ditadura de Vargas ao fascismo europeu. Se a matriz ideológica era a mesma, no sentido de que ambos os regimes se fundamentaram a partir de uma visão autoritária de governo e de organização de sociedade, distintas eram as dinâmicas históricas que os engendraram e as práticas políticas adotadas na Europa e no Brasil. O Estado Novo tinha em comum com o fascismo a mesma crítica à democracia parlamentar, à pluralidade de partidos e à representação autônoma de interesses, assim como tinha em comum com ele a mesma valorização do 'Estado forte', tutor da sociedade civil. Mas o Estado Novo diferia substancialmente do fascismo europeu no plano das práticas políticas concretas, como, por exemplo, na inexistência de partido único, na ausência de intensa mobilização política de massas e na não-uniformização da elite dirigente. Além disso, o Estado Novo prescindiu de qualquer mecanismo, ainda que formal, de legitimação (o plebiscito previsto na Carta de 1937 nunca chegou a ser realizado), só procurou criar sua máquina de propaganda dois anos depois de implantado (a criação do Departamento de Imprensa e Propaganda, DIP, é de dezembro de 1939) e a glorificação da pessoa de Vargas – 'pai dos pobres' –, mais folclórica do que mítica, só se iniciou três anos e meio depois de instaurada sua ditadura pessoal. Essas diferenças não foram acidentais: elas indicam fenômenos políticos e realidades sociais distintas". O verbete é elucidado pelo Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil, da Fundação Getúlio Vargas – FGV, disponível em: <<http://www.cpdoc.fgv.br>>, onde é oferecido melhores consultas sobre o tema.

13 BARROS, op. cit., p.77.

14 Parágrafo único do art. 96 da Constituição de 1937, *in verbis*: "Parágrafo único. No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento; se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal."

3.689, de 03.10.1941) e a Consolidação das Leis do Trabalho (Dec.–lei 5.452, de 01.05.1943).¹⁵

Note-se, não havia, aqui, processo legislativo para conversão em lei: o decreto–lei da Constituição de 1937 já nascia lei.

Vale consignar que ainda havia, na Constituição de 1937, outras três figuras denominadas, na letra do texto constitucional, decreto–lei:

[...] (a) os expedidos por autorização do Parlamento (art. 12), que constituem um estereótipo da lei delegada; (b) os expedidos por ocorrência do recesso do Parlamento ou por decorrência da dissolução da Câmara dos Deputados (art. 13); (c) os expedidos livremente pelo Presidente da República (art. 14).¹⁶

No recesso Parlamentar, o decreto–lei fundado no art. 13 da Constituição de 1937 – conforme teor do próprio art. 13 aludido – não podia modificar a Constituição ou dispor sobre legislação eleitoral, orçamento, impostos, instituição de monopólios, moeda, empréstimos compulsórios, bem assim alienação e oneração de bens imóveis da União.

Por sua vez, o decreto–lei fundado no art. 14 da Constituição de 1937, observada a Constituição e nos limites orçamentários, poderia dispor sobre a organização do Governo e da Administração Pública Federal, o comando supremo e a organização das forças armadas. Em suma, tratava-se, em verdade, de um decreto autônomo reforçado.

Enfim, a verdade é que o decreto–lei do art. 180 da Constituição de 1937 ofuscou as demais espécies, que nem sequer conheceram prática institucional. Foi banido pela Constituição de 1946 que, uma vez mais, não admitiu a delegação legislativa, salvo pelo breve período parlamentarista entre 1961 e 1963.¹⁷

15 Ibid., 2000, p.77.

16 Ibid.

17 Conforme leciona Sérgio Resende de Barros, “[...] a delegação legislativa veio a ser admitida pelo Ato Adicional, a Emenda Constitucional nº 4, de 2 de setembro de 1961, que instaurou o parlamentarismo para permitir a posse de João Goulart. Mas essa delegação legislativa não correspondia ao decreto–lei, mas à lei delegada. A ressurreição do decreto–lei foi obra do movimento militar que depôs João Goulart. Ocorreu no artigo 30 do Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, que foi lacônico: o Presidente da República poderá baixar decretos–leis sobre matéria de segurança nacional. Foi na Constituição de 67 e na Emenda Constitucional nº 1/69 que o decreto–lei ressurgiu com o perfil constitucional que hoje o faz ser

1.3 DECRETO–LEI NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1967 E O PROCESSO DE CONVERSÃO EM LEI

O antecedente imediato do decreto–lei constante da Constituição de 1967 é a espécie legislativa prevista no art. 30 do Ato Institucional nº 2, de 27.10.1965, *in verbis*:

Art. 30. O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos–leis sobre matéria de segurança nacional.

Tratava-se, portanto, de espécie legislativa primária da competência do Presidente da República e com âmbito material circunscrito à segurança nacional. Excepcionalmente, decretado recesso parlamentar, o Presidente da República poderia legislar mediante decretos–leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica.¹⁸

O decreto–lei que constava do Ato Institucional nº 2/1965, também foi objeto do art. 9º do Ato Institucional nº 4, de 07.12.1966 – que convocou, extraordinariamente, o “Congresso Nacional para discussão, votação e promulgação do Projeto de Constituição apresentado pelo Presidente da República.”, *verbis*:

Art. 9º. O Presidente da República, na forma do art. 30 do Ato institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, poderá baixar Atos Complementares, bem como decretos–leis sobre matéria de segurança nacional, até 15 de março de 1967.

§ 1º. Durante o período de convocação extraordinária, o Presidente da República também poderá baixar decretos–leis sobre matéria financeira.

§ 2º. Finda a convocação extraordinária e até a reunião ordinária do Congresso Nacional, o Presidente da República poderá expedir decretos com força de lei sobre matéria administrativa e financeira.

comparado com as medidas provisórias que o sucederam e – conforme parece ser consenso geral – para pior.” BARROS, 2000, p.78.

18 Art. 31 do Ato Institucional 2/1965, *verbis*: “A decretação do recesso do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas e das Câmaras de Vereadores pode ser objeto de ato complementar do Presidente da República, em estado de sítio ou fora dele. Parágrafo único. Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente, fica autorizado a legislar mediante decretos–leis em todas as matérias previstas na Constituição e na Lei Orgânica”.

Vale destacar que o Ato Institucional nº 4/1966 explicitou, como matéria de decreto-lei – ainda que por período determinado (convocação extraordinária) – a matéria financeira.

Em seu texto originário, a Constituição de 1967 previa o decreto-lei nos seguintes termos:

Art. 58. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas.

Parágrafo único. Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 (sessenta) dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado.

A seguir sobreveio a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, que assim disciplinava o decreto-lei:

Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias:

I – segurança nacional;

II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e

III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

§ 1º. Publicado, o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de 60 (sessenta) dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado.

§ 2º. A rejeição do decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

Portanto, o decreto-lei, em qualquer uma das formulações referidas, mostra-se como típico ato normativo primário e geral, manifestando “[...] a existência de um poder normativo primário, próprio do Presidente e independente de qualquer delegação”.¹⁹

Constam da fórmula de 1967 e da de 1969 os requisitos constitucionais – alternativos – de “urgência”²⁰ ou de “interesse público relevante”,²¹ bem como a impossibilidade de o decreto-lei resultar aumento de despesa. A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendiam que “urgência” e “interesse público relevante” não eram objeto de controle pelo Poder Judiciário, isso em razão da natureza política de ambos, confiados que eram ao juízo discricionário de oportunidade e conveniência do Presidente da República:

[...] Somente o Congresso é que, sendo também órgão político, pode eventualmente tomar em consideração a urgência ou o interesse público relevante da medida ao examiná-la.²²

Na fórmula de 1969, mantiveram-se como matérias admitidas ao decreto-lei a “segurança nacional”²³ e a “matéria financeira”, acrescentando, o texto de 1969, o complemento “inclusive normas tributárias”. Com isso, espancou-se qualquer dúvida quanto à possibilidade de o decreto-lei versar sobre matéria tributária.²⁴ Ainda relativamente ao âmbito material do decreto-lei, segundo teor da Emenda Constitucional nº 1/1969, poderia – o decreto-lei – dispor sobre a “[...] criação de cargos públicos e fixação de vencimentos”.

19 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 246.

20 “Por urgência, logicamente, se tem de entender a imediatidade do império da necessidade, que impede se aguarde o prazo fixado para a apreciação dos projetos de lei urgentes, em geral, do Presidente pelo Congresso, estabelecido no art. 51, § 2º da Constituição, ou seja, menos de quarenta dias”. FERREIRA FILHO, 1984, p. 254.

21 “Por interesse público relevante se há de entender exatamente o império da necessidade das medidas editadas para o bem público”. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 254.

22 FERREIRA FILHO, 1984, p. 254. “Sem dúvida, objetivamente falando, o decreto-lei que não derivar de urgência ou de interesse público relevante, é exorbitante, mas essa exorbitância só poderá ser levada em conta pelo Congresso, jamais pelo Judiciário, que não é órgão político” (p. 257).

23 “Segurança nacional” é conceito amplo e fluido que, por isso, ensejou decretos-leis sobre toda uma gama de matérias não raro distanciadas da “segurança nacional” propriamente dita. Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o Presidente da República somente poderia “[...] ditar decretos-leis sobre tudo aquilo que imediatamente atingir a defesa externa e sobre tudo aquilo que ferir a paz interna”. FERREIRA FILHO, 1984, p. 250.

24 Concernente ao texto constitucional originário de 1967, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que deveria excluir a matéria tributária do campo do decreto-lei. FERREIRA FILHO, op. cit., p. 254.

Conforme o teor do § 1º do art. 55 da Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/1969, publicado o decreto-lei, tinha vigência – vale dizer, eficácia^{25 e 26} – imediata. Submetido a exame do Congresso Nacional, deveria ele aprovar ou rejeitar o decreto-lei *em bloco*²⁷ (sem emendas, portanto), no prazo de sessenta dias. Transcorrido esse prazo sem deliberação congressual, o decreto-lei era tido por aprovado (aprovação tácita).

O texto constitucional de 1967 – seja o originário, seja o emendado de 1969 – deixava dúvida quanto ao marco inicial de contagem do prazo de sessenta dias. O Regimento Comum do Congresso Nacional fixou o marco em questão na leitura do decreto-lei em Plenário, momento em que era constituída Comissão Mista de Deputados e Senadores para emitir parecer sobre a matéria.²⁸ Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 11, de 13.10.1978, explicitou como marco inicial da contagem dos sessenta dias a data do recebimento do decreto-lei pelo Congresso Nacional. No entanto, não estabeleceu “[...] prazo para a respectiva remessa pelo Presidente da República, resultando a inovação sem qualquer resultado prático”.²⁹

O parecer da Comissão Mista deveria ser proferido no prazo de 20 (vinte) dias a contar da designação dos membros da Comissão, concluindo “[...] pela apresentação de projeto de decreto legislativo aprovando ou rejeitando o decreto-lei”.³⁰

Com ou sem o parecer da Comissão, o decreto-lei era submetido à deliberação do Plenário do Congresso Nacional, *sessão conjunta*³¹,

25 “A eficácia é a força ou o poder dos atos jurídicos para a produção de efeitos jurídicos”. Entende-se, também, a eficácia “[...] como a produção de seus efeitos próprios pelas normas e atos jurídicos”. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Decreto-Lei. Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 23. p. 03.

26 “[...] parece claro que o constituinte, ao falar em vigência imediata, quis dizer eficácia imediata. De fato, isso deflui necessariamente da urgência e da relevância do interesse público que inspiram o ato normativo”. FERREIRA FILHO, 1984, p. 255.

27 *Ibid.*, p. 254.

28 “Art. 109. Dentro em 5 (cinco) dias da publicação do texto do decreto-lei expedido pelo Presidente da República, na forma do art. 55 da Constituição Federal, o Congresso Nacional deverá realizar sessão conjunta destinada à leitura da matéria e constituição da Comissão Mista para emitir parecer sobre a mesma”. Resolução 1, de 11.08.1970 – Regimento Comum do Congresso Nacional.

29 MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 31.

30 Art. 110 da Resolução 1/1970 do Congresso Nacional.

31 Isto é, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal discutiam e votavam conjuntamente e em um único turno de discussão e votação, a matéria. Não se tratava de sessão unicameral, hipótese em que Deputados e

convocada até quarenta dias após a sessão destinada à leitura da matéria³². Aprovado ou rejeitado o decreto-lei, era, então, promulgado, pelo Presidente do Senado Federal, decreto legislativo dando conta da deliberação tomada pelo Congresso³³. Observe-se: o decreto-lei não era convertido em lei, mas, sim, permanecia decreto-lei.

A teor do § 2º do art. 55 da Constituição de 1967, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 1/1969, a rejeição do decreto-lei *não implicava a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência*, o que em muito concorria para um mínimo de estabilidade e segurança nas relações jurídicas.³⁴

José Levi Mello do Amaral Júnior³⁵ consigna que como ato normativo primário e geral que era, o decreto-lei tinha força de lei³⁶ e, portanto, revogava a legislação anterior com ele conflitante.³⁷ Segundo

Senadores diluem-se em um mesmo grupo deliberante. A sessão conjunta é, isso sim, uma *sessão bicameral*, mas com a peculiaridade de conjugar, em um mesmo momento e espaço, ambas as Casas, que, no entanto, para o fim de tomada de votos, mantêm-se separadas. Toma-se o voto de uma Casa e depois de outra. Tanto é assim que, se acaso a primeira Casa a ter os votos colhidos rejeita a matéria, o projeto – para usar a fórmula de Manoel Gonçalves Ferreira Filho – está morto, e o arquivamento o sepulta. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 211.

32 Art. 111 da Resolução 1/1970 do Congresso Nacional.

33 Art. 112 da Resolução 1/1970 do Congresso Nacional.

34 BARROS, 2000, p. 79–80.

35 AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004. p. 118.

36 Geraldo Ataliba pensa diferentemente. Para ele, a *força de lei* do decreto-lei só lhe advém após sua aprovação pelo Congresso. Escreve: “Quanto à eficácia, o decreto-lei é muito diferente da lei. Ou, melhor dizendo: a eficácia de cada qual surge em momentos e condições diversas. Se o decreto-lei não for aprovado pelo Congresso e desaparece sem deixar traços na ordem jurídica, as normas anteriores à sua edição – cuja eficácia foi paralisada até o pronunciamento do Congresso – se restabelecem (na sua eficácia) plenamente, *ex tunc*. A ordem jurídica permanece como se nunca tivesse sido alterada. O mesmo não acontece com a lei: se revogada, nem por isso poderá ser tida como se jamais tivesse existido” (LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Decreto-Lei. Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. p. 04 – grifamos.

37 Conforme nota 35, acima consignada, Geraldo Ataliba considera que “[...] Se o decreto-lei não for aprovado pelo Congresso e desaparece sem deixar traços na ordem jurídica, as normas anteriores à sua edição – cuja eficácia foi paralisada até o pronunciamento do Congresso – se restabelecem (na sua eficácia) plenamente, *ex tunc*. A ordem jurídica permanece como se nunca tivesse sido alterada. O mesmo não acontece com a lei: se revogada, nem por isso poderá ser tida como se jamais tivesse existido”. LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Decreto-Lei. Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 23. p. 04 – grifamos. Nesta interpretação, o decreto-lei só se consideraria perfeito após a aprovação do Congresso Nacional. Não poderia criar direitos, nem obrigações, mas apenas expectativas de direito antes da sua aprovação. A eficácia conferida ao decreto-lei só se realizaria com a aprovação pelo Poder Legislativo. Uma vez aprovado, teria eficácia retroativa à sua vigência. Como desdobramento dessa afirmação, surge outra, automaticamente: *o decreto-lei não revoga a lei anterior antes da sua aprovação (do decreto-lei) pelo Congresso Nacional, limita-se apenas a paralisar a eficácia da lei anterior*.

ele, o decreto-lei poderia ser rejeitado pelo Congresso Nacional e poderia surgir a seguinte indagação: o direito anterior eventualmente revogado restaurava-se pela rejeição do decreto-lei ?

Perfilhando o entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, abaixo transcrito, Levi Amaral consigna que o decreto-lei mantém, em sua essência, relativamente à medida provisória, a qual será objeto de estudo adiante:

[...] o decreto-lei é um ato sob condição resolutiva, motivo por que sua rejeição pelo Congresso implica a extinção de seus efeitos, donde a restauração do direito anterior. Destarte, parece imperativa a conclusão de que o decreto-lei revoga, desde o momento de sua edição, as normas com ele colidentes. Mas a revogação é como que condicional. Se a ‘condição resolutiva’ não se realizar no prazo de sessenta dias [qual seja, a rejeição do decreto-lei pelo Congresso Nacional – nota nossa], torna-se definitiva essa revogação. Do contrário, restaura-se o direito anterior [...].³⁸

Na prática, segundo Levi Amaral, tem-se efeito muito parecido com a repristinação,³⁹ o que também ocorre, segundo ele, em sede de controle de constitucionalidade procedente.⁴⁰

A Emenda Constitucional nº 22, de 29.06.1982, modificou a redação do § 1º do art. 55 de modo a imprimir tramitação nos termos do § 3º do art. 51 da Constituição de 1967, também com a redação da Emenda Constitucional nº 22/1982, isto é, inclusão automática na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos. Aí sim, decorridos esses dias, considerava-se definitivamente aprovado o decreto-lei.

De toda sorte, há que considerar que o decreto-lei “[...] não era editado para dar tempo ao Congresso de adotar normas eventualmente necessárias, era uma legiferação do Executivo, posta sob o controle do Legislativo”.⁴¹

38 AMARAL JÚNIOR. Há inúmeros doutrinadores que não adotam esse pensamento, que será melhor considerado adiante, comparativamente à medida provisória. 2004, p. 119.

39 Idem, *Entendimento que não perfilhamos neste particular*. p. 119.

40 A respeito veja-se o § 2º do art. 11 da Lei 9.868, de 10.11.1999, verbis: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

41 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

Sim, o decreto-lei de 1967 estava inserido em uma prática institucional de nítidos traços autoritários, muito comuns, como visto, ao longo de boa parte do século XX. Em tal circunstância, a separação dos Poderes ou era expressamente repudiada ou ganhava natureza de mera aparência. Os mecanismos de controle estavam subordinados ao grupo ou ao partido dominante. As assembléias parlamentares limitavam-se a aprovar as decisões do Poder Executivo, poder esse que detinha ampla competência para a adoção de atos com força de lei. Assim, o Governo – nada tendo a temer em razão da inexistência de oposição – legislava sempre que considerasse necessário. Previa-se, não raro, sucessiva aprovação parlamentar, mas sem nenhum valor substancial, dado o contexto autoritário descrito.

Ainda assim, não se pode ignorar o que havia de benefício no decreto-lei. Antes, há que aprender com os seus equívocos para, então, recuperar e aprimorar as soluções acertadas que experimentou,⁴² consoante a ótica de Sérgio Resende de Barros.

Conclui-se que todo o período autoritário (na vigência dos decretos-leis) vale-se da concentração de poderes, dando o primeiro passo com a frustração das prerrogativas do Poder Legislativo. Os fatos históricos demonstram que a adoção de decreto-lei propiciava ao Presidente da República usurpar as funções legislativas, com violações de direitos fundamentais.

Cumprе consignar que o constituinte nacional agiu de maneira bastante equivocada, por não ter tido o mínimo rigor no trato do método comparativo, ao importar para a constituição de um Estado presidencialista um instituto típico de Estado parlamentarista, no caso em comento, o *decreto-legge* italiano. Não se pode querer transplantar um dispositivo específico de Estado estrangeiro, sem atentar para as especificidades do sistema que ele integra, devendo-se tomar ciência das diferenças culturais, institucionais e de controle existentes.

2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES INTRODUZIDAS NO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS NA EC Nº 32/2001

Debatida ao longo de cinco anos, inclusive com a ativa participação do Poder Executivo, a proposta de Emenda Constitucional

⁴² “O pudor de retornar na essência ao decreto-lei não pode ser maior que o de ficar com as atuais medidas provisórias [do modelo originário da Constituição de 1988 – nota nossa], pois estas – sem limitação eficaz – são mais vexatórias do que aquele. Constituem um entulho autoritário maior, mais nocivo à democracia”. BARROS, 2000, p. 81.

nº 472/1997 foi aprovada e promulgada, resultando na Emenda Constitucional nº 32/2001.

A medida provisória cumpre, na prática, o mesmo papel que o decreto-lei cumpria no regime constitucional anterior qual seja: atribuir ao Presidente da República competência de cunho legislativo, concentrar o poder, atirar a divisão de poderes ao limbo (esquecimento), bem como tentar legitimar a arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais. A medida provisória poderia até ser aceitável, se o texto do artigo 62 da Constituição Federal fosse interpretado de modo admissível, destinando à medida provisória apenas a casos de extrema e efetiva relevância e urgência, sem reedições (mesmo antes da EC nº 32/2001), com o controle político do Legislativo e jurídico do Judiciário. Entretanto, num Estado cuja tradição institucional é autoritária, que foi marcado, desde a independência, por golpes, violações aos direitos fundamentais, desmandos, minimização do Poder Legislativo, a medida provisória entremostra-se como o grilhão autoritário de uma Constituição que declara, prescreve e pretende realizar a democracia. A questão que põe é que este pequeno grilhão autoritário vem adquirindo tamanha dimensão que hoje subverte a máxima democrática.⁴³

Procurando corrigir os evidentes equívocos que se fizeram sentir em toda a sociedade – com ênfase nos aspectos relativos à prestação jurisdicional e à denominada segurança jurídica –, o legislador constituinte derivado resolveu, ainda que somente após 12 anos de vigência deste controvertido instituto jurídico, modificar sensivelmente o regime jurídico das *medidas provisórias* – por meio da EC nº 32/2001, de 11 de setembro de 2001, que alterou os artigos 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da CF/88 –, restringindo, sobremaneira e em última análise, o alcance e a efetividade desta *sui generis* espécie normativa.⁴⁴

Na parte que ora se inicia, examinar-se-á a medida provisória em seu novo regime constitucional, considerando-a em seus diversos aspectos, de modo que evidencie as inovações introduzidas e, tanto quanto possível, antecipando – à prática institucional – as suas consequências.

43 – Cujá razão o escólio de Joel de Menezes Niebuhr. NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 79.

44 – FRIEDE, Reis. *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 225.

PRINCIPAIS MODIFICAÇÕES NO REGIME DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS		
Regime Jurídico	Antes da EC nº 32/2001 (até 10/09/2001)	Após a EC nº 32/2001 (a partir de 11/09/2001)
Vigência inicial	A medida provisória tinha imediato efeito de lei e vigência inicial de 30 dias	A vigência inicial passa a ser de 60 dias
Possibilidade de reedição	Podia ser reeditada por mais 30 dias, sem limite para reedição, até que fosse votada pelo Congresso	Não há mais reedição e, sim, prorrogação. É permitida uma única prorrogação, também com vigência de 60 dias.
Possibilidade de modificações no texto	O Executivo podia modificar o texto nas reedições	O texto não pode ser modificado na prorrogação.
Restrição de matérias	Era proibido o uso de medidas provisórias para itens da Constituição já modificados por emenda (artigo 246). Matérias insuscetíveis de serem veiculadas por MP não constavam expressamente no texto originário	É proibida a adoção de medidas provisórias na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive (nova redação do art. 246 dada pela EC nº 32/2001). Com a EC nº 32/2001 especificou-se, de forma expressa, as matérias insuscetíveis de tratamento por medida provisória, que são as constantes no art. 62, §§ 1º e 2º da CF
Prazo para apreciação pelo Congresso Nacional	Praticamente inexistente, exceto pela possibilidade de convocação extraordinária	Se não apreciada pelo Congresso até o 45º dia, contado de sua publicação, a MP entrará em regime de urgência, sobrestando (suspendendo) a pauta da casa em que estiver tramitando. E se não for convertida em lei no prazo de 60 dias, prorrogável, uma única vez por igual período, perderá sua eficácia desde a edição

De conformidade com o art. 62, *caput*, da CF/88, em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. Assim, a MP individualiza-se por nascer apenas pela manifestação exclusiva do Presidente da República, que a publica no Diário Oficial da União. Vejamos, então, as regras sobre o processo de criação da MP, ao abarcar a matéria consoante as novas regras fixadas na EC nº 32/2001.

2.1 A EFICÁCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA E SEU IMPACTO SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO NO MODELO DA EC Nº 32/2001

A edição de uma medida provisória suspende a vigência da legislação que a precede, sem ter o condão de revogá-la (considerando a controvérsia existente na doutrina). A qualquer momento o Congresso Nacional pode fulminar os efeitos de medida provisória, restabelecendo, inclusive para o período de vigência dela, a legislação antecedente. Essa regra, contudo, comporta desdobramentos, a seguir elucidados:

- 1º) Se a medida provisória for convertida em lei, ela convalidará os efeitos da legislação que lhe era compatível;
- 2º) Se a legislação anterior for incompatível com a medida provisória convertida em lei, restará revogada (a legislação anterior);
- 3º) Se a medida provisória for rejeitada, expressa ou tacitamente, a eficácia da lei que lhe era anterior será restaurada, porque nesse caso o ato que a gerou não produzirá qualquer efeito em relação à legislação que já era prevaiente antes mesmo de sua existência (da medida provisória);
- 4º) Direitos adquiridos na vigência da legislação antiga prevalecerão em qualquer circunstância, pois, nesse caso, medidas provisórias não os atingem (art. 5º, XXXVI).

O art. 62, § 3º da CF, estabelece que as medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12, perderão eficácia, desde a edição se não forem convertidas em lei no prazo de 60 dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma única vez por igual período (novos 60 dias), devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes, ou seja, não sendo a medida provisória

apreciada no referido prazo de 60 dias, ela perderá a sua eficácia desde a sua edição, operando efeitos *ex tunc*, confirmando a sua efemeridade e precariedade

Adotada a MP pelo Presidente da República ela será submetida, de imediato, ao Congresso Nacional; cabendo, de acordo com o art. 62, §§ 5º e 9º da CF/88 e art. 5º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, a uma comissão mista de Deputados e Senadores examiná-la e sobre ela emitir parecer, apreciando os seus aspectos constitucionais (inclusive os pressupostos de relevância e urgência) e de mérito, bem como a sua adequação financeira e orçamentária e o cumprimento, pelo Presidente da República, da exigência contida no art. 2º, § 1º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional; qual seja, no dia da publicação da MP no Diário Oficial da União ter enviado o seu texto ao Congresso Nacional acompanhado da respectiva mensagem e de documento expondo a motivação do ato. Posteriormente, a MP, com o parecer da comissão mista, passará à apreciação pelo plenário de cada uma das Casas. O processo de votação⁴⁵, como visto e inovando, será em sessão separada e não mais conjunta, tendo início na Câmara dos Deputados, sendo o Senado Federal a casa revisora. O art. 8º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional, substituindo as regras contidas na Resolução nº 1/89 do Congresso Nacional, estabeleceu que o Plenário de cada uma das Casas decidirá, em apreciação preliminar, o atendimento ou não dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, bem como a sua adequação financeira e orçamentária, antes do exame de mérito, sem a necessidade de interposição de recurso para,

45 Alexandre de Moraes consigna que após a análise pela Comissão Mista de Deputados e Senadores, ao apresentar parecer pela aprovação ou não da Medida Provisória, será encaminhada à Câmara dos Deputados, que realizará a deliberação principal nesse processo legislativo e a primeira votação, devendo, antes de analisar seu mérito, efetivar juízo sobre a presença dos requisitos constitucionais, ou seja, sobre a presença ou não de relevância e urgência. Tendo sido aprovada pela Câmara dos Deputados, por maioria simples a medida provisória será encaminhada ao Senado Federal, que igualmente deverá analisar a presença dos requisitos constitucionais exigidos para sua edição, antes da análise do mérito e eventual aprovação por maioria simples. Assevera que, aprovada a medida provisória, será convertida em lei, devendo o Presidente do Senado Federal promulgá-la, uma vez que se consagrou na esfera legislativa essa atribuição ao próprio Poder Legislativo, remetendo ao Presidente da República, que publicará a lei de conversão. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 572-573 – grifamos. Neste último ponto, discordamos, concessa venia, do expoente constitucionalista, pois, conforme o art 12 da resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional que dispõe, in verbis: “aprovada a medida provisória, sem alteração de mérito, será o seu texto promulgado pelo Presidente da Mesa do Congresso Nacional para publicação, como Lei, no Diário Oficial da União”. O texto da Resolução expressamente consigna que a promulgação da medida provisória aprovada sem alteração de mérito é atribuída ao Presidente da Mesa do Congresso Nacional e não ao Presidente do Senado Federal (embora seja este o Presidente do Congresso Nacional), pois sua promulgação é um ato unicameral, ou seja, o Senado Federal entendido como um corpo único, juntamente com a Câmara dos Deputados.

ato contínuo, se for o caso, deliberar sobre o mérito. Isso porque, se o Plenário da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal decidir no sentido do não atendimento dos pressupostos constitucionais ou pela inadequação financeira ou orçamentária da Medida Provisória, esta será arquivada.

O art. 62, § 6º da CF/88, estabelece que, se a medida provisória não for apreciada em até 45 dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, subseqüentemente, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ficando sobrestadas,⁴⁶ até que se ultime a votação, todas as demais deliberações legislativas da Casa em que estiver tramitando.

Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴⁷ asseveram que, caso a medida provisória não seja apreciada em 45 dias, entrará, como apontado acima, em regime de urgência, com o sobrestamento das demais deliberações da Casa. Assim, se ultrapassar o prazo na Câmara, o Senado já receberá o projeto sob regime de urgência. Entendem, segundo eles, que o Senado deverá receber o projeto sem a contagem do curso na Câmara. Só assim, não sofrerá prejuízo, com o bloqueio da sua pauta, pela morosidade da Câmara. O prazo de urgência deve ser contado Casa a Casa, pois, de outra forma, o Senado Federal teria sua pauta bloqueada pelo eventual atraso da Câmara, o que fere o devido processo legal legislativo. O Congresso Nacional, no entanto, ao disciplinar a matéria, optou pela manutenção de contagem de um prazo único, permitindo ao Senado Federal que comece a discussão do tema mesmo antes de receber o projeto aprovado pela Câmara (conforme a dicção do art. 7º, § 2º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional). Essa situação poderá amenizar a questão da urgência fixada pela Emenda nº 32/2001. Assim, enquanto a Câmara aprecia o projeto, o Senado Federal, a partir de determinado momento, começa a sua apreciação, mesmo sem a conclusão da Câmara, o que tornará o processo mais ágil e protegerá o Senado Federal do bloqueio pelo eventual atraso na Câmara.

Por lógica, o regime de urgência permanecerá durante o prazo integral da prorrogação da medida provisória.

46 Sobrestamento – suspensão temporária de deliberação de qualquer proposição, enquanto não for decidido o motivo que ocasionou o sobrestamento. www.camara.gov.br/internet/Processo/glossario.asp.

47 ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 335–336.

Inovando e esta talvez a grande novidade trazida pela EC nº 32/2001, o § 10 do art. 62 da CF, estabelece ser vedada a reedição de medida provisória na mesma sessão legislativa,⁴⁸ expressamente rejeitada pelo Congresso Nacional, ou que tenha perdido a sua eficácia por decurso de prazo, ou seja, *não* tenha sido apreciada pelo Congresso Nacional no prazo de 60 dias prorrogáveis por novos 60 dias, contados de sua publicação (art. 62, § 7º da CF). Pela redação dada ao referido dispositivo constitucional, contudo, na sessão legislativa seguinte, ao que parece, permitir-se-á a reedição da aludida medida provisória, subsistindo a criticada técnica de reedição das medidas provisórias, que, infelizmente, agora conta até com permissivo constitucional expresso no sentido de corroborar a sua reedição na sessão legislativa seguinte. Restará ao Judiciário declarar inconstitucional esta nova sistemática de possibilidade de reedição da medida provisória na sessão legislativa seguinte.

Assim, pelo exposto e tentando aclarar ainda mais a nova sistemática trazida pela EC nº 32/01, podemos fixar que, adotada a MP pelo Presidente da República, o Congresso Nacional poderá tomar as seguintes medidas, as quais serão analisadas no próximo capítulo: aprovação integral da medida provisória sem alteração de mérito, aprovação com alteração de mérito, não-apreciação (rejeição tácita) e, ainda, rejeição expressa.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DA MEDIDA PROVISÓRIA

A medida provisória se caracteriza – com o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001 – ato normativo primário, político, discricionário, excepcional, efêmero (ou provisório), cautelar, precário; circunscrito à esfera privativa de competência do Presidente da República, possuindo, desde logo, força, eficácia e valor de lei. Assim, todo o exposto relativamente à natureza da medida provisória do modelo originário da Constituição de 1988 aplica-se à medida provisória do modelo da Emenda Constitucional nº 32/2001. Segue sendo, a um só tempo:

- a) Em face de seus destinatários, ato normativo primário – e político, discricionário, excepcional, efêmero (ou provisório),

⁴⁸ *Sessão legislativa* – ano parlamentar que abrange o período de 2 de fevereiro a 17 de julho e de 1º de agosto a 22 de dezembro e denominado de sessão legislativa *ordinária* – art. 57, *caput*, da CF com a nova redação dada pela EC nº 50/2006, de 14/02/2006. A sessão legislativa *extraordinária* ocorre quando o Congresso é convocado fora do período ordinário. Numa legislatura há quatro sessões legislativas ordinárias. www.camara.gov.br/internet/Processo/glossario.asp.

cautelar, precário – com força de lei que lhe é atribuída enquanto não rejeitada expressamente ou perdido a sua eficácia por decurso de prazo; e

- b) Em face do Congresso Nacional, projeto de lei de conversão de normas provisórias em normas permanentes, desde a edição.⁴⁹

2.3 LIMITAÇÃO MATERIAL NA EDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

A redação original do artigo 62 da Constituição Federal abstinha-se de dispor explicitamente a respeito de matérias que não poderiam ser objeto de medida provisória. Isso provocou caloroso debate doutrinário, pois parte deles sustentam que há matérias incompatíveis (o que foi visto *retro*), por sua própria natureza, com a ordenação de urgência e excepcionalidade próprias à medida provisória.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 deu novo enfoque à questão, declinando rol de assuntos que não podem ser versados por medida provisória, consoante comando do § 1º do artigo 62, bem como alterando a redação do artigo 246.

Pois bem, o tópico relativo às matérias que não podem constituir objeto de medida provisória há de ser analisado sob as perspectivas dos limites expressos e dos limites implícitos, por ordem.

2.3.1 LIMITES EXPRESSOS

A) MEDIDA PROVISÓRIA E REGULAMENTAÇÃO DE DISPOSITIVOS ALTERADOS POR EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Com o flagrante excesso de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República, o poder reformador preocupou-se em afastar a possibilidade de ela vir a ser utilizada para regulamentar dispositivos que tenham sido objeto de emendas constitucionais. Por isso, o próprio texto das emendas constitucionais vem declinando alguns limites expressos à medida provisória, colacionando-se os seguintes:

- a) Emenda Constitucional de Revisão de nº 01/1994, que acrescentou o art. 73 aos Atos das Disposições Constitucionais

⁴⁹ Cf. voto do Min. Moreira Alves na ADInMC 293-7/DF – Pleno, Rel Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 16.04.1993

Transitórias, que já teve a sua eficácia exaurida, ao proibir a regulação do Fundo Social de Emergência por meio de medida provisória;

- b) Emenda Constitucional nº 05/1995 que alterou o § 2º do artigo 25 da Constituição Federal, vedando que medida provisória regule os serviços de gás canalizado nos Estados;
- c) EC nº 08/1995 – art. 2º, que veda a adoção de medida provisória para regulamentar o disposto no inciso XI do art. 21 da Constituição Federal;⁵⁰
- d) EC nº 09/1995 – art. 3º, que veda a edição de medida provisória para a regulamentação da matéria prevista nos incisos I a IV e nos §§ 1º e 2º do art. 177 da Constituição Federal.

De maneira destacada e geral, consoante as Emendas à Constituição nºs 06 e 07, ambas de 1995, ganhou ressonância o novo artigo 246 da Constituição Federal, que reputa vedada a edição de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou a redação do artigo 246 da CF, agora redigido nos seguintes termos:

Art. 246 – É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada entre 1º de janeiro de 1995 até a promulgação desta emenda, inclusive.

A mudança reside na parte final do dispositivo, pois antes da referida Emenda, o Presidente da República não poderia utilizar medida provisória para regulamentar os artigos objeto de emenda à Constituição promulgada a partir de 1995. Agora a vedação atinge os artigos objeto de emenda à Constituição a partir de 1995, porém só até a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001. Quer dizer

50 “Art. 21, XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

que as matérias a serem dispostas em futuras emendas à Constituição poderão ser regulamentadas por medida provisória.⁵¹

Isso porque a vedação de regulamentação de artigo da Constituição alterado por emenda, de acordo com a nova redação dada ao art. 246 da CF, não abrange as que forem promulgadas após o dia 11.09.01. Pela nova regra, enfatize-se, as MP's não poderão regulamentar artigos da Constituição que tenham sido alterados por emenda constitucional no período de 1.1.1995 a 11.09.01. Todo artigo da Constituição que for alterado após a data da promulgação da nova emenda (11.09.01), irrestritamente, pela nova redação, poderá, admirem-se, ser regulamentado por MP.

B) NACIONALIDADE, CIDADANIA, DIREITOS POLÍTICOS, PARTIDOS POLÍTICOS E DIREITO ELEITORAL (ALÍNEA "A" DO INCISO I, DO § 1º DO ARTIGO 62)

As matérias relacionadas à nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral são muito similares ao contido no inciso II do § 1º do art. 68 da Constituição Federal (matéria vedada à lei delegada), não fazendo referência, no entanto, a "direitos individuais" que, portanto, conforme sustenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, podem ser objeto de medida provisória, embora não podendo ser por lei delegada.⁵²

Todavia, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior manifestam a posição, o que já foi reiterado acima (letra D, item 2.4 do capítulo 2), no sentido de que os direitos individuais não podem ser objeto de medida provisória, apesar de não estar expressa a vedação no § 1º do art. 62. Segundo eles, trata-se de interpretação sistemática e conforme à Constituição, que leva à proteção da indelegabilidade de funções, cláusula pétreia, assegurada no § 4º do art. 60 e no art. 2º da Constituição Federal e que o núcleo proibido anunciado no art. 62, § 1º, é um mínimo, que deve ser entendido com o § 1º do art. 68, ao continuar refletir sua influência sobre a medida provisória. Arrematam ao afirmarem o seguinte:

51 Como disse Pedro Lenza: "[...] Trata-se de mais um retrocesso trazido pela nova sistemática das medidas provisórias, beneficiando, claramente o governo e mostrando que o Congresso Nacional cedeu e muito neste mau acordo político." LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 7. ed. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 259.

52 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 241.

[...] É que não poderia o Poder Constituinte Derivado alterar a cláusula [cláusula pétrea – nota nossa], permitindo, por exemplo, que direitos individuais (porque não estão expressos nas matérias constantes dos incisos do § 1º do art. 62) fossem veiculados por medida provisória. A regra é a da separação de poderes. E, sendo assim, toda interpretação deve prestigiar o princípio. No caso, apesar de não proibida expressamente a matéria (direitos individuais), entendemos que não poderá ser veiculada por medida provisória, diante da força principiológica do tema de separação de poderes. Não poderia o Congresso Nacional permitir, por emenda constitucional, que o tema fosse retirado da alçada exclusiva do Poder Legislativo, para que fosse submetido ao Poder Executivo, com edição de medida provisória”.⁵³

A legislação em torno dessas questões deve provir do Poder Legislativo, o que pressupõe o debate entre as mais diversas correntes partidárias e ideológicas. Caso se tivesse reconhecido ao Presidente da República a possibilidade de adentrar-se nessas matérias por medida provisória, ele bem poderia moldar, por exemplo, o processo eleitoral às suas aspirações, o que redundaria em ditadura disfarçada e carência absoluta de legitimidade.

A) Direito Penal e Processual Penal (alínea “b” do inciso I do § 1º do artigo 62)

A disciplina penal não admite regramento por meio de medida provisória, pois, para ela, o princípio da legalidade se fortifica, não permitindo qualquer sorte de produção de cunho legislativo por parte do Presidente da República.

A essência do sistema penal é dar garantias aos indivíduos acusados de terem cometido crimes e conferir segurança jurídica a toda a Sociedade, ou seja, um indivíduo sabe com antecedência quais condutas tipificadas são a ele atribuídas e as penalidades que lhe podem ser impostas caso pratique atos comissivos ou omissivos proibidos pelos enunciados legais. Isso acarreta previsibilidade, em que todos podem antever o resultado de seus atos, traduzindo, por si, a garantia de que ninguém será punido se não incorrer no tipo penal e de que a punição não passará dos limites já previstos em lei.

⁵³ ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2004, p. 338.

O sistema penal, antes de ser sistema de penas, é sistema de garantias: garantias de que o indivíduo só pode ser punido nos casos, na medida e de acordo com o processo prescrito em lei.

Daí que o princípio central do direito penal é o da reserva legal, cuja máxima latina bem o retrata: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Quer dizer que a força de lei conferida à medida provisória não é o bastante para que ela trate de matéria penal, o que deve ser feito pelo Poder Legislativo.

Ao se aduzir que as matérias penais não podem ser tratadas em medida provisória, quer-se, evidentemente, abraçar tanto o direito substantivo, quanto o adjetivo, isto é, a disciplina do processo penal junta-se à de direito penal, pois ambas salvaguardam as garantias individuais.

Quanto a esse particular, o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Moreira Alves, não havia objetado que medida provisória tratasse de prisão temporária,⁵⁴ mencionada anteriormente. Agora, em razão da proibição expressa, a questão muda de figura, devendo-se assentar a inadmissão de medida provisória sobre direito penal e processo penal.

B) Processo Civil (alínea “b” do inciso I do § 1º do artigo 62)

O poder de reforma entendeu por bem impedir que o Presidente da República inovasse o processo civil por meio de medida provisória. Tudo porque, como chefe do Poder Executivo, ele tem interesse direto em inúmeras demandas judiciais. Assim, o mesmo poderia valer-se de medida provisória para influir em ações de seu próprio interesse, o que frustraria qualquer sombra de equidade.

C) Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros (alínea “c” do inciso I do § 1º do artigo 62)

O Poder Judiciário e o Ministério Público não podem ser moldados pelas medidas provisórias editadas pelo Presidente da República, sob pena de se ferir de morte a independência funcional deles. É inviável que tais entidades fiquem à mercê dos sabores e dissabores do Presidente da República.

⁵⁴ STF – Pleno – ADIN nº 162-1/DF – Rel. Min. Moreira Alves, *Diário da Justiça*, Seção I, 19/09/1997, p. 45.582.

D) *Planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º (alínea “d” do inciso I do § 1º do artigo 62)*

O artigo 165 da Constituição Federal determina que leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Bem se vê que o dispositivo reclama *lei*, cujo espectro não se confunde com *medida provisória*.

A própria exigência de que plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento sejam tratadas em lei quer significar que o Poder Legislativo deve controlar as receitas e as despesas públicas. Quer-se impedir que o Presidente da República disponha delas livremente. Portanto, como é sabido que o Poder Executivo gerencia a maior parte dos recursos públicos, atribuiu-se ao Legislativo a função de planejar tal atividade, prevendo a receita e estabelecendo como deve se realizar a despesa.

Além disso, é proibido que medida provisória verse créditos complementares e adicionais, o que poderia comprometer a atividade de planejamento implementada pelas leis do plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento. A ressalva atine ao § 3º do artigo 167, que permite a abertura de crédito extraordinário para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62. Nestas específicas hipóteses, o próprio § 3º do artigo 167 menciona e autoriza o uso de medida provisória.

E) *Detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro (inciso II do § 1º do artigo 62)*

O dispositivo visa a proteger a economia popular, proibindo que o Presidente da República detenha ou seqüestre bens, poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro por meio de medida provisória. Note-se que essas atitudes se aproximam do empréstimo compulsório, regrado pelo artigo 148 da Constituição Federal, cuja competência é conferida à União, mediante lei complementar, limitada às hipóteses de despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência (inciso I); e em caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observada a alínea “b” do inciso III do artigo 150.

F) *Matéria reservada à lei complementar (inciso III do § 1º do artigo 62)*

A lei complementar é tratada de forma bastante lacônica na Constituição Federal de 1988, cujo artigo 69 apenas preceitua que ela deve ser aprovada por maioria absoluta.

Com o fito de definir lei complementar, Celso Ribeiro Bastos leciona que:

lei complementar é aquela que completa a Constituição. O que significa completar a Constituição? Significa que, levando-se em conta o fato de nem todas as normas constitucionais terem o mesmo grau de aplicabilidade e a possibilidade de se tornarem imediatamente eficazes, demandam a superveniência de uma lei que lhes confira esses elementos faltantes. Dá-se o nome de lei complementar a essa norma que vem, na verdade, integrar a Constituição.⁵⁵

E prossegue explanando o seguinte:

[...] Entendemos, pois, por lei complementar, a espécie normativa autônoma, expressamente prevista no inc. II do art. 59 da Constituição Federal, que versa sobre matéria subtraída ao campo de atuação das demais espécies normativas do nosso direito positivo, demandando, para a sua aprovação, um quorum especial de maioria absoluta dos votos dos membros das duas Casas de que se compõe o Congresso Nacional. [...] Em síntese, a lei complementar caracteriza-se por dois pontos: pelo âmbito material predeterminado pelo constituinte e pelo quorum especial para sua aprovação, que é diferente do quorum exigido para aprovação da lei ordinária.⁵⁶

Depreende-se, do exposto acima, que se o constituinte determinou que certa matéria deve ser tratada por lei complementar, não pode sê-lo por nenhuma outra espécie de ato normativo, sem importar a concorrência de relevância e urgência. A justificativa da existência da lei complementar reside na necessidade de se evitar que certas matérias venham a sujeitar-se a qualquer disposição efêmera, provisória, devendo, ao contrário, guardar estabilidade da ordem jurídica.

G) *Matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República (inciso IV do § 1º do artigo 62)*

55 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 356.

56 Idem, p. 357.

A atividade política do Presidente da República de produção de medida provisória deve sempre ser concebida como exceção, já que retrata competência decorrente de função atípica. Quem deve criar primariamente a ordem jurídica, prescrevendo os direitos e as obrigações a que se sujeitam as pessoas, é o Poder Legislativo. Assim, a competência atribuída ao Poder Legislativo deve ser preservada em face dos abusos cometidos pelo Presidente da República.

Se o Presidente da República não concorda com o projeto de lei, o processo legislativo lhe concede a prerrogativa de vetá-lo, em observância ao § 1º do artigo 66 da Constituição Federal. Permitir a frustração de projeto de lei por meio de medida provisória acabaria por frustrar o instituto do veto, que deve retornar ao Congresso Nacional, devidamente motivado, para a sua apreciação.

Pondera-se que o dispositivo em comento não se reveste de tanta eficácia. Para burlá-lo, bastaria que o Presidente da República sancionasse ou vetasse o projeto de lei, e depois, até mesmo no dia seguinte, editasse medida provisória que o contrariasse. O inciso IV do § 1º do artigo 62 remete a projeto de lei pendente de sanção ou veto. Nada impede que o projeto, depois de vetado ou sancionado, sofra a ingerência da medida provisória.

2.3.2 LIMITES IMPLÍCITOS

Afora as limitações espalhadas pelas emendas no item 3.3.1 – letra A, antes da EC nº 32/2001 não havia rol de matérias preservadas expressamente das injunções da medida provisória. Por isso, os agentes jurídicos debatiam em torno da existência de limites implícitos, isto é, assuntos que, em virtude de seus traços próprios, seriam incompatíveis com as medidas provisórias.

Com a EC nº 32/2001, vários assuntos foram expressamente postos a salvo da medida provisória. Sobre eles já não resta qualquer dúvida, pois não poderão ser regulados por medida provisória. Contudo, indaga-se se o elenco de matérias enunciado pelo § 1º do artigo 62 da Constituição Federal é ou não exauriente. Se outros tópicos ainda persistem, mesmo que não previstos expressamente e mesmo após a promulgação da Emenda Constitucional em apreço, cuja natureza não se afaz à ordenação por medida provisória.

Ainda que não enumerada no § 1º do artigo 62, se há matéria cuja natureza não se harmoniza com a urgência de medida provisória, é forçoso reconhecer que por ela não pode ser tratada.

Sublinham-se as seguintes:

A) Competências exclusivas do Congresso Nacional e privativas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal

Apesar de a EC nº 32/2001 não ter sido expressa neste ponto, os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, bem assim os de competência privativa da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, pela sua própria natureza – como já referido –, permanecem fora do alcance da medida provisória (tais como matérias reservadas à resolução e decreto legislativo).

B) Emenda à Constituição

É óbvio que a Constituição não pode ser emendada por medida provisória. Qualquer alteração na Constituição precisa amparar-se no próprio poder constituinte originário que, além de autorizá-la, delimita o procedimento e as matérias que não podem ser afetadas. Assim é que o artigo 60 da Carta de 1988 dispõe a respeito da emenda à Constituição que, em tudo diversa da medida provisória, constitui o meio hábil para produzir modificações no texto constitucional.

C) Lei delegada

Por efeito de analogia, as matérias que não podem ser objeto de lei delegada, não podem sê-lo, tampouco, de medida provisória.

O Congresso Nacional pode, em obediência ao artigo 68 da Constituição Federal, delegar ao Presidente da República a atribuição de produzir leis. Só que o próprio § 1º do supracitado artigo veda que proceda à delegação de atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, dos de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, da matéria reservada à lei complementar (próprio § 1º); veda também legislar sobre organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, carreira e garantia de seus membros (inciso I do § 1º); nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais (inciso II do § 1º); planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos (inciso III do § 1º).

Veja-se que a quase totalidade das matérias que não admitem delegação foram reproduzidas pelo § 1º do artigo 62 da Constituição Federal. Todavia, persistem matérias cuja delegação é vedada e que não foram expressamente proibidas de regulação por medida provisória, entre as quais os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados e Senado Federal (§ 1º do artigo 68) e os direitos individuais (inciso II do § 1º do artigo 68).

D) Direito Tributário

Dentro da esfera de limitação de poderes, sempre vêm à discussão os recursos financeiros do Estado, que são obtidos principalmente por meio da sujeição dos cidadãos à obrigação de pagamento de tributos. Torna-se necessário que a relação tributária seja pautada por normas estáveis, cujo sistema confira, sobretudo, segurança jurídica aos contribuintes.

Inspirado nesse propósito de conferir segurança jurídica, há dois princípios fundamentais para o sistema tributário firmado na Constituição de 1988: a legalidade e a anterioridade.

O princípio da legalidade permite inferir que a instituição, majoração ou qualquer pretensão de ordem tributária do Estado devem ser realizadas por meio de lei, o que, em caráter especial, não condiz com a medida provisória.

Como discorrido anteriormente, a medida provisória tem força de lei, ou seja, para o constituinte ela funciona como tal, podendo inovar a ordem jurídica. Por isso, poder-se-ia afirmar que o uso de medida provisória não violaria o princípio da legalidade. Entretanto, essa assertiva é falsa, pois a medida provisória, afora o fato de não ser lei, apreende a verdadeira razão do Direito Tributário, que é frear o ímpeto daquele que acaba recebendo a receita tributária. Daí resulta que, para o Direito Tributário, o princípio da legalidade se torna estritamente rígido, já que depende de ato do Poder Legislativo, jamais do Executivo.

É nessa linha que deve ser lido o inciso I do artigo 150 da Constituição Federal, cujo texto prescreve que, “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Em outros termos, a medida provisória não é pertinente à espécie tributária, por ser imperativo que o regramento da matéria seja de autoria do Poder Legislativo.

O princípio da anterioridade, por sua vez, é bem específico, tendo sido agasalhado pela alínea “b” do inciso III do artigo 150 da Constituição Federal, cujo texto veda ao Estado a cobrança de tributos “no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Sendo assim, é claro que o pressuposto de urgência que afeta a medida provisória a torna incompatível com a instituição ou o aumento de tributos porque, para isso, a eficácia é diferida para o exercício financeiro seguinte.

A medida provisória, conforme já assinalado, reveste-se de eficácia imediata, justamente para responder à situação que reclama providência urgente, havendo verdadeiro perigo de prejuízo e gravame de monta caso o Estado não produza normas também imediatamente. Pois bem, como a instituição e a majoração de tributos surte efeito apenas no exercício financeiro seguinte, quis o constituinte excluir tais matérias da incidência de legislação excepcional e de urgência, mormente de medida provisória, antes exigindo planejamento, temperança e estabilidade.⁵⁷

Em que pese tais argumentos, o constituinte reconheceu haver situações urgentes, que precisam de medidas tributárias excepcionais e imediatas. Diante disso, excepcionou, pelo § 1º do artigo 150 da Constituição Federal, o princípio da anterioridade nas hipóteses previstas nos incisos I, II, IV e V do artigo 153, também da Constituição Federal, relativas à instituição de impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (inciso I do art. 153); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (inciso II do art. 153); produtos industrializados (inciso IV do art. 153); operações de crédito, câmbio e seguro ou relativas a títulos ou valores mobiliários (inciso V do art. 153). E, ainda, a hipótese consagrada no inciso II do artigo 154 da Constituição Federal, que se destina à iminência ou ao caso de guerra externa (inciso II do art. 154).

57 Alexandre Barros Castro sintetiza os argumentos contrários à adoção de medida provisória a respeito de matéria tributária: “[...] *Tal entendimento é, ao nosso ver, inaceitável. Ao contrário, inexistindo autorização expressa para veicular normas tributárias, o texto constitucional em vigor restringe, ao invés de ampliar, o campo de atuação das medidas provisórias. Essa restrição advém de vários fatores. Dentre eles, cabe ressaltar: a medida provisória tem ‘força de lei’, mas com ela não se confunde; o princípio da legalidade, princípio constitucional tributário, restringe a instituição e majoração de tributo à lei propriamente dita; o princípio da anterioridade, característica básica da lei tributária, é totalmente incompatível com qualquer noção de urgência e relevância em matéria de instituição e majoração de tributos.*” CASTRO, Alexandre Barros. *As Medidas Provisórias no Direito Tributário Brasileiro*. Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas. nº 24, São Paulo, jul.-set./1998, p. 99.

Além disso, em vez de admitir a produção de medida provisória para as hipóteses supracitadas, o próprio constituinte já previu outro remédio. Pelo § 1º do artigo 153, facultou ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V do mesmo dispositivo. Assim, ao Presidente da República é facultado majorar tais tributos em ato de sua autoria exclusiva, sem que o Congresso Nacional deva apreciá-lo, tal como ocorre com a medida provisória, afigurando-se ela acima de tudo, desnecessária e indevida.

Outra exceção ao princípio da anterioridade é prevista no § 6º do artigo 195 da Constituição Federal, segundo o qual “as contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no artigo 150, III, b”. Portanto, para as contribuições sociais, em vez de aguardar o próximo exercício financeiro, basta esperar noventa dias (*anterioridade nonagesimal*).

Contudo, os noventa dias a serem contados para que a contribuição social seja exigida afasta a incidência de medida provisória, dado que o caso não configura o caráter de urgência, expressando-se compatível o prazo para a apreciação de projeto de lei com pedido de urgência.

Ainda, segundo assinala Joel de Menezes Niebuhr, um último argumento confirma a tese de que não cabe medida provisória em matéria tributária, uma vez que, com amparo no inciso II do § 1º do artigo 68 da Constituição Federal, não é possível delegar ao Presidente da República a função legislativa atinente a direitos individuais.⁵⁸ Os tributos revelam verdadeira espoliação, que recaem sobre o patrimônio dos indivíduos, das suas propriedades, traduzindo a disciplina tributária direitos individuais. Como visto, se não é possível delegar a produção de leis sobre direitos individuais, que engloba o Direito Tributário, não é possível tratar delas em sede de medida provisória.

Apesar da posição acima adotada, importa advertir que o Supremo Tribunal Federal entende ser possível à medida provisória versar sobre direito tributário. Confira-se, a propósito, fragmento da ementa relatada pelo Ministro Ilmar Galvão: “[...] De outra parte, já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de

58 NIEBUHR, 2001, p. 117.

natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei. [...]”.⁵⁹

Da mesma forma, o Poder Legislativo jamais objetou que medida provisória dispusesse de assuntos tributários. Tanto é assim, que a EC n° 32/2001, mediante a introdução do § 2º do artigo 62, prescreve: “Medida Provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”.

À primeira vista, se o dispositivo em apreço prescreve que a medida provisória de instituição ou majoração de impostos só produz efeitos no exercício financeiro seguinte ao de sua conversão em lei, seria forçoso concluir que o poder reformador admitiu expressamente que medida provisória, afinal de contas, trate de direito tributário, parecendo cair por terra a argumentação dos que perfilham o contrário.

No entanto, o princípio da legalidade em matéria tributária traduz direito individual que, como estatui o inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, não pode ser afetado por Emenda à Constituição. Direito individual é cláusula pétrea, da qual o poder de reforma não pode olvidar. O Congresso Nacional, mesmo se quisesse, como quis, não reúne competência para, por meio de Emenda à Constituição minimizar o direito individual à legalidade tributária, admitindo que medida provisória disponha livremente de instituição e majoração de impostos. Malgrado autoria congressual, este § 2º do artigo 62 introduzido pela EC n° 32/2001 é inconstitucional e antijurídico, pelo que deve ser alijado da ordem jurídica vigente.⁶⁰

Por outro lado, a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal, em divergência ao argumento acima expendido, é no sentido de que:

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a

59 STF – Pleno – ADIN n° 1.667-9/DF – Medida Liminar – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 21/11/1997, p 60.586.

60 Em sentido contrário, admitindo ser juridicamente possível modificar normas constitucionais insertas no âmbito protetivo do art. 60, § 4º da Constituição Federal, desde que a modificação não seja tendente a abolir a decisão política fundamental ali plasmada, veja-se: AMARAL JÚNIOR, 2004, p. 223-224. Onde se lê: “[...] por ser uma decisão política ‘fundamental’ é que não pode ser abolida, mas pode ser emendada desde que a modificação não desnature a decisão política fundamental em questão.” Idem, p. 224.

intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nela se protege.⁶¹

E) *Matéria afeta a decreto autônomo*⁶²

Por força da EC nº 32/2001, escapa ao âmbito temático da medida provisória, bem assim da lei ordinária, as atribuições, a estruturação e funcionamento dos Ministérios e órgãos da administração pública federal, quando não implicarem aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos, nos termos do artigo 84, VI, *a*, da Constituição Federal. A disciplina em causa toca, a partir da EC nº 32/2001, a uma nova espécie normativa primária: *o decreto autônomo*.⁶³

3 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objeto de estudo a origem histórica e institucional da medida provisória introduzida na ordem constitucional brasileira, perquirindo-se sua natureza jurídica, eficácia, limitação material. Fez-se um amplo estudo de sua configuração jurídica no regime constitucional com a EC nº 32/2001. E, por conseguinte, após exaustiva análise percuciente, exibem-se algumas considerações conclusivas abaixo consignadas.

A medida provisória foi inspirada no antigo decreto-lei, adotado pelos regimes de exceção do Estado Novo e do Governo Militar de 1964. A redação dada ao decreto-lei, nas duas épocas, é bastante parecida

61 STF – Pleno – ADIN nº 2.024-2/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, 01/12/2000.

62 Maria Sylvania Zanella Di Pietro leciona que o “decreto é a forma de que se revestem os atos individuais ou gerais, emanados do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador e Prefeito). Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas que se dirigem a todas as pessoas que se encontram na mesma situação (decreto geral) ou pode dirigir-se a pessoa ou grupo de pessoas determinadas. Nesse caso, ele constitui decreto de efeito concreto (decreto individual); é o caso de um decreto de desapropriação, de nomeação, de demissão. Quando produz efeitos gerais, ele pode ser: 1. *regulamentar* ou de *execução*, quando expedido com base no artigo 84, IV, da Constituição, para fiel execução da lei; 2. *independente* ou *autônomo*, quando disciplina matéria não regulada em lei. A partir da Constituição de 1988, não há fundamento para esse tipo de decreto no direito brasileiro, salvo nas hipóteses previstas no artigo 84, VI, da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32/01”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 223 – grifo no original).

63 Há, ainda, uma outra hipótese de decreto autônomo, qual seja, a extinção, por decreto, de funções ou cargos públicos – criados por lei – quando vagos (cf. art. 84, VI, *b*, da CF, com a redação da EC nº 32/2001). Tem-se, aqui, ato normativo primário de efeitos nitidamente concretos.

com a pertinente medida provisória, ressaltando-se, numa perspectiva geral e conjunta, duas diferenças fundamentais: (a) as constituições restringiam o âmbito material do decreto-lei, ressalvando certas disciplinas que não podiam ser por ele reguladas, enquanto, para a medida provisória, não havia, até a Emenda Constitucional nº 32/2001, limitações explícitas neste sentido; (b) o decreto-lei, caso o Congresso Nacional não o apreciasse no tempo devido, era tido como aprovado; já a medida provisória é tida como rejeitada.

A medida provisória assemelha-se em vários aspectos aos provimentos provisórios previstos na Constituição italiana de 1947. Conquanto a redação desses dispositivos seja muito parecida, importa sublinhar que a maior diferença entre a decretação de urgência italiana e a brasileira não está nas normas constitucionais específicas ao *decreto-legge* e à medida provisória, mas, sim, no *sistema de governo* em que os referidos institutos estão imersos. Na Itália, o *decreto-legge* é utilizado em um sistema de governo parlamentarista; no Brasil, a medida provisória era e continua a ser empregada em um sistema de governo presidencialista. Disso resulta a constatação de que, na Itália, o *decreto-legge* vem ao mundo com presumido apoio da maioria parlamentar que sustenta o Governo do dia. Por outro lado, não há tal presunção no Brasil, nem sequer relativamente à base parlamentar que empresta apoio ao Presidente da República. No entanto, o parlamentarismo (ao menos o italiano), por si só, não previne abusos na adoção da decretação de urgência. Até porque a rejeição parlamentar do *decreto-legge* não implica, automática e necessariamente, a queda do Conselho de Ministros italiano (cf. art. 94, IV da Constituição italiana de 1947). Com efeito, apesar das diferenças entre os sistemas de governo italiano e brasileiro, em ambos houve nítida – e sempre criticada – vulgarização da decretação de urgência.

A medida provisória no modelo da Emenda Constituição nº 32/2001, é ato normativo, primário, político, com força de lei, discricionário, excepcional, efêmero (ou provisório), cautelar e precário. Com efeito, a medida provisória é ato normativo porque geral e abstrato, cujo descumprimento importa sanção estatal. É ato normativo primário, pois retira seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal. É ato político já que destinada a apurar a ordem jurídica em face de situações de alta urgência e relevância, absolutamente anômalas, em competência diretamente oriunda da Constituição, a ser exercida com fulcro no juízo discricionário do Presidente da República. Possui ela força de lei, uma vez que inova a ordem jurídica, sem, contudo, equiparar-se à lei. É também, reacentue-se,

ato discricionário, pois o Presidente da República decide ou não adotá-la consoante juízo político seu. Saliente-se que os pressupostos de relevância e urgência se revelam nos limites dessa competência discricionária.

A medida provisória constitui intervenção excepcional do Presidente da República em atribuição que, em regra, se confere ao Poder Legislativo, assentando a necessidade de hermenêutica restritiva. É efêmero, pois não deve perpetuar-se no tempo, mas apenas atender à situação excepcional. Acrescente-se que a medida provisória se reveste de natureza cautelar porque visa responder a situação fática relevante e urgente, que não poderia aguardar os trâmites ordinários de produção legislativa, sob pena de imposição de gravame à sociedade. Enfim, a medida provisória pode ser rejeitada a qualquer tempo pelo Congresso Nacional, o que exprime o caráter precário dela.

A medida provisória só pode ser adotada para responder a situações de relevância e urgência. Tais situações devem amparar-se em fatos, não em meras elucubrações ou abstrações do Presidente da República. Tudo o que estiver prescrito pelo Direito é relevante. Não se pode sequer imaginar que o Direito trate daquilo que não tem importância. Daí resulta que a relevância da medida provisória é excepcional, devendo haver fato anômalo que a justifique.

A urgência concerne à situação em que não se pode aguardar os trâmites legislativos normais, sob pena de prejuízo à coletividade. O *urgente*, na medida provisória, é o que não pode aguardar o prazo de aproximadamente de 100 (cem) dias previsto na Constituição para a apreciação de projeto de lei do Presidente da República com solicitação de urgência, dado que este é instrumento menos gravoso.

De acordo com o § 1º do artigo 62, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32/2001, é vedada a edição de medida provisória que trate de matéria relativa a: nacionalidade, cidadania, direitos políticos e direito eleitoral (inciso I, alínea “a”); direito penal, processual penal e processual civil (inciso I, alínea “b”); organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros (inciso I, alínea “c”); planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento, créditos adicionais e suplementares, ressalvado o previsto no art. 167, § 3º (inciso I, alínea “d”); que vise à detenção ou seqüestro de bens, poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro (inciso II); reservada à lei complementar (inciso III); já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional e pendente de sanção ou veto do Presidente da República (inciso IV).

Além disso, algumas outras matérias, mesmo que não enunciadas de modo explícito, não se coadunam com o regime da medida provisória, devido ao desenho traçado pela própria Carta Magna.

A Constituição não pode ser emendada por medida provisória, já que o modo de fazê-lo é singularmente previsto pelo poder constituinte originário, tendo disposto a respeito no artigo 60 da Carta atual.

As matérias que não podem constituir objeto de delegação legislativa, também não podem ser tratadas por medida provisória. O constituinte ressaltou tais assuntos em virtude da necessária estabilidade delas, que requer, para mudanças, discussão adequada no Congresso Nacional. Eles são matérias que não se harmonizam com a urgência de medida provisória, configurando núcleo de competência exclusiva do Congresso Nacional e de suas Casas, que não podem ser neutralizados por meio oblíquos. Ora, se o Congresso Nacional, mesmo que quisesse, não poderia transferir ao Presidente da República a competência para disciplinar tais matérias, é óbvio que ele não pode exercê-la por si só.

Os direitos individuais, ao seu turno, não podem pender de medida provisória. Da mesma forma que a lei veda a delegação dos direitos individuais, estes não podem ser disponibilizados pelo Presidente da República mediante medida provisória. Deles não se dispõe de modo apressado, conforme a urgência da medida provisória. Antes, qualquer ato que os afete requer amplo debate, profunda reflexão.

Matéria tributária não pode ser objeto de medida provisória em decorrência dos princípios da legalidade, que haure rigidez no campo tributário, e da anterioridade, que afasta a incidência do pressuposto de urgência. De mais a mais, as exceções a esses princípios possuem regime próprio já previsto na Constituição Federal, que é em tudo estranho à medida provisória.

Cumprе consignar que o § 2º do artigo 62 da Constituição Federal, outra novidade da EC nº 32/2001, prescreve que “medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. É de concluir, à primeira vista, que o poder de reforma quis admitir a incidência de medida provisória em matéria tributária, já que ele se preocupou em regrar a produção dos efeitos dela. Entretanto, o poder de reforma não agrega tamanha prerrogativa, sem que lhe seja

permitido afetar direitos individuais, nem comprometer a divisão de poderes, ambos cláusulas pétreas da Constituição Federal. O próprio dispositivo é incongruente, pois medida provisória serve para atender a situações urgentes, imediatas, que não se harmonizam com algo cujos efeitos possam ser postergados para o exercício financeiro seguinte.

Cabe advertir, todavia, que a utilização excessiva das medidas provisórias minimiza, perigosamente, a importância político-institucional do Poder Legislativo, pois suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso nacional.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Medida provisória e sua conversão em lei: a Emenda Constitucional nº 32 e o papel do Congresso Nacional*. São Paulo: RT, 2004.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Provisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, Provisórias? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, p. 67-82, jun. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Alexandre Barros. As Medidas Provisórias no Direito Tributário Brasileiro. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. n. 24, São Paulo, jul./set. 1998.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRIEDE, Reis. *Curso Analítico de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRECO, Marco Aurélio. *Medidas Provisórias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Método, 2004.

LIMONGI FRANÇA, Rubens (Coord.). *Decreto-Lei*. Enciclopédia Saraiva do Direito. São Paulo : Saraiva, 1978. v. 23.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

MARIOTTI, Alexandre. *Medidas provisórias*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MASSUDA, Janine Malta. *Medidas Provisórias: os fenômenos na reedição*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. Considerações sobre as medidas provisórias. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 33, jun. 1990.

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. *O novo regime constitucional da medida provisória*. São Paulo: Dialética, 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Medidas Provisórias: Instrumento de Governabilidade*. São Paulo: NDJ, 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Delegação Legislativa. A Legislação por Associações. *Revista de Direito Público*, n. 90, abril/maio 1989.

SITES CONSULTADOS NA INTERNET:

<http://www.camara.gov.br>

<http://www.senado.gov.br>

<http://www.stf.gov.br>

<http://www.planalto.gov.br>

<http://www.conosur.cl>

<http://www.georgetown.edu/pdba>

<http://www.cpdoc.fgv.br>

PANORAMA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Pedro Aurélio de Queiroz

Procurador da Fazenda Nacional

Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO)

SUMÁRIO: 1 Livre Concorrência – origens históricas, tendências e contexto atual; 2 Evolução do Direito da Concorrência no Brasil; 3 Livre Concorrência no Cenário Pós-Desestatização; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Como princípio instrumental à garantia do bem estar econômico e social, a livre concorrência tem aplicação geral sobre a economia e tem como destinatários tanto agentes privados como agentes públicos. De um lado, a livre atuação dos agentes privados garante uma autoregulação concorrencial segundo as regras naturais de mercado. De outro lado, a atuação do Estado na defesa da concorrência objetiva prevenir e coibir lesões à ordem econômica e, assim, garantir a livre concorrência.

PALAVRAS-CHAVE: Livre Concorrência. Estado Social. Livre Mercado. Isonomia. Ordem Econômica.

ABSTRACT: As principle that guarantees the welfare economic and social, the free competition has general purpose on the economy and has as addressees in such a way private agents as public agents. Of a side, the free performance of the private agents guarantees the competition according to natural rules of market. Of another side, the performance of the State in the objective free market defense to prevent and to restrain injuries to economic order e, thus, to guarantee the free competition.

KEYWORDS: Free Competition. Welfare State, Free Market, Isonomy and Economic Order.

1 LIVRE CONCORRÊNCIA – ORIGENS HISTÓRICAS, TENDÊNCIAS E CONTEXTO ATUAL

A defesa da concorrência, desde há muito, tem sido identificada como um meio de contenção de abusos dos agentes econômicos pela manipulação das leis do livre mercado em detrimento de concorrentes e consumidores. O antitruste norte-americano é considerado a “matriz histórica” das legislações surgidas no mundo sobre o tema e das principais reflexões teóricas já produzidas. Curiosamente, a própria postura antitruste norte-americana não se apresentava como uma novidade absoluta, mas, de certa forma, corolário do conjunto de teorias, elaboradas no seio da *common law*, cujo objetivo era reprimir as práticas que produzissem restrições ao comércio *-restraint of trade*.¹

Nas raízes da edificação do arcabouço concorrencial norte-americano, destacam-se três diplomas legislativos: o *Sherman Act*, de 1890, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, ambos, de 1914. O primeiro apresenta preocupação marcadamente com os efeitos do monopólio sobre o bem-estar do consumidor, sem se consubstanciar em um mecanismo técnico efetivo na análise das eficiências das concentrações econômicas², nem tampouco num meio de defesa do concorrente contra práticas desleais do outro concorrente.³ O *Clayton Act*, por sua vez, representou a tentativa de especificar condutas consideradas anticompetitivas, tais como contratos de exclusividade, discriminação de preços etc.⁴ O último diploma teve por mérito a criação da *Federal Trade Commission* - agência reguladora responsável pela aplicação das leis de defesa da concorrência dos EUA.

Como fundamento para a promulgação do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act* estava a então nascente percepção de que a concorrência não deveria apenas ser livre, mas também leal para garantir os próprios interesses dos consumidores contra o poder econômico no mercado. Nesse sentido, passa-se a combater com mais vigor as práticas destrutivas que colocavam em xeque a permanência e a entrada de concorrentes no mercado.⁵

1 BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991, p. 91-93.

2 HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1999. p. 48-49.

3 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.63.

4 GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994. p. 27-29.

5 SALOMÃO FILHO, op. cit., 1998, p. 64.

Nos países continentais, a defesa da concorrência ganha relevo especialmente após a Segunda Guerra Mundial. A expectativa da unificação da economia europeia criada no pós-guerra pressupunha a eliminação de barreiras legislativas e administrativas impostas pelos Estados ao livre mercado. Ao mesmo tempo, porém, temiam-se os efeitos negativos do exercício abusivo da livre iniciativa. É nesse contexto que a concorrência passa a exercer papel central no processo de integração europeia.⁶ Por ser um mecanismo natural de limitação do poder econômico-empresarial, a competição é eleita como instrumento crucial para o avanço da União Europeia. O interessante aqui é notar que países com tradição na *Civil Law* adotaram, justamente, o antitruste da *Common Law* como vetor na política comunitária. Pode-se dizer que tal opção provocou verdadeiro alinhamento jurídico-econômico entre Europa e EUA.

Nos blocos regionais, a eleição da livre concorrência como pedra de toque da integração representa, em certa medida, a substituição de um *direito rígido*, pautado em normatizações estatais, por um *direito flexível*, “de textura aberta”,⁷ uma vez que enseja tomada de decisão a partir de “valores” extraídos do próprio sistema econômico (competição, eficiência, redução de custos de transação etc). Daí se falar que, no direito econômico, os órgãos responsáveis pela sua operatividade necessitam de amplos poderes discricionários, ou seja, de reconhecida competência para manipular quer as normas quer os fatos da forma que considerem mais adequada, tendo em conta os diferentes campos sociais, em constante mutação, e as suas respectivas necessidades de regulação. Nesse aspecto, haveria possibilidade de uma legalidade negociada, uma legalidade efêmera e intersticial onde o dualismo norma/fato desaparece quase completamente.⁸

Com efeito, a introdução da concorrência nos mercados, em substituição às barreiras legais específicas dos Estados, é resultado da própria relativização de suas soberanias em nome de um direito supranacional pautado em menos regulação.⁹ As perspectivas estáticas-estatocêntricas não responderiam mais aos desafios do direito “individualizante” e “flexível”, uma vez que presente a necessidade de *desconcentração e descentralização da regulação jurídica* e a indispensabilidade de se articular em moldes inovadores o direito interno com os fenômenos da *internacionalização e supranacionalização*.¹⁰

6 BERNINI, op. cit., p. 30.

7 ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 152.

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. São Paulo: Cortez, 2000. p.152.

9 ARNAUD, op. cit., p. 155.

10 CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 652-653.

O direito econômico da sociedade global expande-se em um ambiente de crescente complexidade. De um lado, dá-se a crise regulatória do direito estatal, freqüentemente acusado de não garantir expectativas de direitos e de não se ajustar às possibilidades de ação e escolha geradas pela revolução tecnológica. De outro lado, mas não menos importante, os modos de produção do direito são difusos, policêntricos, auto-regulativos.¹¹ Filósofos do Direito referem-se a este fenômeno como a crescente substituição da “pirâmide” normativa kelseniana por séries normativas dispostas na forma de “teias de aranha” emaranhadas, descentralizadas e, em larga medida, surgidas apenas para estabelecer premissas de decisões flexíveis. Em razão disso, boa parte da teoria do direito retoma a linha do pluralismo jurídico.¹² Visto desse ângulo, o direito antitruste da globalização tem pouca afinidade com a concepção formal de sistema.

A escolha da concorrência como princípio geral da integração dos blocos regionais guarda relação estreita com a própria crise do Estado do Bem-Estar Social. O *Welfare State* vinculou a realização de seus objetivos a uma lógica distinta da produtividade e do mercado, o que acabou, na realidade, por comprometer sua própria capacidade para produzir e distribuir riqueza.¹³ O livre mercado e a defesa da concorrência assumiriam, em parte, o papel de promotores do bem-estar social. É certo, porém, que

la vuelta al mercado y a la eficiencia, no es la vuelta a un mundo sin fricciones en el que el sistema jurídico actúe de registro de los acuerdos espontáneos del mercado [...] Reconocida la existencia de costes de transacción, reconocida la inexistencia de mercados sin fricciones, *el sistema jurídico ha de asumir las funciones de asignación y distribución en base a la eficiencia que corresponderían al mercado. Y este reconocimiento de la función del derecho como mecanismo de asignación y distribución de recursos no significa sino convertir a este en el mecanismo decisivo a través del cual la eficiencia económica pasa del orden de la posibilidad al orden de la legalidad.*¹⁴

É exatamente por tal razão, que o direito antitruste cumpre a importante função de fazer prevalecer a concorrência nos mercados, impondo limitações ao exercício abusivo da livre iniciativa. Nessa linha, as regras de concorrência da comunidade cumprem dupla função. Por um lado, têm função negativa

11 CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 39.

12 *Idem*, p.40.

13 PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Económico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 160.

14 *Ibidem*, p. 160-165.

caracterizada pela punição rigorosa dos atos tendentes à proteção dos mercados nacionais por meio de práticas anticoncorrenciais. De nada adiantaria a remoção das barreiras ao comércio de iniciativa governamental - tarifas, quotas, proteção aos estabelecimentos nacionais - se essas fossem substituídas por barreiras ao comércio de iniciativa dos próprios agentes econômicos por meio de cartéis, boicotes e discriminação de produtos estrangeiros.¹⁵ Há também uma função positiva consubstanciada na utilização das regras naturais de concorrência para o estímulo e funcionamento do mercado comum de forma eficiente. Assim, os órgãos encarregados de sua aplicação procuram encorajar as práticas geradoras de efeitos positivos à inovação, integração e à competitividade.^{16 17}

Outra importante questão é a introdução da competição nos serviços públicos antes sob o monopólio do Estado. A questão da desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é, em grande parte, resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado.¹⁸ Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a exceção dos “monopólios” naturais e com as limitações derivadas das exigências incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade.¹⁹

A internacionalização da concorrência e sua defesa são fenômenos recentes que não se devem, entretanto, apenas a motivos de integração regional. Com a queda das economias socialistas e as reformas liberalizantes promovidas, nomeadamente, nos países em desenvolvimento, a competição passa a ser nuclear na estratégia de desenvolvimento econômico desses países. Por tal razão, proliferam leis antitruste por todo o mundo. Segundo a UNCTAD, no final dos anos 90, mais de 80 países tinham legislações de defesa da concorrência em vigor, o que representa o dobro do que havia nos anos 80.²⁰ Trata-se, por outro lado, de uma demanda do próprio capital estrangeiro que pretende ver a substituição de regramentos rígidos e protetivos da economia nacional por leis, pretensamente, “imparciais” e “flexíveis”. Nesse sentido,

15 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica - o Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 98-99.

16 *Ibidem*, p. 98-99.

17 CELLI JR., Umberto. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 62.

18 MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Constituição Econômica e Integração*. 1998. Disponível em: <<http://www.fd.pt>> p. 21.

19 *Ibidem*, p. 21.

20 *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*, São Paulo: Saraiva, 2001. p. 1.

guardadas as diferenças entre os ordenamentos estatais, pode-se falar em uma convergência das leis nacionais sobre concorrência. Alguns autores falam na formação de normas efetivas que promovam a padronização do direito por câmaras comerciais internacionais, tais como *Unidroit* e *Uncitral*, criando-se relações jurídicas baseadas em regras emanadas espontaneamente pelos agentes comerciais internacionais, sem intervenção estatal e sem vínculo com a política, também denominada “nova *lex mercatoria*”.²¹

Na medida em que as barreiras ao livre mercado forem derrubadas, vislumbra-se a substituição das leis nacionais de defesa comercial (*antidumping*) por uma legislação uniforme de defesa da concorrência, a exemplo do que já ocorre no direito comunitário europeu. Como aponta Gabrielle Marceau,

within the common market of the EEC, where a high level of integration and harmonization of domestic economic policies exists, anti-dumping measures have been phased out. Currently a central competition law, parallel to the national competition laws, regulates restrictive business practices which affect trade between member States.²²

O grande significado dessa mudança está no fato de que problemas comerciais deixariam de ser resolvidos a partir do confronto entre-Estados (“um país contra outro”) para serem tratados como uma questão empresarial comum aos países, resolvida com a aplicação da lei supranacional. Esse processo caminha na mesma velocidade em que avança a interdependência econômica entre os países, perspectivando-se a possibilidade de uma espécie de fusão das economias nacionais - *deep integration*.²³

Outro aspecto é a tendência à aplicação extraterritorial do direito antitruste. Tal fato coloca em conflito as jurisdições dos países. Um ato praticado em determinado território, por empresa situada em outro, pode ter efeitos econômicos num terceiro território. Surge, assim, a questão de se saber como uma legislação nacional de defesa da concorrência poderia repreender o comportamento dessa empresa. Tal questão insere-se numa perspectiva mais geral que é a dos critérios pelos quais os Estados reivindicam a aplicação da sua legislação nacional à luz do direito

²¹ NUSDEO, op. cit., p. 152.

²² MARCEAU, Gabrielle. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press Oxford, 1994, p. 311.

²³ ARNAUD, op. cit., p. 162.

internacional público.²⁴ Posner e Easterbrook realçam as implicações políticas da extraterritorialidade:

The foreign commerce cases are complicated, moreover, by political questions. What role should the courts play in making decisions that may affect the foreign relations of the United States? Should some limiting principle be employed when a case presents a substantial hazard of political embarrassment?.²⁵

A análise dos casos de concorrência nas jurisdições nacionais tem, cada vez mais, contemplado a verificação das relações econômicas no âmbito global, v. g. nos mercados de *commodities*. Neste aspecto, a própria globalização influencia a análise casuística do direito interno.

Na necessidade de fazer interagir, harmonicamente, *direito e economia*, talvez resida a maior riqueza do antitruste na atualidade. Um dos desafios do direito nessa seara é o de dialogar com o sistema econômico sem que isso acarrete o comprometimento de sua própria operatividade ou, o reverso, sem que comprometa a autonomia operativa da economia. Nesse sentido, o direito da concorrência não pode sucumbir diante do mercado, mas também não pode substituí-lo ou comprometer o seu regular funcionamento. Nesse particular, devem-se reconhecer os limites operativos do direito na ordenação do sistema econômico. O desafio dos processos de integração que atribuem ao direito da concorrência papel central é o de, a um só tempo, fazer prevalecer a concorrência no mercado, mas, em contrapartida, limitar sua aplicação de modo a não comprometer o funcionamento livre e eficiente do sistema econômico. Concretamente, na defesa da operatividade do direito da concorrência, ganha importância o exame cuidadoso da plausibilidade das exceções à competição (redução de custos de transação, subsídios governamentais, regulações, aumento de barreiras artificiais ao comércio fitossanitárias e ambientais etc.). De outra parte, na busca da preservação do funcionamento eficiente do sistema econômico, cumpre identificar os limites à própria aplicação do direito antitruste.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

A evolução do direito antitruste no Brasil está intimamente ligada ao histórico econômico do país.

24 ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel. A Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência Brasileiro. *Revista Archê Interdisciplinar*, Rio de Janeiro: UCAM/IPANEMA, 2001, p. 64.

25 POSNER, Richard A. ; EASTERBROOK, Frank H. St. Paul: West Group, 1981. p. 59.

Durante um longo período, o Estado brasileiro aderiu a uma política de intervenção intensa nas atividades privadas, a qual foi marcada por duplo perfil. De um lado, exacerbou a proteção da economia popular, utilizando-se técnicas de amplo controle de preços e substituição de importações e, de outro, o Estado passou, com intensidade jamais vista, a atuar na economia como um empresário, centralizando grande parte das atividades econômicas. Conseqüência lógica de uma tal configuração econômica foi o abandono da opção concorrencial cujo pressuposto de aplicação se funda em um patamar mínimo de liberdade aos agentes de mercado.

Tal período, que se inicia com a criação do CADE pela Lei 4.137/62²⁶, pode ser definido, sob o prisma da eficácia normativa, como a “Era perdida” do direito antitruste.²⁷ Como sublinha Paula Forgioni,

em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência.

A partir do final da década de 80, com a gênese do processo de abertura da economia e o abandono das técnicas tradicionais de intervenção, o direito da concorrência, gradativamente, adquire maior efetividade. Do controle da economia popular passa-se a uma intensificação da tutela concorrencial. Marco desta mudança foi a edição da Lei n° 8.158/91, que, em certa medida, simbolizou o nascimento (ou renascimento) da defesa da concorrência. Esta nova etapa, que antecedeu à promulgação da Lei 8.884/94, foi marcada, entretanto, por um certo hibridismo, já que não representou o total abandono das práticas ortodoxas de intervenção nos mercados. Como assinala Gesner de Oliveira,

de um lado, do ponto de vista da estabilização, exigiu-se das autoridades brasileiras papel centralizador no sentido de coordenar

26 FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998. p.131. A escolha da Lei 4.137/62 como o marco temporal sobre o qual se inicia esta análise histórica não olvida toda a dimensão fática e normativa do direito econômico brasileiro que lhe precede.

27 Gesner de OLIVEIRA destaca que 74% das decisões do CADE, no período de 1962 a 2000, foram tomadas entre 1996 e 2000. Mas pondera: “Este quantitativo não diminui, no entanto, a importância qualitativa da experiência obtida nas mais de três décadas anteriores.”, *Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 09.

as expectativas em direção a uma taxa de inflação moderada (...). De outro lado, as reformas liberalizantes aceleradas durante a administração Collor indicavam a necessidade da adoção de regras típicas de defesa da concorrência.²⁸

Com efeito, este período de transição foi encerrado com o advento da Lei n° 8.884/94. A nova Lei da Concorrência trouxe como uma de suas principais inovações a transformação do CADE em autarquia, conferindo-lhe maior autonomia.²⁹

Outra grande inovação foi a introdução do controle concorrencial preventivo. A possibilidade de análise de atos de concentração pelo CADE, em compasso com as tendências mundiais modernas, ofereceu nova configuração ao direito da concorrência brasileiro. Do perfil eminentemente repressivo passa-se a contemplar uma atuação prévia cuja essência é a de impedir a ocorrência de situações anticompetitivas em momento futuro à operação analisada. Interessante notar que o controle de estruturas surge em um cenário de crescente concentração dos mercados, o que o torna ainda mais relevante.

Paralelamente ao desenvolvimento do direito antitruste, todo um processo de desregulamentação econômica (desestatização e introdução da concorrência) é engendrado. Importante sublinhar, no entanto, que este processo não constituiu a razão determinante para o fortalecimento da defesa da concorrência. Este fato deve ser atribuído especialmente à abertura econômica, à estabilização e ao fim da regulação protetiva da economia popular. Apesar de ter suas bases fixadas já na metade dos anos 80 com a edição do chamado Programa de Privatização (Decreto 91.991), a desregulamentação somente ganha corpo nos setores mais expressivos da economia (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, gás, transporte, etc.) na metade da década de 90 – momento em que, como referido, as inovações trazidas pela Lei da Concorrência já tinham ocorrido.³⁰ As emendas constitucionais que autorizavam as reformas só foram aprovadas pelo Parlamento a partir de 1995.

²⁸ OLIVEIRA, op. cit., p. 03.

²⁹ Suas decisões não são mais suscetíveis de revisão, uma vez que não há entre o Conselho e a Administração Direta relação de subordinação hierárquica. Além disto, os Conselheiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República e sabatinados pelo Senado Federal, passaram a possuir estabilidade em seus cargos, não podendo ser demissíveis *ad nutum* (livremente).

³⁰ *O Plano de Desestatização* foi posteriormente aprimorado pelo Programa Federal de Desestatização (Decreto 95.886/88). O governo Collor, por sua vez, editou um “pacote” de medidas provisórias que autorizavam a alienação do controle do capital social de empresas estatais federais, mas ainda com exclusão daquelas previstas como de exploração exclusiva pela União (v. g., petróleo, telecomunicações,

Com a desestatização dos serviços públicos e a implementação da competição, setores inteiros da economia passaram a não ser mais imunes à aplicação do direito antitruste.³¹ Pode-se dizer que um novo campo material se abriu à defesa da concorrência. Nesse sentido, o princípio da livre concorrência passa a ser instrumentalizado para o alcance de fins constitucionais antes buscados por outros meios.

3 LIVRE CONCORRÊNCIA NO CENÁRIO PÓS-DESESTATIZAÇÃO

O desenvolvimento da moderna regulação da economia e o surgimento das agências reguladoras trouxeram à tona novos dilemas na esfera concorrencial. Pode-se afirmar que a desregulação gerou uma re-regulação de diferente natureza.³² Agora não mais pautada no intervencionismo estatal, mas, principalmente, na adoção de mecanismos indiretos de intervenção pautados, fundamentalmente, no princípio da livre concorrência. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld:

quando, especialmente na doutrina norte-americana, fala-se em ‘desregulação’ como sendo (ou devendo ser) a tendência da postura estatal relativamente aos lá denominados ‘serviços de utilidade pública’, *está-se tratando justamente do movimento de introdução da competição nesses serviços*, eliminando-se a parte da regulação que, tendo sido criada para controlar os monopólios (controle das tarifas, p. ex.), passou a ser apontada como a grande responsável pela própria manutenção deles. Mas essa ‘desregulação’ não elimina, antes supõe, a intervenção estatal via ‘regulação’, só que *agora com outras técnicas e novos objetivos*, todos coerentes com o projeto de eliminação dos monopólios (grifos nossos).³³

Dessa forma, a desregulação dos serviços públicos está intimamente relacionada à adoção da livre concorrência como princípio geral da economia em clara oposição, portanto, à planificação de setores pelo Estado. Assiste-se, hoje, à queda ou à mitigação do chamado

energia elétrica). Estas medidas provisórias foram revogadas pela Lei n.º 8.031/90 que criou o Programa Nacional de Desestatização. Novas medidas provisórias se seguiram até que o Governo Fernando Henrique Cardoso, após também uma série de diplomas normativos, editou a Lei 9.491 de 09.09.1997.

31 Para Eduardo J. Rodríguez CHIRILLO, “la competencia no sólo no es incompatible con la mayoría de los fines públicos que se pretendan conseguir, sino que es el instrumento más idóneo para alcanzarlos”. *Privatización de La Empresa Pública y Post Privatización*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 466.

32 MOREIRA, Vital. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*, Coimbra: Almedina, 1997. p. 43.

33 SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999. p.161.

modelo estatocêntrico, ou seja, à supressão de uma realidade em que as decisões do Estado são tomadas do modo mais centralizado possível – como se o poder brotasse de uma só fonte ou de um Estado soberano monocentrado. Vislumbra-se, em oposição a este modelo, o advento de um Estado com perfil policêntrico, é dizer, cujas decisões são tomadas, cada vez mais, de forma descentralizada, multiplicando-se os núcleos de onde emana poder. Nesse sentido, a “autoregulação” dos agentes econômicos pelas próprias regras naturais da concorrência *substitui o controle rígido efetuado pelo direito estatal monocêntrico (controle tarifário, participação do Estado como prestador do serviço, etc). Ao Estado caberia intervir indiretamente no mercado por meio de uma regulação de nova índole, encorajando as práticas econômicas que promovam maior competitividade por meio da promoção, introdução e defesa da concorrência (prevenção e repressão ao abuso do poder econômico).*

As agências reguladoras, fruto desse processo, situam-se em um sistema específico de regras composto por uma linguagem técnica específica (telecomunicações, energia elétrica, petróleo, saneamento etc). Por tal razão, estão muito mais próximas dos setores regulados, possuindo maiores condições para a aquilatação das informações necessárias dos problemas concorrenciais ocorridos na área específica. Sobre o fenômeno no direito norte-americano, afirma Tércio Sampaio Ferraz Júnior:

A proliferação das agências nos Estados Unidos encontra uma de suas explicações na alta complexidade da atividade administrativa, impossível de ser dominada por saberes genéricos e formais. Daí a idéia de especialização em áreas de atuação demarcadas, nas quais o conhecimento técnico exige uma formação especial.³⁴

O surgimento da nova regulação colocou em questão a aplicabilidade do princípio da livre concorrência nesses setores, o que foi, rapidamente, rechaçado. Como demonstra Calixto Salomão Filho,

todos os setores cuja regulação tem um fundamento concorrencial mínimo não escapam ao controle concorrencial. Ocorre que a aplicação dos princípios concorrenciais constitucionais e da própria lei concorrencial é diversa tratando-se de setores regulados. Isso é decorrência do caráter mais interventivo exigido do direito antitruste em mercados mais concentrados.³⁵

34 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade, *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n° 35, p. 54, nov./dez. 2000.

35 *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 71.

O fato de que a maioria dos setores regulados é dotada de imperfeições estruturais se, por um lado, legitima a própria regulação, por outro, não pode afastar a aplicação do princípio da livre concorrência. Este é que precisa ser aperfeiçoado com o aprimoramento das técnicas de defesa da concorrência. O direito europeu orienta-se, exatamente, pelo reconhecimento da livre concorrência como princípio geral, cujas limitações decorrem de casos excepcionais. O Tratado de Roma (com as posteriores alterações) prevê, exatamente, a livre concorrência como o princípio a ser seguido pelos países da União Européia. O artigo 86, 2o. (antigo art. 90, 2o.) permite, contudo, a não aplicação cabal das regras de concorrência aos serviços de interesse geral quando isto possa comprometer as finalidades de interesse público que lhe foram confiadas. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia vem confirmando esta equação, o que, se por um lado, reforça a incidência do direito da concorrência nos setores regulados, por outro, mantém viva a noção material de serviço público concernente à realização dos interesses sociais. Para os juristas portugueses Maria Manuel Leitão Marques e Vital Moreira (1999: p. 21): “a questão de desoneração do Estado na esfera econômica e nos serviços públicos é em grande parte resultante da nova articulação entre o serviço público e a economia de mercado. Mais do que um compartimento distinto, como tradicionalmente sucedia, os serviços públicos de hoje tendem a ser submetidos também à lógica de mercado, da empresa privada e da concorrência, somente com a exceção dos ‘monopólios’ naturais e com as limitações derivadas das exigências incontornáveis do serviço público, nomeadamente a acessibilidade econômica, a universalidade, a igualdade, a continuidade.”

Vislumbrou-se, também, a possibilidade de setorização do direito concorrencial, o que, de certa forma, ensejaria a quebra da unidade da política concorrencial. Porém, entende-se que o princípio da livre concorrência e a Lei Antitruste (Lei 8.884/94) são aplicáveis à economia como um todo.

Com efeito, o suposto risco na segmentação do direito da concorrência foi superado pela constatação de que a atuação específica das agências por mecanismos preventivos de introdução e promoção da concorrência não afasta a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência pelos mecanismos tradicionais.³⁶ Além disso, a articulação

36 Bolívar Moura ROCHA, em um dos primeiros estudos sobre a questão, já prenunciava o “risco de fragmentação e desvirtuamento da política da concorrência no País”. “Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência”, Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 5, n° 7, 1998, p. 47.

de competências concorrenciais entre agências reguladoras e os órgãos concorrenciais mitigou conflitos entre a política setorial e a aplicação do antitruste.

Assim, a atuação setorial das agências deve obedecer às linhas gerais da política concorrencial. Os setores regulados se entrecruzam e estão conectados aos demais setores da economia. A convergência tecnológica entre os serviços tem promovido integração jamais vista entre atividades antes completamente distintas. Uma especialização exacerbada poderia aumentar os riscos da “captura”³⁷ da agência reguladora e distanciá-las da noção constitucional de livre concorrência.

Gesner de Oliveira alerta para os riscos deste processo:

a experiência internacional e a literatura sugerem que a existência de uma agência central preocupada com a obediência das regras da concorrência é mais eficaz do que a fragmentação em vários órgão setoriais. A consideração desses elementos se reveste de importância em um momento no qual o governo cogita rever a legislação de defesa da concorrência. Se a missão de zelar pela competição for fatiada entre os vários setores da economia, o Brasil estará na contramão das tendências regulatórias do século 21.³⁸

O crescimento da nova regulação para além da esfera dos serviços públicos desestatizados, demonstrando autêntico reposicionamento do Estado face à economia, demanda uma nova postura dos órgãos de defesa da concorrência. A questão não é a de simplesmente articular competências entre as agências e o CADE,³⁹ que de resto constitui apenas o primeiro passo neste processo, mas de inserção dos órgãos de

37 Para Floriano de Azevedo Marques, a *captura* pode ser definida como a “possibilidade de mitigação da imparcialidade do agente regulador em função da influência nas suas decisões exercida pelos agentes de mercado, pelos consumidores ou pela política circunstancial de governo. Não se trata de prática de atos (clara e diretamente) coibidos pela legislação, como corrupção, prevaricação ou concussão. Na verdade, são muito sutis os desvios da regulação em favor de um ou outro interesse, de maneira que se torna um tanto nebulosa a percepção da quebra da imparcialidade ou da independência do ente administrativo”. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos” in *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 228, p. 25.

38 OLIVEIRA, op. cit., 2001, p. 18.

39 Nesse sentido, Gesner de Oliveira, considera que “a transferência da propriedade pública para a privada é menos importante do que a radical mudança no modelo regulatório que vem ocorrendo na maioria dos países maduros. Tal processo, que parece ainda mais complexo em um país como o Brasil, com escassa tradição e quadros técnicos na área transcende o escopo deste livro.” Op. cit. p. 37.

defesa da concorrência na nova configuração regulatória do Estado e da necessidade de atuação das agências na promoção da concorrência.

Nas palavras de RIVERA URRUTIA:

la persistencia de los organismos reguladores y la multiplicación de las agencias de competencia parecen demostrar que más que desregulación se necesita una activa política de *promoción de la competencia*.⁴⁰

Se é verdade que não há uma restrição setorial à aplicação do princípio da livre concorrência, não há, com maior razão, uma restrição material e subjetiva.

4 CONCLUSÃO

O livre mercado, em sua conformação constitucional, é definido pela ponderação das liberdades econômicas (liberdade de iniciativa e de concorrência), ou seja, por uma espécie de equação entre tais princípios. O princípio da livre concorrência representa a tutela coletiva (ou difusa) da liberdade de iniciativa no mercado e se apresenta como uma limitação ou contraponto à liberdade de iniciativa individual do agente que detém poder de mercado.

A concorrência propicia o bem estar econômico e social, uma vez que é, por meio dela, que é possível garantir preços competitivos, acesso ao mercado, pluralidade de produtos e melhores opções ao consumidor. A concorrência funciona hoje como autêntico mecanismo de inclusão social e desenvolvimento econômico, sendo aplicável, via de regra, a todos os setores da economia.

REFERÊNCIAS

OCDE, Mergers. In Financial Services, Disponível em: <<http://www.oecd.org>>. Acesso em> 25 de mar. 2001.

Seminário Internacional sobre Regulação e Defesa da Concorrência no Setor Bancário. Brasília: 1999, CADE – Publicação Interna. 422p.

40 RIVERA URRUTIA, Eugenio. “Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas”. *En publicación: Gestión y Política Pública, vol XIII, no. 2*. CIDE, Centro de Investigación y Docencia Económica, D.F., México. 2004. Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_antteriores/Vol.XIII_No.II_2dosem/Rivera.pdf>.

ASSIS DE ALMEIDA, José Gabriel. *A Aplicação Extraterritorial do Direito da Concorrência Brasileiro*. Revista *Archê Interdisciplinar*. Rio de Janeiro: UCAM/IPANEMA, 2001.

_____. *La notion d'entreprise en droit communautaire de la concurrence*. Lille: Atelier National de Reproduction des Thèses, 1994.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização. Lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AZEVEDO MARQUES, Floriano. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 228.

_____. Universalização de Serviços Públicos e Competição: o Caso do Gás Natural, *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 8, n. 4, 2001.

BARRIONUEVO, Arthur et. all. *Postes e Dutos - O Monopólio Natural das Infra-estruturas Analisado sob a Ótica do Direito da Concorrência e da Teoria Econômica*. São Paulo: ABTA, 2001.

BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Agência da Concorrência e Agências Reguladoras. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A2, 01 de jan. 2001.

_____. *Direito e Democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. Tributos, Liminares e Concorrência. *Valor Econômico*, São Paulo, 23 fev. 2006.

CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CELLI JR., Umberto. *O Direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma Contribuição ao Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHIRILLO, Eduardo J. Rodriguez. *Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.

- COELHO, Fabio Ulhôa. *Direito Antitruste Brasileiro – Comentário à Lei Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- CREMADES, Javier (coord.) *Derecho de las Telecomunicaciones. La Ley-Actualidade*.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DEZALAY, Yves. *I Mercanti del Diritto - Le Multinazionali del Diritto e la Ristrutturazione dell'Ordine Giuridico Internazionale*. Milano: 1997.
- DUTRA, Pedro. *A Concentração do Poder Econômico*. v. 2, São Paulo: Renovar.
- _____. Órgãos Reguladores Futuro e Passado. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, p. 62, jul./dez. 1996.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 8, n. 35, nov./dez. 2000.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E. *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. St. Paul: West Group, 1994.
- GRAU, Eros Roberto GRAU. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. Celso Bastos, 2000.
- HOVENKAMP Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2. ed. West Group, 1999.
- LEON, Jose Maria Baño. *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*. Madrid, 1996.
- MACHADO, Santiago Muños. *Servicio Público y Mercado*, v. 1. Madrid, Civitas, 1998.

MARCEAU, Gabrielle. *Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas*. Clarendon Press Oxford, 1994.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; MOREIRA, Vital. *Desintervenção do Estado, Privatização e Regulação dos Serviços Públicos*. 1999. Disponível em: <<http://www.fd.pt>>

_____. *Constituição Econômica e Integração*. 1998. Disponível em: <<http://www.fd.pt>>.

MAZZUCATO, Paolo Zupo. Do Conflito de Competência na Análise de Atos de Concentração no Sistema Financeiro Nacional. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Singular, v.8, n. 02, maio 2001.

MORENO, Alfonso Perez (Org.). *Administración Instrumental*. Madrid: Civitas, 1994.

MOREIRA, Vital. *A Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Coimbra: Almedina, 2004.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica - o Controle de Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner. CADE 35 Anos. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 26, 1997.

_____. Concorrência - Panorama no Brasil e no Mundo. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Globalização, Abertura e Concorrência. *Revista de Direito Econômico*, Brasília, CADE – Publicação Interna, n° 23, 1996.

_____. Regime Especial para os Bancos?. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 08 de maio 2001, Opinião Econômica.

PACHECO, Pedro Mercado. *El Analisis Económico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PALARES, LLuis Cases. *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995.

PAULA, Daniel Giotti de. A Constitucionalização da Neutralidade Concorrencial dos Tributos. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Oliveira Rocha, v. 153, junho de 2008.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2008.

POSNER, Richard A. ; EASTERBROOK, Frank H. St. Paul: West Group, 1981.

PEREIRA DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz. Agências Reguladoras e Defesa da Concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Singular, v.8, n ° 02, maio de 2001.

----- . As Telecomunicações e o Desafio da Concorrência. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p.2, ago. 2001, Legal e Jurisprudência.

RIVERA URRUTIA, Eugenio. Teorías de la regulación en la perspectiva de las políticas públicas. *En publicación: Gestión y Política Pública*, v. XIII, n.. 2. CIDE, Centro de Investigación y Docencia Económica, D.F., México. 2004 Disponível em: <http://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/num_anteriores/Vol.XIII_No.II_2dosem/Rivera.pdf>

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 5, n. 7, p. 47, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SABBAG , Eduardo M. *Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Premier, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. São Paulo: Cortez, 2000.

SOUZA, Hamilton Dias de Souza. *Desvios Concorrenciais Tributários e a Função da Constituição*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2006-set->

21/desvios_concorrenciais_tributarios_funcao_constituicao, acesso em 14 de jun. de 2009>.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____ e Oscar Vilhena Vieira (coord.). “Direito Global”, São Paulo, Max Limonad, 1999

_____. *Direito Administrativo Ordenador*. 2. tiragem, São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O CADE e a Competição nos Serviços Públicos*. mimeo.

_____. *Regulação - Papel Atual e Tendências Futuras*. mimeo.

TESAURO, Giuseppe; D' ALBERTI, Marco (coordenadores). *Regolazione e Concorrenza*. Il Mulino, Bologna, 2000.

TEUBNER, Gunther. *Global Law Without a State*. England: Dartmouth, 1997.

VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 1968.

A PARTICIPAÇÃO DAS “COOPERATIVAS DE MÃO-DE-OBRA” EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: LIMITES

Tiago Borré

*Procurador Federal junto à Procuradoria Regional Federal
da 1ª Região em Brasília/DF
Advocacia Geral da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A inexistência de vedação legal; 2 A ampliação jurisprudencial das hipóteses que permitem a exclusão das cooperativas dos procedimentos licitatórios; 3 Impossibilidade de participação das cooperativas em licitações quando evidenciada a existência dos requisitos que caracterizam o vínculo empregatício; 4 Conclusão; 5 Referências

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo uma análise jurídica acerca da participação de sociedades cooperativas em licitações promovidas pelo Poder Público, sempre à luz do posicionamento do Tribunal de Contas da União. Para tanto, parte-se de uma análise da evolução do tema na linha do tempo, e, nesse ponto, constata-se que, inicialmente, o Tribunal de Contas da União havia assentado o entendimento segundo o qual a vedação à participação de cooperativas em licitações estaria restrita às hipóteses de inexistência de correlação entre o objeto licitado e os objetivos sociais que embasaram a constituição daquelas sociedades. Constata-se, porém, que houve ampliação, pela via jurisprudencial, das hipóteses que permitem o afastamento das cooperativas relativamente aos procedimentos licitatórios destinados à contratação de serviços, em razão, sobretudo, de sistemáticas contratações de “cooperativas de mão-de-obra” pela Administração Pública, para fins de prestação de serviços, e de jurisprudência trabalhista que se direcionou no sentido da condenação do tomador de serviços ao pagamento de encargos trabalhistas não quitados pelos empregadores.

ABSTRACT: This scientific article is scope a legal analysis about the participation of cooperatives in bidding promoted by public authorities, always in the light of the positioning of the Court of Auditors. For both, part of an analysis of the evolution of the theme in the timeline, and, at this point it appears that, initially, the Court of Auditors was seated understanding whereby the sealing the participation of cooperatives in bids would be restricted to the chances of lack of correlation between the object licitado and social objectives that embasaram the Constitution of those societies. There is, however, that there has been expansion via case scenarios that allow the remoteness of cooperatives in relation to procedures licitatórios intended for the contracting of services, particularly systematic hiring “cooperative labor” by Government, for the purposes of provision of services and labour law that drove towards condemnation of policyholder services for payment of fees labor quitados not by employers.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperativas. Licitações. Participação. Vedação. Vínculo empregatício. Administração.

KEYWORDS: Cooperatives. Bidding. Participation. Sealing. Employment. Administration.

INTRODUÇÃO

A problemática que envolve a participação de sociedades cooperativas em licitações promovidas pela Administração Pública é matéria que tem sido, não raras vezes, debatida na esfera doutrinária e nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal de Contas da União, sem olvidar, obviamente, os questionamentos que surgem cotidianamente na própria via administrativa.

Referidas entidades foram previstas pela Lei n. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, que, entre outros, instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, as definindo, em seu artigo 4º, como “[...] sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados [...]”.

Em seu artigo 3º, a lei de regência dispôs que “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.”.

A seu turno, a Constituição Federal de 1988 trouxe previsões favoráveis à existência e criação de sociedades cooperativas, como se extrai das regras dos artigos 5º, inciso XVIII¹, e 174, parágrafo segundo², este último dispondo que cabe à lei apoiar e estimular o cooperativismo.

1 A INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL

Assentadas essas premissas e já adentrando na questão de fundo a que se presta este trabalho, tem-se que, a princípio, inexistente dispositivo legal que vede a participação de sociedades cooperativas em procedimentos destinados à contratação de bens e serviços pela

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

[...]

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; [...]

2 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

[...] § 2º - A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. [...]

Administração Pública, seja na Lei n. 8.666/93, seja na legislação esparsa.

Em verdade, ao se ter em mente os princípios norteadores da licitação, notadamente o da isonomia (artigos 37, XXI da Constituição Federal³ e 3º da Lei 8.666/93⁴), não haveria que se cogitar a possibilidade de afastar as cooperativas das contratações públicas, salvo quando constatada a incompatibilidade entre o objeto da licitação e os objetivos sociais daquelas sociedades. Nesse rumo, confira-se o entendimento firmado pela Corte de Contas Federal nos autos do Acórdão n. 22/2003, exarado pelo seu Plenário:

[...] 7. No caso concreto, duas restrições impostas pelo Banco Central à participação de interessados no pregão n° 15/2002 foram objeto de questionamento por parte da representante e dizem respeito à vedação para participar do certame de empresas em consórcio e de cooperativas. O item 3 do respectivo edital estabelece os requisitos para a participação na licitação, sendo que o subitem 3.1.2, dispõe que somente podem participar da licitação empresas que não se apresentem sob a forma de consórcio ou de cooperativas, qualquer que seja a modalidade de constituição.

[...]

12. Questão diversa diz respeito à possibilidade de cooperativas participarem do pregão. Como bem destacou a Unidade Técnica, cooperativas são, por definição legal (art. 4º da Lei n° 5.764/71), sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar

3 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:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

4 Art.3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

serviços aos associados, ou a terceiros não associados, desde que, nesta última hipótese, não afrontem seus objetivos sociais.

13. *Podem, portanto, como qualquer outra pessoa jurídica, celebrar contratos com terceiros. A única ressalva a esta liberdade diz respeito à vedação contida no art. 86 da mencionada Lei, no sentido de que o fornecimento de bens e serviços a terceiros, não cooperados, deve atender aos objetivos sociais da cooperativa.*

14. Não há vedação legal, portanto, para que possam celebrar avenças com o Poder Público. Como frisado anteriormente, a licitação concretiza o princípio constitucional da impessoalidade e da igualdade, portanto, as restrições a terceiros contratar com a Administração somente podem ser aquelas previstas em lei e desde que limitadas à qualificação técnica e econômica indispensáveis à execução do contrato.

15. *A Medida Provisória nº 2.026/2000, convertida na Lei nº 10.520/2002, que instituiu, no âmbito da União, o pregão não traz nenhuma vedação explícita ou implícita à participação de cooperativas nas licitações sob aquela modalidade. A Lei nº 8.666/93, por sua vez, estabeleceu os critérios de habilitação dos interessados sem, contudo, estabelecer restrições às cooperativas que preencham os requisitos de qualificação técnica, jurídica, fiscal e econômica.*

[...]

18. Como bem salientaram os autores supra e destacou a Unidade Técnica, a Constituição Federal estimulou a atividade cooperativista, consoante se depreende do § 2º do art. 174, ao estipular que a lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. Evidente que o Estatuto de Licitações e Contratos não é a lei requerida pelo constituinte para concretizar o comando constitucional supra. Não traz ações positivas do Estado no sentido de fomentar o desenvolvimento das cooperativas. Todavia, não pode acarretar atitude negativa do Poder Público. Contraria o direito admitir que o mesmo Estado que tem por dever constitucional editar lei para incentivar o cooperativismo venha, por meio de interpretação de normas legais, restringir o desenvolvimento de cooperativas. (grifo nosso).

Perfilhava o Tribunal de Contas, portanto, a linha de entendimento segundo a qual a exclusão das cooperativas dos certames

não encontrava respaldo na legislação vigente, tampouco no texto constitucional, com exceção das situações em que o objeto licitado não guardava compatibilidade com os objetivos sociais que embasavam a sua constituição.

Encampando essa ressalva, Marçal Justem Filho⁵ leciona que:

[...] é possível e viável a participação de cooperativa em licitação quando o objeto licitado se enquadra na atividade direta e específica para a qual a cooperativa foi constituída. Se, porém, a execução do objeto contratual escapar à dimensão do “objeto social” da cooperativa ou caracterizar atividade especulativa, haverá atuação irregular da cooperativa. Será hipótese de sua inabilitação.

Essa restrição trazida pelo Tribunal de Contas e pelo doutrinador citado decorre, em verdade, da dicção do artigo 86 da Lei n. 5.764⁶, de 16 de dezembro de 1971, do qual se extrai que a prestação de serviços por cooperativas a não associados é excepcional e precisa estar em consonância com os objetivos sociais fixados na norma estatutária.

Quanto a essa restrição, portanto, existe previsão legal, não constituindo objeto de construção doutrinária e/ou jurisprudencial.

2 A AMPLIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS HIPÓTESES QUE PERMITEM A EXCLUSÃO DAS COOPERATIVAS DOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

No entanto, o tratamento da questão tomou rumo diverso, que culminou na ampliação, pela via jurisprudencial, das hipóteses que permitem a exclusão das sociedades cooperativas dos procedimentos licitatórios. Explica-se.

A reiterada participação de cooperativas “de mão-de-obra”⁷ em licitações sedimentou uma problemática anteriormente não vislumbrada, ao menos não de maneira intensa.

5 JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.398.

6 Art.16. As cooperativas poderão fornecer bens e serviços a não associados, desde que tal faculdade atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a presente lei.

7 Conforme Cláusula Segunda do Termo de Conciliação Judicial firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União nos autos do processo nº. 01082-2002-20-10-00-0 (20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF), considera-se cooperativa de mão-de-obra aquela associação cuja atividade

De fato, ao permitir a participação plena de cooperativas nos procedimentos destinados à contratação de serviços, a Administração viu-se, vez por outra, compelida a saldar débitos de natureza trabalhista.

É que, não obstante a regra inserida no artigo 442, parágrafo único, da Consolidação das Leis Trabalhistas, no sentido de que *“Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela”*, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou, com a edição do Enunciado n. 331⁸, o seguinte entendimento:

Enunciado n. 331/TST:

[...]

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). (Alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

Por força disso, quando configurada a existência de vínculo empregatício entre os cooperados e a cooperativa a que vinculados e desnaturada, por via de consequência, a autonomia característica dessas sociedades, é de praxe a atribuição de responsabilidade subsidiária aos entes públicos tomadores do serviço prestado, relativamente ao pagamento das verbas trabalhistas não quitadas devidamente, não sendo raros os julgados do Tribunal Superior do Trabalho nessa linha de intelecção⁹.

precípua seja mera intermediação individual de trabalhadores de uma ou várias profissões (inexistindo assim vínculo de solidariedade entre seus associados), que não detenham qualquer meio de produção, e cujos serviços sejam prestados a terceiros, de forma individual (e não coletiva), pelos seus associados. Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/licitação/arquivos/pdf/AnexoVtermojudicial.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

8 Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

9 AIRR - 659/2006-005-16-40.9 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 02/12/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009; AIRR - 797/2002-512-04-40.9 , Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 01/12/2009, 1ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009.

Por ser bastante elucidativo, merece transcrição o seguinte trecho do acórdão proferido pela Corte Trabalhista nos autos do Recurso de Revista n. 329/2005-551-04-00.5, julgado em 11/11/2009:

[...] O parágrafo único acrescido ao artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, pela Lei 8.949/94, dispõe que: qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela-

Assim, a priori, a cooperativa apenas organiza o trabalho de seus associados, direciona-o para a prestação de serviços a terceiros, presta assistência e orientação aos cooperativados, sempre subordinada aos interesses destes e às deliberações das assembléias, motivo pelo qual se tem que entre associado e cooperativa não existe relação de trabalho.

A previsão do parágrafo único do artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho, todavia, não afasta as disposições dos artigos 3º e 9º do mesmo diploma legal, quando houver utilização fraudulenta da figura das cooperativas de trabalho, ou seja, quando constitui mera fachada para o `merchandage-, ficando com o lucro do trabalho prestado e intermediado, bem como na hipótese de restar demonstrada a pessoalidade e a subordinação diretas dos trabalhadores cooperativados em relação ao tomador dos serviços. Nesses casos, impõe-se o reconhecimento da existência de relação de emprego com o arremetedor de mão-de-obra (Cooperativa), e a atribuição de responsabilidade solidária pela satisfação dos créditos trabalhistas ao tomador dos serviços.

[...]

Além disso, a questão da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços está consolidada através de entendimento sumulado do TST, o qual não cogita, pelo menos objetivamente, da culpa pela má eleição do prestador de serviços.

Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da própria eleição da modalidade de terceirização de determinado tipo de serviço. E tal entendimento se justifica, na medida em que o tomador do serviço beneficia-se diretamente da força de trabalho do empregado da prestadora, no caso a primeira reclamada (cooperativa).

Não se trata, na espécie, de transferir pura e simplesmente ao tomador dos serviços os encargos trabalhistas inadimplidos pelo contratado (prestador de serviços). O empregador é o prestador, a responsabilidade pelos encargos trabalhistas é sua, a ação do empregado, necessariamente, é dirigida contra o seu empregador. Apenas se incumbe ao tomador dos serviços, desde que contra ele tenha sido também dirigida a ação, e somente na hipótese de o prestador (devedor principal) não atender à condenação judicial, a obrigação de responder por ela.

Adota-se, acerca do tema, o item IV da Súmula 331 do TST e a Súmula 11 deste Regional, in verbis: A norma do art. 71, parágrafo primeiro, da Lei 8666/93 não afasta a responsabilidade subsidiária das entidades da Administração Pública, Direta e Indireta, tomadoras dos serviços.

(Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 11/11/2009, 2ª Turma, Data de Publicação: 04/12/2009)

Atentos a essa situação, o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União firmaram acordo, já em 05/06/2003, nos autos do processo n. 01082-2002-20-10-00-0, perante a 20ª Vara do Trabalho de Brasília/DF, por meio do qual comprometeu-se a União a abster-se de contratar trabalhadores, por intermédio de cooperativas de mão-de-obra, para prestação de serviços ligados às suas atividades fins ou meio, quando o labor, por sua própria natureza, demandar execução em estado de subordinação, quer em relação ao tomador, quer em relação ao fornecedor dos serviços, constituindo elemento essencial ao desenvolvimento e à prestação dos serviços terceirizados (Cláusula Primeira do pacto).

Essa mesma cláusula também arrolou, exemplificativamente, algumas das atividades em que é vedada a contratação das cooperativas de mão-de-obra¹⁰.

3 IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DAS COOPERATIVAS EM LICITAÇÕES QUANDO EVIDENCIADA A EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS QUE CARACTERIZAM O VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Diante de todo o cenário desenhado, a constatação da situação fática narrada sobrepujou a ausência de previsão legal sobre a vedação em

10 Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/prt/licitação/arquivos/pdf/AnexoVtermojudicial.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2009.

exame, e a Administração Pública passou a adotar postura no sentido de limitar a participação de sociedades cooperativas em licitações voltadas a contratação de serviços em que ficasse, desde logo, evidenciada a existência de subordinação, pessoalidade e habitualidade entre os cooperados e a cooperativa ou entre aqueles e a própria Administração contratante.

A propósito, em seu Curso de Licitações e Contratos Administrativos¹¹, Lucas Rocha Furtado ilustra a questão nos seguintes termos:

Em termos práticos, a contratação de cooperativa de taxistas para atender a determinado órgão público é legal e não viola a legislação trabalhista porque na relação entre trabalhador (taxista) e o destinatário do serviço não se identificam a subordinação, a pessoalidade e a habitualidade. No caso do serviço prestado por uma secretária, ao contrário, em que referidos requisitos (subordinação jurídica, habitualidade e pessoalidade) se mostram presentes, é necessariamente aplicável a legislação trabalhista, o que impede que mencionada secretária seja considerada sócia de uma sociedade cooperativa, e não uma empregada que presta serviços regidos pela CLT.

Não parece, a princípio, padecer de qualquer mácula essa vedação perpetrada pelos órgãos e entidades que compõe a Administração Pública.

Isso porque seria ilógico garantir a plena participação de cooperativas de mão-de-obra ao fundamento de preservar-se a isonomia que permeia os procedimentos licitatórios e, por outro lado, admitir-se a celebração de contratos com “falsas cooperativas” e atribuir à Administração, em momento posterior, os ônus daí decorrentes, principalmente o pagamento das verbas trabalhistas eventualmente songadas.

Evidentemente, não haveria, em casos que tais, a recomendável observância dos princípios da vantajosidade e da economicidade, que, assim como o da isonomia, também devem nortear as licitações (artigo 3º da Lei 8.666/93). Assim se afirma porque, ainda que fosse selecionada a proposta aparentemente mais atraente, posteriormente os custos a serem suportados pela administração contratante seriam

11 FURTADO, Luca Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2 ed. rev. Ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.254-255.

inestimáveis, na medida em que estaria compelida a adimplir valores que originariamente não eram de sua responsabilidade.

E não se pode perder de vista que o princípio da economicidade, abrangido que está pelo princípio da vantajosidade, impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sobre o ponto de vista da gestão dos recursos públicos, e, sendo estes extremamente escassos, mostra-se imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, recaindo sobre o agente público um verdadeiro dever de eficiência gerencial¹².

Essa vem sendo, inclusive, a tese acatada, sistematicamente, pelo Tribunal de Contas da União, que já consignou ser “[...] forçoso reconhecer que, se a lei não impõe expressamente restrições à contratação de cooperativas, é dever do administrador agir com cautela, de forma a evitar que o processo de terceirização redunde em ofensa aos direitos básicos do trabalhador, bem assim em possíveis condenações judiciais [...]” (Acórdão n.1937/2003/Plenário).

Na esteia do posicionamento comungado pelo TCU, incumbe ao administrador cercar-se das cautelas necessárias quando da elaboração do edital de licitação, de modo a evitar a contratação de entidade que venha a revelar-se, posteriormente, fraudulenta, sendo

[...] de fundamental importância que [...] defina, com supedâneo inclusive em contratações anteriores, a forma pela qual o labor será executado. Se ficar patente que essas atividades ocorrem, no mais das vezes, na presença do vínculo de subordinação entre o trabalhador e o fornecedor de serviços, deve o edital ser expresso (e fundamentado) quanto a esse ponto, o que autorizará a vedação à participação de cooperativas de trabalho, ou de mão-de-obra. (Acórdão n°.1937/2003/Plenário).

Em arremate, no mesmo julgado, o Tribunal registrou que:

[...] a vedação à participação de cooperativa não se faz em violação à Lei nº 8.666/93 ou ao texto constitucional. Pelo contrário. Assegura o princípio da isonomia, ao não permitir que entidades que se escusem de cumprir as obrigações trabalhistas concorram em condições desiguais com empresas regularmente constituídas.

¹² JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009. p.64-65.

Assegura o princípio da legalidade, ao evitar a burla às normas sociais relativas à organização do trabalho, que ocorre sempre em desfavor do obreiro. Assegura, ainda, o princípio da economicidade, ao reduzir dramaticamente o risco de condenação judicial com base no Enunciado nº 331 do TST.[...]

Idêntica posição foi manifestada nos Acórdãos 1815/2003, 307/2004 e 1148/2005, todos emanados do Plenário do Tribunal de Contas. Em 2007, quando da prolação do Acórdão 1904, a Primeira Câmara da Corte de Contas reiterou o entendimento aqui aludido, consignando que:

[...]

44. Ao vedar a participação de sociedades cooperativas em licitações para terceirização de serviços, buscou esta Corte resguardar a Administração Pública, Direta ou Indireta, de ser responsabilizada subsidiariamente por créditos trabalhistas não satisfeitos pelos fornecedores de serviços (Enunciado nº 331 do TST), pois a subordinação jurídica, a pessoalidade e a habitualidade, sendo elementos essenciais para caracterização do vínculo empregatício, não podem existir na relação entre cooperado e a respectiva cooperativa.

45. Não se trata, portanto, de vedação à contratação de cooperativas lato sensu, mas somente nas hipóteses em que estiverem presentes na atividade ou serviços licitados os requisitos caracterizadores do vínculo de emprego, permanecendo, nos demais casos, lícita a contratação desse tipo societário pela Administração Pública.

[...]

Após a consolidação da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre a matéria em debate, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a disciplinou também no campo legislativo, consignando, no artigo 4º da Instrução Normativa n. 02, de 30 de abril de 2008, regras para a participação de cooperativas em contratação de serviços continuados ou não. Confira-se o dispositivo, *in verbis*:

Art. 4º A contratação de sociedades cooperativas somente poderá ocorrer quando, pela sua natureza, o serviço a ser contratado evidenciar:

I - a possibilidade de ser executado com autonomia pelos cooperados, de modo a não demandar relação de subordinação entre a cooperativa e os cooperados, nem entre a Administração e os cooperados; e

II - a possibilidade de gestão operacional do serviço for compartilhada ou em rodízio, onde as atividades de coordenação e supervisão da execução dos serviços, e a de preposto, conforme determina o art. 68 da Lei nº 8.666, de 1993, sejam realizadas pelos cooperados de forma alternada, em que todos venham a assumir tal atribuição.

Hoje, portanto, além do entendimento jurisprudencial que circunda o assunto, tem-se também a previsão legal, ainda que registrada em norma de natureza inferior – instrução normativa –, ressalvada a discussão sobre a sua legalidade.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se que, historicamente, o Tribunal de Contas da União posiciona-se no sentido da ilicitude do afastamento das cooperativas relativamente às contratações públicas, em razão da inexistência de previsão legal para tal proceder.

Contudo, por força de inúmeras decisões da justiça trabalhista que atribuem à Administração Pública a responsabilidade pelos créditos trabalhistas não pagos por cooperativas consideradas fraudulentas e em virtude do acordo firmado entre o Ministério Público do Trabalho e a Advocacia Geral da União, modificou-se esse quadro, passando o Tribunal de Contas da União a admitir a impossibilidade de participação das cooperativas em licitações voltadas à contratação de serviços em que haja a presença dos requisitos do vínculo empregatício (subordinação, pessoalidade e habitualidade).

Neste caso, porém, deve o administrador, munido de especial cautela, definir e forma como o serviço será prestado, identificando a presença ou não do vínculo de emprego entre os cooperados e a cooperativa a que vinculados e vedando, no edital de licitação, de forma fundamentada, a participação das sociedades cooperativas.

5 REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição Federal de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 21 fev. 2010.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 329/2005-551-04-00.5*. Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes. Brasília, DF, 04 de dezembro de 2009.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev. e atual. Malheiros, 2006.
- FERNANDES, Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. rev. atual. e ampl. 5. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009
- JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

A AFIRMAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA, COMO EXPRESSÃO DO ESTADO DE DIREITO, A PARTIR DA EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Tiago da Silva Fonseca
Procurador da Fazenda Nacional
Mestrando em Direito Tributário pela UFMG

Sumário: Introdução; 1 Tributação e liberdade: custeio de bens primários e tributo neutro; 1.1 Não-cumulatividade; 1.2 Fato gerador bem delimitado; 1.3 Princípios de legitimação do Direito Tributário; 2 Tributação e igualdade: comparação através da capacidade contributiva e proteção do Estado Federativo; 2.1 A igualdade entre os contribuintes; 2.1.1 Tributos extrafiscais; 2.1.2 Praticidade; 2.1.3 Benefícios fiscais; 2.2 A igualdade entre os entes federativos. 3 Segurança jurídica: fundamento de legitimação dos princípios constitucionais tributários; 3.1 Legalidade: aplicação da lei em massa e vinculação da atividade administrativa; 3.2 Irretroatividade (proteção dos atos passados) e Justiça Prospectiva (proteção dos atos futuros); 3.3 Anterioridade como cláusula pétrea e como garantia de não-surpresa; 3.4 Confiança legítima: preservação de situações nos termos das expectativas criadas, contra mudanças imprevistas e contraditórias; 3.5 Boa-fé objetiva: a confiança legítima criada no caso concreto; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A segurança jurídica, bem como a liberdade e a igualdade, são fundamentos do Estado de Direito e devem inspirar e orientar todos os direitos fundamentais. No Direito Tributário, a segurança jurídica é garantida pelos princípios da legalidade, da irretroatividade e da anterioridade. A par dos princípios constitucionais expressos e das limitações constitucionais ao poder de tributar, princípios implícitos como a confiança legítima e a boa-fé objetiva, que asseguram a previsibilidade nas relações que se prolongam no tempo, também são essenciais para a realização da segurança jurídica e da justiça fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Segurança jurídica. Liberdade e tributação. Igualdade e tributação. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Confiança legítima. Boa-fé objetiva.

ABSTRACT: The legal certainty and the freedom and equality, are foundations of the rule of law and should inspire and guide all fundamental rights. In Tax Law, legal security is guaranteed by the principles of legality, non-retroactivity and anticipations. In addition to the constitutional principles expressed and constitutional limitations on taxing power, the implied legitimate trust and objective good faith, that ensures predictability in relations which extend through time, are also essential to the achievement of legal certainty and fair taxation.

KEYWORDS: Legal certainty. Freedom and taxation. Equality and taxation. Constitutional limitations on taxing power. Legitimate trust. Good faith.

INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 5º, § 1º da Constituição Federal, os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Para implementação desses direitos e garantias e para a realização dos objetivos fundamentais da República, tais como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, o Estado precisa de renda. A maior parte dessa fonte de custeio é garantida pela arrecadação de tributos. Logo, a atividade administrativa tributária tem imediatamente um propósito econômico, porque cuida de ingressos de ativos financeiros, e mediadamente tem propósitos político, porque instrumentaliza o regime federalista, e social, porque fornece recursos à efetivação dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais incorporam todo o conteúdo ético dos direitos humanos. Têm como diferencial a positivação de seus enunciados, o que lhes garante a força normativa necessária para se tornarem exigíveis. Constitucionalizados, os direitos fundamentais adquirem certeza, definem seu alcance, orientam a atuação do Estado, passam a compor o patrimônio jurídico dos sujeitos a quem se destinam. São direitos imprescritíveis, que não se perdem porque não reclamados; são indivisíveis, que não podem ter parcelas discriminadas; são inalienáveis, porque ninguém pode despir-se de sua natureza humana.

O Estado deve limitar juridicamente o seu poder diante dos direitos fundamentais e deve impor prestações e serviços que garantam a satisfação dessas garantias. Ademais, a rede de proteção dos direitos fundamentais não fica mais restrita à esfera pública, mas passa a ser também preocupação da esfera privada, limitando a autonomia dos atores privados e protegendo a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes não-estatais.

Os valores consagrados pelos direitos fundamentais passam a impregnar todos os campos do ordenamento jurídico, fundamentando o exercício dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Não obstante, a hermenêutica e aplicação de todo o Direito passam a estar subordinadas e condicionadas à efetivação dos direitos fundamentais.

A segurança jurídica, todavia, não é direito fundamental como aqueles enumerados no art. 5º e densificados ao longo da Constituição Federal. É muito mais que isso. A segurança jurídica é fundamento

do Estado de Direito, de onde os direitos fundamentais previstos na Constituição retiram legitimidade e efetividade¹.

Tendo a função precípua de garantir a segurança jurídica e de realizar os direitos fundamentais, ao Estado é atribuído, dentre outros poderes, o de tributar. Como não há poder absoluto, assim como não há direito absoluto, o poder de tributar tem como limitações constitucionais princípios (legalidade, anterioridade, irretroatividade, etc) e imunidades (recíproca, de partidos políticos, sobre o livro, etc), inspirados nos três grandes postulados que sustentam o Estado Democrático de Direito: liberdade, igualdade e segurança jurídica. O dever de observância é tão contundente que esses mandamentos foram consagrados já no *caput* do art. 5º da Constituição Federal. As normas do ordenamento e, conseqüentemente, do sistema jurídico tributário devem, de modo direto ou indireto, proteger e promover esses fundamentos do Estado Democrático.

1 TRIBUTAÇÃO E LIBERDADE: CUSTEIO DE BENS PRIMÁRIOS E TRIBUTO NEUTRO

A arrecadação de tributos fornece receita para a satisfação de bens primários da liberdade, tais como saúde, educação, previdência e transporte. Assim, os tributos guardam uma função social, de efetivação dos direitos fundamentais.

No Direito Tributário, a liberdade é efetivada, ainda, pela proteção da propriedade contra medidas com efeitos confiscatórios (art. 150, IV, CF). Não existe liberdade efetiva sem propriedade, ainda que seja o mínimo existencial. É impossível imaginar o exercício das liberdades constitucionais de expressão, de consciência e de crença, de exercício de trabalho, ofício ou profissão, de locomoção ou de associação, se não são resguardados os direitos que permitam ao indivíduo viver uma vida digna.

1 Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: "a Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, insere-se no rol dos *valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social*. Também no *caput* do art. 5º, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no País a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do Estado de Direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta" (grifos do autor). Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, n. 1, ano XXIV, 2006.

Instituir tributos obedecendo ao comando da neutralidade, ao incrementar a livre concorrência e não obstar a eficiência econômica, também é modo de satisfação da liberdade, na seara tributária. Um tributo pode ser considerado neutro: 1) quando é não-cumulativo; 2) quando tem fato gerador bem delimitado, de modo a evitar bitributação ou *bis in idem* entre espécies tributárias; 3) quando observados os princípios de transparência, clareza, simplificação, eficiência e proteção da concorrência fiscal.

1.1 NÃO-CUMULATIVIDADE

A não-cumulatividade é técnica aplicada a tributos que incidem sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços e permite a compensação daquilo que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores. A Constituição Federal define como tributos não-cumulativos o IPI (art.153, §3º, II), os impostos residuais (art.154, I), o ICMS (art.155, §2º, I), as contribuições residuais (art.195, IV, §4º) e o PIS/COFINS e PIS/COFINS - Importação (art.195, IV, §12).

O tributo só é realmente não-cumulativo quando os créditos decorrentes das operações são efetivamente compensados. Os créditos consistem em direito subjetivo dos sujeitos que realizem o fato impositivo dos tributos não-cumulativos e independem de qualquer acerto, seja administrativo ou judicial. O atraso no pagamento do crédito implica em reembolso de juros moratórios, assim como são devidos os acréscimos decorrentes de débito para com a Fazenda Pública.

1.2 FATO GERADOR BEM DELIMITADO

A doutrina majoritária (Geraldo Ataliba², Paulo de Barros Carvalho³ e Sacha Calmon Navarro Coêlho⁴) imputa ao fato gerador, como critério ou aspecto material da hipótese da norma tributária, a função de classificar o tributo em impostos, taxas ou contribuições de melhoria⁵.

2 ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

3 CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

4 COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

5 Doutrina minoritária aponta a insuficiência do fato gerador para determinar espécies tributárias, se considerados os tributos afetados a uma destinação específica, a saber, empréstimos compulsórios e contribuições *lato sensu*. O que diferencia empréstimos compulsórios e contribuições *lato sensu* é a definição

A base de cálculo, que juntamente com a alíquota ajudam a formar o aspecto quantitativo e estão presentes na consequência da norma tributária, tem como funções a mensuração do dever tributário definido pelo fato gerador, a exata delimitação sobre aquilo que a norma deve incidir e a perfeita adaptação desse dever à capacidade contributiva do sujeito passivo.

A especificação do fato gerador e a adequação da base de cálculo de forma clara e categórica é fundamental para que agentes políticos diferentes não tributem o mesmo fato (bitributação) ou para que o mesmo ente não tribute o mesmo fato mais de uma vez (*bis in idem*). Não há tributo neutro quando há tributo incidindo sobre tributo.

1.3 PRINCÍPIOS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO

A *transparência* implica numa certeza de direitos e obrigações na relação jurídica que une a Fazenda Pública e o contribuinte. Assim, é princípio que tem como destinatários tanto o Fisco como o contribuinte, agindo tanto na elaboração e gestão das leis orçamentárias, de modo a evitar a irresponsabilidade fiscal por parte dos administradores públicos, até a criação de normas que evitem a evasão tributária pelo particular, através de abuso de forma jurídica no planejamento fiscal ou através de sonegação.

A *clareza* se refere à exatidão da norma tributária, de modo que o contribuinte possa conhecer previamente todo o conteúdo de seu dever, para poder planejar o pagamento do tributo. Contribuem para a perda de clareza o elevado número de leis e regulamentos, agravado pela coexistência nem sempre pacífica entre os diversos atores políticos que têm competência tributária; a inadequada sistematização das normas; a obscuridade dos termos utilizados, dando margem a diferentes interpretações que impulsionam dezenas de milhares de processos judiciais, com prejuízos para o Poder Judiciário, para o contribuinte e para a Fazenda.

prévia das despesas que vão autorizar a criação da exação. Logo, a distinção do tributo dentre as espécies tributárias passaria a depender da análise conjunta do fato gerador e da finalidade dada ao produto arrecadado. Escreveu Werther Botelho Spagnol: “Embora bastante didática e de reconhecida importância na história de evolução do Direito Tributário, a teorização da divisão do tributo por meio da análise do fato gerador da exação, se vinculado ou não a uma atividade estatal, não é suficiente para explicar a matéria diante do Direito Constitucional. Conquanto possua aparente rigor científico, posto que centrada na hipótese da norma tributária, peca, a nosso ver, com a devida vênia, por desconsiderar as funções constitucionalmente postas aos tributos, funções estas que irão condicionar o exercício válido da competência tributária”. Cf. SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.22.

A *simplificação* exige que o princípio da legalidade, ao instituir e regulamentar os aspectos da obrigação tributária, seja exercido através de conceitos peremptórios e taxativos. O uso exagerado de expressões fluidas, condicionadas a elementos e definições alheios à norma tributária, prejudica seu entendimento e, conseqüentemente, diminui a eficácia em seu cumprimento.

A *eficiência* implica em tributo de baixo custo, ou seja, o resultado da tributação não deve inviabilizar que a obrigação tributária cumpra a sua função social. Logo, o dever de pagar tributos deve implicar na menor redução de direitos possível. A atividade de fiscalização e de arrecadação pela Administração Tributária não pode suprimir por completo outros direitos, como o de propriedade ou de livre iniciativa. O confronto do dever tributário com direitos do contribuinte deve se dar de modo que ocorra uma maximização de arrecadação diante de uma mínima redução de direitos fundamentais.

A *proteção da concorrência fiscal* decorre diretamente da neutralidade do tributo. Numa situação de tributo cumulativo, com outros tributos incidindo sobre a mesma base imponible, cria-se um cenário que Misabel de Abreu Machado Derzi⁶ qualifica como de complexidade, de descrença e de corporativismo pernicioso. O sistema normativo passa a ser formado por fontes plurais, indeterminadas e informais, advindas de pressões corporativas atuando sobre os Poderes Executivo e Legislativo, na busca por regimes especiais à norma tributária que os favoreçam. Com regimes excepcionais em benefício de poucos negociadores e com tratamento fiscal diferenciado favorecendo alguns concorrentes, evidentemente resta prejudicada a livre iniciativa.

2 TRIBUTAÇÃO E IGUALDADE: COMPARAÇÃO ATRAVÉS DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E PROTEÇÃO DO ESTADO FEDERATIVO

No capítulo destinado ao Sistema Tributário Nacional, a Constituição Federal garante por diversas vezes a igualdade, ora priorizando a igualdade entre contribuintes, ora entre os entes da Federação.

2.1 A IGUALDADE ENTRE OS CONTRIBUINTE

Na clássica definição aristotélica, a igualdade é o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na proporção da desigualdade.

6 Pós-modernismo e Tributos: Complexidade, Descrença e Corporativismo. In *Revista Dialética de Direito Tributário*, n.º 100. São Paulo, Dialética, 2004, p 65-80.

O problema sempre esteve em estabelecer o melhor critério de desigualação, de modo a distribuir direitos e deveres de modo igual ou desigual, dependendo das especificidades daqueles para quem vale tal garantia. O certo é que a igualdade não prescinde de comparação. A comparação permite separar iguais de desiguais e dar o mesmo tratamento aos que são iguais e tratamento distinto aos que são diferentes.

O critério de comparação adotado pela Constituição para desigualar as pessoas ante as obrigações tributárias é o da capacidade econômica. A capacidade econômica só surge depois de preservado um mínimo existencial de patrimônio, que permita a pessoas físicas financiar despesas essenciais, tais como alimentação, moradia, saúde e educação, bem como que permita a pessoas jurídicas adquirir, manter e produzir receita. A tributação que avança sobre esse mínimo existencial tem efeito de confisco, o que é expressamente proibido pela Constituição Federal. Ainda que não existisse a proibição expressa, o confisco viola direitos garantidos pela ordem constitucional, tais como a propriedade, a liberdade, a livre iniciativa e a proteção da família.

Todos que têm capacidade econômica têm o dever de pagar tributos (generalidade e universalidade). A graduação daqueles que devem pagar mais ou menos, de acordo com a capacidade contributiva, é regulada pelas técnicas de progressividade e proporcionalidade.

Diz o art. 145, III, § 1:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

A expressão “*sempre que possível*” sugere que a graduação de tributação segundo a capacidade econômica não é garantia absoluta e pode ser moderada como critério para instituição de tributos se substituída por outros princípios mais apropriados à efetivação da justiça fiscal, em situações específicas. É o caso do estabelecimento de obrigações tributárias a partir dos princípios de extrafiscalidade, da aplicação do princípio da praticidade ou da distribuição meritocrática de benefícios fiscais.

2.1.1 TRIBUTOS EXTRAFISCAIS

Os tributos extrafiscais são aqueles instituídos com finalidades previamente definidas, não servindo tão somente como instrumento de arrecadação de receita. Nesse sentido, o Imposto de Importação e o Imposto de Exportação ajustam o comércio exterior. O Imposto sobre Produtos Industrializados incide ora para tributar mais os bens supérfluos, de modo a desonerar os bens essenciais, ora para desestimular o consumo de bens prejudiciais (como bebidas alcoólicas e cigarros), ora para intervir indiretamente em setores da economia (como ocorreu com a MP 451/08, que reduziu o tributo com vistas a incentivar a compra de carros e reduzir os efeitos da crise mundial de 2008 no setor automobilístico). O Imposto sobre Operações Financeiras regula as políticas de câmbio, seguro, crédito e de valores mobiliários, que dependem de variações econômicas conjunturais.

2.1.2 PRATICIDADE

A capacidade econômica vem cedendo espaço a uma prática cada vez mais usada pela Administração Fazendária, que consiste no uso do princípio da praticidade, para aplicação da lei tributária. A técnica consiste em fazer uso de ficções e presunções que dispensem a análise pontual de cada caso concreto e permitam a aplicação da lei em massa.

Destarte, o uso da praticidade é positivo por possibilitar uma tributação mais abrangente daqueles que apresentam capacidade econômica, mas é desvantajoso por desconsiderar especificidades da capacidade contributiva de cada um dos sujeitos.

São exemplos da aplicação da praticidade as presunções de base de cálculo criadas na chamada substituição tributária “para frente” (art. 150, §7º, CF), bem como a presunção de confissão de débito representada pela declaração necessária ao lançamento por homologação (art. 147 c/c art. 150, CTN).

2.1.3 BENEFÍCIOS FISCAIS

Há, ainda, mitigação da capacidade econômica ante a concessão de benefícios fiscais àqueles que preencham a totalidade de elementos e requisitos, previstos em lei específica.

Benefícios fiscais são espécies de exoneração tributária, concedidas para estimular uma conduta ou comportamento dos contribuintes, seja

o pagamento do débito esperado por um programa de parcelamento, seja o incremento de uma atividade almejada pela concessão de crédito presumido, seja a proteção de uma classe de pessoas por uma isenção.

Nesse diapasão, pessoas com mesma capacidade contributiva podem, em razão de serem ou não favorecidos pela concessão de algum benefício fiscal, ser atingidos de modo distinto do poder de tributação.

2.2 A IGUALDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS

A garantia de igualdade priorizando os entes federativos está de acordo com o paradigma de Estado Federal, que molda a organização e atuação estatal ao cumprimento de seus objetivos e à concretização dos direitos fundamentais. O Federalismo é promovido com a distribuição de competência tributária entre todos os entes políticos, vez que não existe uma República Federativa como a que propõe o art. 1º da Constituição Federal sem dotar os entes federativos de autonomia e de independência política, legislativa e financeira.

Na busca de garantir o desenvolvimento nacional de forma equânime, a Constituição prevê, ainda, uma série de princípios orientados para a defesa do Federalismo, como o que veda à União instituir tributo que não seja uniforme no território nacional ou que implique distinção ou preferência de algum ente em detrimento de outro (art.151, I, CF); ou o que veda aos Estados e Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, em razão de sua procedência ou destino (art. 151, II, CF).

A par da distribuição da competência tributária e dos princípios próprios, há ainda a limitação representada pela imunidade recíproca.

A proibição de os entes federativos tributarem patrimônio, renda ou serviços uns dos outros remonta à clássica decisão da Suprema Corte americana, no caso *McCulloch v. Maryland* (1819), em que John Marshall proferiu a célebre assertiva “*the power to tax involves the power to destroy*”.

A idéia de preservação das receitas públicas da incidência de tributação foi transportada para o Direito brasileiro ainda na Constituição de 1891. Na Constituição de 1988, patrimônio, renda e serviços das pessoas políticas têm ampla imunidade (art. 150, IV, a), estendida às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelos Poderes Públicos, no que tange às suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes (art. 150, §2º).

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal vem dando interpretação extensiva aos dispositivos, de modo a abranger também empresas públicas (caso dos Correios, no RE 407.099/RS) e sociedades de economia mista (caso da Companhia de Água e Esgoto de Rondônia, no AC 1.550-2) prestadores de serviço público.

3 SEGURANÇA JURÍDICA: FUNDAMENTO DE LEGITIMAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

A segurança jurídica em matéria tributária parece ter recebido atenção especial do constituinte, pelo número expressivo de princípios e regras destinados a sua efetivação. Não existe Estado de Direito sem segurança jurídica. No Direito Tributário, a segurança jurídica diz respeito à irretroatividade de normas para fatos geradores já ocorridos (proteção do passado) e a previsibilidade de situações jurídicas que tendem a acontecer (proteção para o futuro).

A Constituição Federal lista uma série de princípios, explícitos e implícitos, no intuito de garantir a segurança jurídica, na esfera tributária. Como princípios expressos, aponta-se a legalidade, a irretroatividade, a anterioridade, a proteção da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. Como princípios implícitos, cita-se a proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva.

A realização da segurança jurídica através do Direito Tributário é diretamente proporcional à eficácia dos princípios constitucionais tributários. Tanto maior será a segurança jurídica nas relações tributárias quanto forem devidamente aplicadas as limitações constitucionais ao poder de tributar, dispostas no art. 150 da Constituição.

3.1 LEGALIDADE: APLICAÇÃO DA LEI EM MASSA E VINCULAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A legalidade (art. 150, I, CF) é a expressão máxima da segurança jurídica. A idéia de consentimento prévio acerca do dever tributário é reivindicação antiga e direito já garantido na Carta Magna inglesa de 1215, que consagrou o princípio de “*no taxation without representation*”. Mais do que ser a exigência de previsão legal para a obrigação tributária, a legalidade incorpora uma função mais republicana e democrática, vez que toda lei está direcionada, de alguma forma, a concretizar os direitos fundamentais da ordem constitucional.

Além de exigir que a lei defina todos os aspectos necessários à matéria tributária, a legalidade requer que a lei seja pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa fiscal. Assim, dispõe o art. 97 do Código Tributário Nacional que é matéria de lei a instituição de tributos, ou a sua extinção; a majoração de tributos, ou sua redução, a definição do fato gerador da obrigação tributária principal e do seu sujeito passivo, a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas, as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Como a aplicação de todos os aspectos da norma tributária, bem como as obrigações acessórias e penalidades, devem ser regulamentados por lei, a Administração Tributária pode utilizar técnicas de padronização de situações, que permita otimizar a abrangência da norma nos casos concretos. Já que o Direito Tributário consiste na aplicação da lei em massa, a tributação por meio das presunções, permitida pelo princípio da praticidade, pode muito contribuir para a efetivação da justiça fiscal.

A justiça fiscal se concretiza a partir da distribuição do ônus de pagar, nas devidas proporções do dever de contribuir. Usando presunções para constituir as obrigações, o Fisco está dispensado de aplicar a lei a partir de uma análise minuciosa de alguns casos, fazendo com que outros ocorram à margem da lei. Aumentando-se o alcance da lei tributária, há diminuição da evasão e favorecimento à concorrência fiscal.

Não obstante, a praticidade contribui para um conhecimento prévio pelo contribuinte daquilo que deve pagar ou fazer e para uma maior diluição do dever, fazendo com que a prestação de cada contribuinte ocorra de modo mais equilibrado.

Para que a praticidade atenda tanto à Administração Tributária como aos contribuintes, as presunções utilizadas não podem ser absolutas e devem se aproximar ao máximo das bases impositivas das obrigações tributárias. Além disso, deve ser garantida ao contribuinte a participação na constituição da obrigação, através do exercício do contraditório e da ampla defesa, nos casos em que discorde das presunções estabelecidas.

Mais do que requerer que todos os aspectos da obrigação tributária sejam previamente estabelecidos em lei e determinar que o Poder Público só faça aquilo que a lei mande, a legalidade serve para

delimitar de forma incontestada os contornos da obrigação e a vinculação da atividade administrativa tributária. Para prosperar em tal função, concordamos com Misabel Derzi⁷, no sentido de que a lei tributária deve preferir, em sua maioria, conceitos classificatórios, definitivos e específicos, a tipos, fluidos e genéricos. Ensina a jurista:

Portanto, para quem supõe o Direito Tributário como um sistema fechado, o conceito de classe e suas especificações (que Dworkin poderia chamar de concepções) são ainda a velha noção da Lógica como metodologia que haverá de imperar. Em nosso admitimos tanto a presença dos conceitos como as dos tipos, prevalecendo, no entanto, no Direito Tributário, graças aos princípios de segurança jurídica, legalidade, especificidade conceitual dos conceitos legais, anterioridade, irretroatividade, rígida discriminação de rendas constitucional etc., a tendência para o raciocínio conceitual classificatório.

Ora, o tipo não é um conceito de classe, mas uma ordem mais adequada para captar as fluidas transições da vida.

Da legalidade dependem outros direitos fundamentais do contribuinte, irreversíveis e irretroatáveis, como a irretroatividade (art. 150, III, a, CF), a anterioridade (art. 150, III, b, CF), a espera nonagesimal (art. 150, III, c, CF).

3.2 IRRETROATIVIDADE (PROTEÇÃO DE ATOS PASSADOS) E JUSTIÇA PROSPECTIVA (PROTEÇÃO DE ATOS FUTUROS)

A irretroatividade consiste em garantir que os efeitos das leis tributárias publicadas atinjam situações posteriores e preservem fatos geradores ocorridos no passado. A relação jurídica obrigacional tributária deve ser marcada pela previsibilidade. O contribuinte não pode ser surpreendido por mudanças que agravem as condições a partir das quais ele se preparou.

Como na relação obrigacional do Direito Civil, em que a proposta vincula o proponente, na relação obrigacional tributária os aspectos da norma, tais como definidos na lei vigente à época do fato gerador, determina a atuação da Fazenda.

⁷ Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado (coord). *Dos princípios gerais do Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey: 2004, p.116.

Ressalte-se que deve ser dada uma interpretação extensiva à irretroatividade, de modo que a previsibilidade oriente não só os atos normativos, mas também os atos administrativos e as decisões judiciais.

Se a Administração prevê um programa de parcelamento e altera as condições de concessão, adicionando novos requisitos, não pode excluir aqueles que já se beneficiaram e que não atendem às novas exigências. Se o Poder Judiciário tem um entendimento consolidado sobre a não-incidência de um tributo sobre certa base impositiva e passa a decidir no sentido da tributação desse mesmo fato, não pode legitimar a cobrança em demandas ajuizadas antes da mudança na jurisprudência.

Com as obrigações tributárias bem definidas, a ponto de permitir que o contribuinte antevêja quanto pagar e o que o Fisco realmente pode cobrar, fatalmente haveria uma redução na quantidade de conflitos e filtraria as demandas judiciais, permitindo ao Judiciário conferir maior atenção a causas novas e de maior repercussão.

Importante observar que, atualmente, a par da garantia de irretroatividade, que volta a sua proteção para o passado, há também que se criar mecanismos para assegurar o futuro, ainda mais se considerarmos a relação contínua que existe entre Fisco e contribuinte. Ainda que seja uma relação advinda de fatos geradores e tributos diferentes, grande parte das relações jurídicas (circulação de mercadoria, aquisição de renda, prestação de serviço, etc) faz nascer uma obrigação tributária.

Conforme se espera de uma justiça fiscal prospectiva, as relações jurídicas e os atos que se perduram no tempo devem prever formas de amparo a uma das partes, caso a outra modifique quaisquer termos da obrigação objeto do vínculo.

A previsão de alternativas para o caso de modificação de relações duradouras e de situações antes previstas é comum no Direito Administrativo e Previdenciário, no que tange à matéria de aposentadoria. Como decide reiteradamente o Supremo Tribunal Federal, nenhum servidor público tem direito a regime jurídico, ou seja, direito às garantias previstas tais como escritas à época de sua investidura no cargo. Logo, o regime de aposentadoria do servidor pode ser alterado várias vezes, ao longo de sua vida funcional. Mas cada mudança costuma vir acompanhada de medidas compensatórias ou de regimes de transição, para não frustrar de todo as expectativas daqueles que esperavam se aposentar segundo regras que deixaram de existir.

No Direito Tributário, também há uma série de situações em que as relações têm certa continuidade e eventuais mudanças no vínculo também podem causar sérios prejuízos se não acompanhadas de garantias de resguardo do futuro.

Exemplo disso é a concessão de um benefício fiscal. Benefícios fiscais como isenções, remissões, reduções de base de cálculo, anistias, concessões de crédito presumido, parcelamento etc, só podem ser concedidos por lei, específica e exclusiva (art. 150, §6º, CF), interpretada de maneira restritiva.

Salvo se concedidos por prazo certo e em função de determinadas condições, hipótese em que se erigem a direitos subjetivos, os benefícios fiscais podem ser modificados ou revogados por lei, a qualquer tempo (art. 178, CTN). Ao contrário do que uma interpretação literal do dispositivo possa indicar, a regra não concede ilimitada discricionariedade ao Poder Público para modificar e revogar benefícios, sob pena de instituir um poder arbitrário. Pela teoria dos atos proibidos, se a Administração Tributária cria um benefício e gera expectativas em contribuintes, que se preparam e realizam investimentos para atenderem às exigências previstas, não pode, sem prever algum tipo de reparação, revogar ou modificar aquilo que foi proposto, até porque a lei ou o ato normativo concessivo, tem presunção de legitimidade.

Uma aplicação da justiça prospectiva estenderia medidas garantidoras não só a benefícios já concedidos (fatos passados), mas também a benefícios prometidos que deixaram de ser concedidos (fatos futuros). Não preenchendo todos os requisitos, não há direito subjetivo ao benefício, mas pode haver expectativas legítimas a serem tuteladas.

A boa-fé objetiva daqueles que representaram a possibilidade de se tornarem titulares de um direito e que praticam ações de acordo com o modo que seria exigido não pode restar de todo desamparada. Como assevera Manuel Carneiro da Frada⁸, “*quem confia em outrem por motivo a este imputável não deve ficar em princípio numa posição pior do que a que lhe assistiria se não tivesse confiado*”.

Reconhecida a necessidade de proteção daquele que vê frustrada a promessa de auferir um benefício, o problema passa a residir na solução ideal a ser dada ao caso. Admitir a concessão do benefício fiscal sem

8 FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Almedina, 2001, p.881.

o devido atendimento a todas as contraprestações poderá provocar a violação não só da legalidade, mas também da igualdade e da própria segurança jurídica. Como a legalidade no Direito Público implica em fazer somente aquilo que a lei autoriza, os efeitos do benefício só poderão ser garantidos àqueles que comprovarem a realização de todos os pressupostos. A igualdade seria violada por dispensar o mesmo tratamento (a concessão do benefício) a situações diversas (contribuintes que cumpriram maior ou menor parte das obrigações impostas). Por fim, a incerteza de quais condições seriam determinantes para conquistar o benefício, já que o atendimento de todas elas estaria sendo dispensado, comprometeria a previsibilidade e a segurança jurídica.

Entre a mera expectativa e o direito adquirido a um benefício fiscal existem pretensões que Paulo Emílio Ribeiro Vilhena⁹ chama de “direitos expectados”, ou seja, existe o *direito de adquirir direito* ao incentivo fiscal prometido. A par da irretroatividade, que assegura fatos geradores ocorridos no passado, hoje se discute a previsão para situações de transição ou possibilidades futuras, desde que sejam concretas e tenham como fonte alguma proposta ou atuação concreta do Poder Público.

Se há alguma promessa da Administração que, por alguma eventualidade, deixa de ser efetivada ou é cumprida em termos diferentes, pelas próprias vicissitudes que caracterizam a atuação do Poder Público, requerendo mudanças e adaptações de seus atos, deve haver a previsão de medidas protetivas àqueles que pautaram sua conduta conforme o prometido. Seja por meio de regimes de transição, como ocorre com as mudanças nas regras de aposentadoria, seja pela efetiva compensação e ressarcimento dos danos e prejuízos causados.

3.3 ANTERIORIDADE COMO CLÁUSULA PÉTREA E COMO GARANTIA DA NÃO-SURPRESA

A anterioridade, como princípio que proíbe a cobrança de imposto no mesmo exercício financeiro da publicação da lei que o instituiu ou o aumentou, foi consolidada como regra geral de tributação na Constituição Federal de 1988. A nova ordem constitucional considerou a anterioridade mais adequada à função de não-surpresa do que o princípio da anualidade, vigente nas Constituições anteriores.

9 VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Direito e processo do trabalho*: Estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Pelo princípio da anualidade, a cobrança de tributos deveria estar expressamente autorizada na lei orçamentária, ou seja, a autorização para a exigência de pagamento deveria ser renovada anualmente. A anterioridade, não obstante a falta de previsão constitucional, antes da Constituição de 1969, já havia sido consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através das Súmulas 66 (“*É legítima a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro*”) e 67 (“*É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido criado ou aumentado no mesmo exercício financeiro*”), editadas de acordo com a Constituição de 1946.

A Emenda Constitucional de 1969 passou a prever a anterioridade para impostos sobre a renda e o patrimônio¹⁰. Assim, enquanto que o STF entendia a anterioridade como regra para os impostos em geral, a Constituição passou a considerá-la como exceção, a reger apenas os impostos sobre a renda e o patrimônio.

Aliomar Baleeiro¹¹ já defendia a observância da anualidade e da anterioridade para todos os impostos, exceto para tarifa aduaneira e imposto lançado por motivo de guerra. Para o autor, um imposto previsto no orçamento, mas instituído no mesmo exercício financeiro de sua cobrança seria inconstitucional, assim como um imposto criado no exercício anterior com imposição planejada para o ano seguinte, cuja instituição não estava autorizada na lei orçamentária.

Pela Constituição Federal de 1988, essa dupla exigência, de anualidade e anterioridade, não existe mais. Atualmente, a não-surpresa em matéria tributária é garantida pela anterioridade e pela espera nonagesimal, que proíbe a cobrança de tributo antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou.

Isso não significa que a anualidade tenha sido suprimida do ordenamento. A anualidade permanece na determinação de que as alterações na legislação tributária estejam previstas nas leis de diretrizes orçamentárias (art. 165, §2º, CF) e na periodização anual de tributos sobre o patrimônio e a renda.

10 A Emenda 18/65 serviu de fundamento para o art. 104 do Código Tributário Nacional. Logo, uma interpretação conforme a Constituição de 1988 do dispositivo legal exige a extensão do princípio da anterioridade a todos os impostos, não só os que incidem sobre o patrimônio e a renda, ressalvadas tão somente as exceções constitucionais.

11 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7 ed. revista e atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Como limitação constitucional ao poder de tributar, o STF reconheceu a anterioridade como garantia fundamental do contribuinte, fixando o princípio no grupo de cláusulas pétreas, que não pode ser suprimido ou mitigado sequer por emendas constitucionais.

Em seu voto na ADI 939/DF, que declarou a inconstitucionalidade da EC 3/93 e da Lei Complementar 77/93, que instituíam e regulamentavam o Imposto Patrimonial sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e de Direitos de Natureza Financeira (IPMF), o Ministro Carlos Velloso deixou consignado que, ao contrário de outras regras tributárias, como a não-cumulatividade, que vinculam o legislador infraconstitucional, a anterioridade subordina até mesmo o Poder Constituinte Derivado.

O princípio da anterioridade nunca foi absoluto, pois sempre admitiu ressalvas. A anterioridade, prevista na Emenda 1/69 combinada com a Emenda 8/77, era decotada por uma série de exceções: tarifa aduaneira e de transporte, impostos sobre produtos industrializados, imposto lançado por motivo de guerra e quaisquer outras espécies autorizadas por lei complementar.

Na Constituição Federal de 1988, a anterioridade também já foi prevista com exceções. Entretanto, o rol das ressalvas já foi bastante reduzido, ficando restrito a tributos de caráter notadamente extrafiscal, que têm a função precípua de ser meio para resposta governamental rápida a situações transitórias e emergenciais.

Nesse sentido, são atualmente exceções constitucionais ao princípio da anterioridade, de acordo com o art. 150, §1º, os impostos de importação e exportação, o imposto sobre produtos industrializados, o imposto sobre operações de crédito, câmbio, seguros e operações com títulos e valores mobiliários, os empréstimos compulsórios para atender a despesas extraordinárias decorrentes de calamidade pública, de guerra ou de sua iminência e os impostos extraordinários.

Outrossim, de acordo com o art. 155, §2º, XII, h, não se aplica a anterioridade ao imposto sobre circulação de mercadorias (ICMS) sobre combustíveis e lubrificantes com tributação monofásica prevista em lei complementar e, consoante o art. 177, §4º, I, b, à contribuição incidente sobre as atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível.

As demais contribuições obedecem ao princípio da anterioridade, salvo as destinadas à seguridade social que, não obstante não se prenderem ao princípio, devem observar a espera nonagesimal (art. 195, §6º).

Contudo, apesar de não ser princípio absoluto, como julgou o STF na ADI 939, as exceções já foram previstas na Constituição e não podem ser estendidas ou ampliadas, sob pena de maculação do princípio.

3.4 CONFIANÇA LEGÍTIMA: PRESERVAÇÃO DE SITUAÇÕES NOS TERMOS DAS EXPECTATIVAS CRIADAS, CONTRA MUDANÇAS IMPREVISTAS E CONTRADITÓRIAS

A par das limitações constitucionais ao poder de tributar, surge a necessidade de proteção da confiança legítima. Se uma parte pratica ato que gera expectativas em outra, não pode posteriormente agir de modo contraditório, frustrar a expectativa induzida e provocar danos em razão da quebra da confiança legitimamente criada.

A proteção da confiança legítima visa operar uma mudança paradigmática na relação jurídica obrigacional tributária, assim como operou a revisão da relação jurídica obrigacional contratual. Antes fundada na autonomia da vontade, a obrigação contratual, para ser considerada legítima, passou a exigir a observância dos ditames da justiça contratual, da proteção da boa-fé objetiva dos contratantes e da função social do contrato. A obrigação tributária, por sua vez, antes fundada exclusivamente na legalidade, passou a depender da observância de outros princípios, como o da confiança legítima.

A arguição da confiança legítima, entretanto, deve ficar condicionada a alguns requisitos, sob pena de ser desprestigiada como princípio e vulgarizada como pretexto para se esquivar do cumprimento das obrigações tributárias.

Nessa perspectiva, enumera-se três requisitos para a aplicação do princípio da confiança legítima na relação jurídica obrigacional: 1) atos aptos a suscitar expectativas ou criar situações de confiança; 2) boa-fé da parte que age em função do que lhe foi informado e sofrer prejuízos por conta disso; 3) não haja outro princípio a ser ponderado que imponha a alteração da situação jurídica, ainda que já consolidada.

O primeiro requisito da aplicação do princípio da confiança consiste no fato de a conduta de um parte da obrigação ser apta a gerar

expectativas na parte contrária. A análise de tal aptidão deve ser objetiva e não quaisquer intenções que dependam de uma investigação subjetiva, seja do administrador, do contribuinte ou do juiz.

Uma análise subjetiva da confiança induzida provocaria um quadro de grande insegurança jurídica. A avaliação da confiança gerada em expectativas, direitos de transição (ou “direitos expectados”) e direitos subjetivos restariam vagos, obscuros, para não dizer ininteligíveis.

Outrossim, deixar a confiança legítima à mercê de uma análise subjetiva dificultaria a questão probatória. A Administração Pública e o Poder Judiciário decidem a partir de fatos, definitivamente demonstrados. Se vislumbramos sérias dificuldades em delimitar as fronteiras entre a expectativa e a pretensão exequível, fundadas na confiança legítima, a sua comprovação, de modo a ensejar alguma medida protetiva ou reparatória, seria impraticável.

Logo, a aptidão do ato de uma parte para gerar confiança em outra depende de comportamentos, condutas e compromissos objetivamente provados. Ou seja, a parte que confiou deve evidenciar que houve uma proposta, promessa ou ação concreta e que, a partir dessa iniciativa realizou projetos ou atividades, com dispensa de recursos econômicos e financeiros, visando alguma contraprestação.

Caso contrário, a confiança legítima como instrumento de segurança jurídica, de previsibilidade ou de estabilidade do vínculo desempenharia papel contrário ao que se propõe e passaria a ser um meio para incertezas e conflitos sem solução.

O segundo requisito da aplicação da confiança na relação tributária é a boa-fé da parte induzida a praticar um fato em decorrência de uma proposta da outra parte, com a demonstração do prejuízo decorrente da quebra da promessa.

A admissão de uma responsabilidade pela confiança decorre do ideal de justiça corretiva, ou seja, aquele que provoca prejuízo a outrem deve recompor o patrimônio do afetado, na medida do dano que causou.

A boa-fé daquele confiou, entretanto, é pressuposto essencial para permitir tal recomposição, porquanto o princípio da confiança legítima não pode ser meio para escapar da aplicação da norma tributária.

Um direito fundamental, quando invocado de forma desarrazoada, desautorizada ou indiscriminada, acaba perdendo seu sentido e, por conseguinte, perdendo força normativa e legitimidade. O princípio da confiança legítima deve ser mais uma garantia na relação jurídica tributária e não um salvo conduto para fraudadores, sonegadores e bandoleiros.

Consoante observou Manuel Carneiro da Frada¹²:

Nesta dimensão, a responsabilidade pela confiança guarda um nexó específico com a realização de justiça do caso singular; traduz a respectiva pressão individualizadora sobre a tendência generalizadora do sistema jurídico. A sua consagração dogmática assume-se, no fundo, como instrumento de reequilíbrio de um conjunto de normas que, sem ela sacrificaria demasiadamente a justiça à segurança. Por isso, ela toca o nó górdio desta polaridade do Direito e dos valores supremos que o determinam; se situada para além do conjunto de normas que compõem o sistema, assumindo por sobre isso ainda a tensão entre a *lex positiva* e os imperativos do próprio Direito. Cremos mesmo que a admissão de uma responsabilidade pela confiança se inscreve na necessidade de realização activa e integral da intencionalidade jurídica profunda que preside a determinado complexo de normas. É isso que a valida e legitima. Pelo que não pode, por outro lado, essa responsabilidade constituir um pretexto para subversão do sistema jurídico e o abalo das suas traves mestras.

Por fim, o terceiro requisito da responsabilidade pela confiança cuida da inexistência de outro princípio a fundamentar a mudança nos atos praticados. Tal ponderação se faz importante para conciliar a liberdade de atuação de uma parte com a expectativa de estabilidade da parte adversa.

Se até o princípio da legalidade, que é a viga mestra do Direito Público, pode ser mitigada, por institutos como a anulação e convalidação, a aplicação dos outros princípios também seguem a regra da ponderação de acordo com o caso concreto.

O fortalecimento da confiança legítima como direito fundamental transforma as normas que a definem e que a realizam em normas de aplicação obrigatória e imediata (art. 5º, §1º, CF), bem como confere

¹² FRADA, op. cit., p. 878/879.

maior legitimidade para coibir abusos entre os Poderes Públicos, entre os particulares e entre os Poderes Públicos e particulares.

Definidos o conceito, os requisitos e os destinatários, vale mencionar os instrumentos de atuação da confiança legítima na relação jurídica obrigacional tributária. A maneira mais eficaz é a de preservar a situação jurídica que se consolidou na base da confiança. Se houve uma proposta de uma parte que gerou expectativas noutra, a proposta deve ser mantida.

Caso a relação jurídica tributária firmada sofra alguma alteração, como uma mudança das regras pelo Poder Público (alteração imputada ao Fisco), ou a mora ou inadimplemento do contribuinte (alteração de responsabilidade do particular), deve-se buscar meios que recomponham a situação anterior ao vínculo criado, de modo a restabelecer o *status quo ante*.

Sendo impossível preservar a relação jurídica nos termos em que fora definida ou reconstruir a situação jurídica existente à época da quebra da confiança, nasce o dever de indenizar para aquele que foi responsável pela ação contraditória e o direito de ser indenizado pelo prejudicado que confiou.

3.5 BOA-FÉ OBJETIVA: A CONFIANÇA LEGÍTIMA CRIADA NO CASO CONCRETO

A inclusão da boa-fé objetiva no rol de princípios que regem a relação jurídica obrigacional é tese que ganhou força a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor. Em seu art. 4º, o CDC elege a boa-fé como um os princípios que devem atender à Política Nacional das Relações de Consumo ao passo que, em seu art. 51, IV, penaliza as cláusulas contratuais incompatíveis com a boa-fé com a nulidade de pleno direito.

Mas é com a edição do Código de Civil de 2002 que a boa-fé objetiva se destaca como princípio com funções bem delimitadas e como fonte de direitos e deveres menos abstrata.

Essa concretização da boa-fé objetiva ocorre a partir de uma nítida separação da boa-fé subjetiva. Explica Judith Martins Costa a diferença:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais,

especialmente em matéria possessória. Diz-se ‘subjéitiva’ justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjéitiva está a má-fé, também vista subjétivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da common law – modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade”. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard, de tipo meramente subsuntivo¹³.

Nesse sentido, a boa-fé deixa de ser um mero estado psicológico e se torna um modo objetivo de orientação de conduta, com função interpretativa (art. 113, CC)¹⁴, integrativa (art. 422, CC)¹⁵ e limitadora de direitos subjétivos (art. 187, CC)¹⁶.

Assim, a boa-fé objetiva exige das partes o acerto do que foi convencionado e a observância de deveres anexos, como de mútua proteção contra riscos às pessoas e objetos da relação jurídica; de informação acerca de dados relacionados ao adimplemento do acordo; e de cooperação, de modo que os sujeitos se comprometam a não agir no intuito de prejudicar o cumprimento da obrigação.

No Direito Tributário, a boa-fé objetiva acompanha o princípio da confiança legítima, no sentido de garantir a relação jurídica com a previsibilidade das situações, com a definição das normas específicas

13 COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

14 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração

15 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

16 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

anteriores ao fato gerador e com a segurança na aplicação no termos dos ditames legais.

O intercâmbio entre boa-fé objetiva e confiança legítima é tamanho que gera na doutrina a dificuldade de distinguir um princípio do outro. Há quem considere confiança legítima e boa-fé objetiva como sinônimos, quem classifique a confiança legítima como expressão que abrange a boa-fé objetiva e, ainda, quem defenda a confiança legítima como consequência ou resultado da boa-fé objetiva.

Citando o autor alemão Roland Kreibich, Misabel Derzi ensina que a confiança legítima é expressão da segurança jurídica e se manifesta em relações jurídicas abstratas e relações jurídicas concretas. A averiguação da boa-fé objetiva partiria da análise dessas relações jurídicas concretas, de modo que, nas relações abstratas, somente incidiria o princípio da confiança em si.

Logo, as situações abstratas (regras administrativas gerais, jurisprudência, planos governamentais) devem observar o princípio da confiança, ao passo que nas relações concretas (normas administrativas individuais, decisão judicial que decide o caso específico, cumprimento de algo prometido) deve ser protegida a boa-fé objetiva¹⁷.

A boa-fé objetiva cria direitos e deveres para ambos os sujeitos da obrigação tributária. Não pode uma parte arguir a proteção da boa-fé contra atuação da parte oposta se também age contrariando os deveres de proteção, informação e cooperação.

4 CONCLUSÃO

Todo o ordenamento jurídico constitucional tem como objetivo mediato ou imediato o de concretizar o ideal de dignidade da pessoa humana, que se expressa através da efetivação de direitos fundamentais

17 Nas palavras da autora: "Assim, em toda hipótese de boa-fé existe confiança a ser protegida. Isso significa que uma das partes, por meio de seu comportamento objetivo criou confiança em outra, que, em decorrência da firme crença na duração dessa situação desencadeada pela confiança criada, foi levada a agir ou manifestar-se externamente, frustrando-se em suas expectativas. Mas KREIBICH aponta como divergência existente entre o princípio da proteção da confiança e o da boa fé, o fato de o primeiro, por ser mais abrangente, aplicar-se às situações gerais, abstratas e àquelas concretas; já o segundo, o princípio da boa fé somente alcança uma situação jurídica individual e concreta, ou seja, não alcança as leis e os regulamentos normativos, mas apenas os atos administrativos individuais e as decisões judiciais". Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. In O processo na Constituição*. São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 191.

que possibilitem o desenvolvimento dos atributos da personalidade, bem como que permitam que o homem seja considerado um fim em si mesmo e não um meio para a prática de condutas quaisquer.

Ora, não é possível garantir direitos fundamentais senão em um ambiente de estabilidade da ordem normativa, de continuidade das relações jurídicas, de confiabilidade e transparência nos vínculos criados entre particulares, entre entes públicos e entre o Poder Público e o particular. Logo, não há dignidade da pessoa humana sem segurança jurídica.

A concretização da segurança jurídica vai muito além da proteção da coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, assegurados pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

Outrossim, a segurança jurídica, como manifestação do Estado de Direito, fundamenta diversos princípios constitucionais. A segurança jurídica não está isoladamente na legalidade, na irretroatividade, na anterioridade, na confiança ou na boa-fé, mas na congregação de todos esses e outros princípios equilibrados e combinados, de modo que cada um deles transborde sua energia normativa em maior escala possível.

Todos os princípios previstos para o Sistema Tributário Nacional devem ser ponderados de modo a tornar a relação tributária mais condizente com os elementos que caracterizam um cenário de justiça fiscal e de tributos consentidos.

Uma obrigação consentida é quase que sinônimo de uma obrigação cumprida. Não se espera que o consentimento do tributo implique em algum tipo de satisfação em pagar um imposto, taxa ou contribuição. Sendo um dever que acarreta perda patrimonial, não há quem, em sã consciência, tenha prazer em destacar parte de sua renda, direitos, faturamento, etc., em prol de um “fundo sem fundo”, como é o Estado.

O que se espera é que o consentimento implique numa maior aceitação tributo. Que o tributo não seja visto como troca, mas como fator de solidariedade, que possibilita a satisfação dos objetivos da República. Isso certamente levaria a uma diminuição de litígios, de conflitos judiciais, de execuções fiscais intermináveis que, na maioria das vezes, restam infrutíferas.

Se existe a desconfiança do particular em face da Fazenda Pública, ante o seu furor arrecadatório, existe também o ceticismo do Fisco,

ante as mais variadas manobras evasivas e o elevadíssimo índice de inadimplência dos contribuintes. A afirmação da segurança jurídica na relação tributária, através da efetivação dos princípios constitucionais que lhes são próprios, é o principal meio para tornar tal vínculo menos conflituoso, antagônico e problemático.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7 ed. revista e atualizada por DERZI, Misabel Abreu Machado. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário – fundamentos jurídicos da incidência*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Teoria geral do tributo e da exoneração tributária*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. *A imprevisibilidade da jurisprudência e os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário*. In O processo na Constituição. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 161-193.
- _____. (coord.). *Dos princípios gerais do Direito Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. *Legalidade material. Modo de pensar tipificante e Praticidade no Direito Tributário*. In Justiça Tributária, IBET. São Paulo. Max Limonad, 1998, p. 627-650.
- _____. *Pós-modernismo e Tributos: Complexidade, Descrença e Corporativismo*. In Revista Dialética de Direito Tributário, v. 100. São Paulo: Dialética, 2004, p.65-80.
- FRADA, Manoel Antônio de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.
- COSTA, Judith Martins. *A Boa-Fé no Direito Privado*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro. *Direito e processo do trabalho: Estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

PANORAMA DA REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA DAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA: A ADOÇÃO DO FATOR X E DA EMPRESA DE REFERÊNCIA

*Victor Valença Carneiro de Albuquerque
Procurador Federal*

Especialista em Direito Regulatório da Energia Elétrica pela Universidade de Brasília.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Serviço Pelo Preço, *Price Caps* e Revisões Tarifárias Periódicas; 2 Fator X, Ganhos de Escala e Compartilhamento com Usuários; 3 Competição paramétrica, virtual ou regulatória (*yardstick competition*); 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho apresenta um panorama do processo de revisão tarifária periódica das concessionárias do serviço público de distribuição de energia elétrica. Descreve a adoção pela Agência Nacional de Energia Elétrica de dois instrumentos normativos elaborados por economistas dos Estados Unidos para a regulação econômica de monopólios naturais e sua compatibilidade com a ordem constitucional brasileira. Possui caráter expositivo do processo de revisão tarifária, primando pela análise dos mecanismos conhecidos como “Fator X” e “empresa de referência”.

PALAVRAS-CHAVE: Energia Elétrica. Regulação Econômica. Serviço Público de Distribuição de Energia Elétrica. Revisão Periódica de Tarifas.

ABSTRACT: This article presents an overview of price readjustment in Brazilian Electrical Sector. It focus on the use by Brazilian National Agency for Electrical Energy of two specific regulatory measures: the “X Factor” and the “Shadow Company”.

KEYWORDS: Electricity. Public Service. Regulation.

INTRODUÇÃO

Poucos são os institutos jurídicos do Direito Administrativo tão exaustivamente tratados na doutrina quanto o serviço público. Talvez pela influência dos escritos de professores franceses (dentre os quais há de se destacar Léon Duguit e Gaston Jèze sobre a Academia brasileira a partir do início do século XX, tenha este sido um dos temas mais abordados pelos doutrinadores a partir dos anos 1950.

O grande volume de estudos permitiu algum consenso sobre os traços mais evidentes do fenômeno, ainda que as definições de “serviço público” tragam sempre aspectos circunstanciais distintos, segundo o gosto de seu autor.

Assim, por exemplo, podemos tomar como paradigmática a definição do Professor Hely Lopes Meirelles, antiga autoridade no assunto, que assim descreveu o instituto¹:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

Veja-se que Maria Sylvia Zanella di Pietro, escrevendo algumas décadas depois da edição original do autor precitado, não se afastou muito da idéia acima ao proferir sua própria definição, como demonstra a transcrição trazida abaixo²:

Serviço público é toda a 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 de direito público.

As transcrições são claras em atribuir ao Estado a titularidade do serviço público, conquanto ressalvem a a delegabilidade de sua execução a terceiro particular (concessionário ou permissionário). O traço de delegabilidade da execução do serviço, sempre presente e crucial no estudo do instituto, adquiriu grande importância prática em finais do século XX, quando o Brasil promoveu uma retirada massiva do Estado da execução direta de atividades econômicas (propriamente ditas e

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo. Malheiros. 2001. p. 311.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo. Atlas. 1993. p. 80.

serviços públicos) em decorrência do aparente consenso em torno da “privatização”³.

De fato, apenas com a crise econômica dos anos 1980 passou-se a pensar seriamente em uma atuação mais forte do setor privado na execução de alguns serviços públicos “essenciais e estratégicos” como os de energia elétrica. Em que pese não se tratar de fenômeno novo⁴, a atuação de particulares nos serviços de energia elétrica tomou grande impulso com a crise de liquidez das estatais do setor no fim do século passado.

A “retirada” do Estado de sua atuação direta no setor elétrico (sobretudo na fase de distribuição) não poderia acontecer sem uma profunda reforma no marco normativo aplicável, em especial nas formas de cálculo e reajuste das tarifas cobradas dos usuários. Em verdade, sendo a tarifa a parte mais clara e objetiva da prestação do serviço público, é ela a primeira (e mais premente) preocupação dos particulares corteados candidatos à execução do serviço delegado.

Nesse diapasão, o primeiro texto legal a alterar o marco normativo do setor elétrico em fins do século XX foi a Lei nº 8.631, de 4 de março de 1.993. Esse diploma legal encerrou o sistema de “equalização tarifária” do fornecimento de energia elétrica, implementado com o intuito de garantir a uniformidade (e modicidade) dos preços cobrados de usuários do serviço “de energia elétrica” (ainda não segmentado em fases) em todo o país. A mesma Lei fulminou o regime de remuneração garantida dos concessionários do serviço público de energia elétrica (em sua maioria, ainda empresas estatais) e extinguiu a Conta de Resultados a Compensar (CRC), mecanismo de redistribuição da renda auferida pelas várias concessionárias do serviço, que transferia receita das concessionárias superavitárias para as deficitárias.

O primeiro movimento da “reforma” do setor, conquanto bastante significativo, manteve o regime de “serviço pelo custo”, sistema de cálculo da remuneração do concessionário que levava em conta precipuamente

3 O termo é reconhecidamente multívoco, como reconhecido por DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo. Atlas, 2005. p. 25: “Ao mencionar tais definições e respectivas abrangências, o objetivo único é o de demonstrar a existência e aceitabilidade de conceitos amplos de privatização e a multiplicidade de técnicas de privatização. *Trata-se, na realidade, de um conceito ou de um processo em aberto, que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos*”.

4 No caso específico do setor elétrico, é possível mesmo afirmar que os “serviços públicos” tiveram origem eminentemente privada, sendo apenas assumidos como próprios do Estado após considerável tempo.

o custo incorrido com a oferta do serviço ao usuário para o cálculo da tarifa. Historicamente, o regime de serviço pelo custo foi culpado por uma gestão pouco profissional do setor elétrico brasileiro, responsável por sobre-investimento em infra-estrutura e pouca preocupação com a eficiência administrativa das concessionárias do serviço delegado.

Saliente-se, por justiça, que o regime de serviço pelo custo não era exclusivo da realidade brasileira. Era (e ainda o é, em menor escala) praticado no setor elétrico dos Estados Unidos, lá recebendo também fortes críticas de doutrinadores econômicos⁵.

Foi, portanto, no bojo do processo de “privatização” e “modernização” do Estado que se deu um novo (e, talvez, mais significativo) passo na modificação do marco normativo das concessões de serviços públicos. Em 13 de fevereiro de 1995 foi promulgada a Lei nº 8.987/95, a nova lei geral de concessões e permissões de serviços públicos no Brasil.

A Lei nº 8.987/95 veio a preencher a exigência trazida pelo artigo 175, parágrafo único da Constituição Federal de 1.988, tornando-se o principal (mas não único) diploma legal sobre a matéria de concessões de serviços e obras públicas a particulares. O significado maior desse diploma (a par de ser a primeira lei sobre concessões produzida sob a égide da nova Constituição e do novo “consenso” sobre o papel do Estado na economia) está no rompimento com o regime do “serviço pelo custo” e estabelecimento do regime do “serviço pelo preço”⁶.

Ora, o estabelecimento do regime de serviço pelo preço implicou uma significativa mudança no tratamento das tarifas cobradas pelos concessionários de serviços públicos, resultado de uma mudança de mentalidade histórica sobre a necessidade de uma gestão eficiente da atividade econômica. O Legislador, talvez atento aos momentos difíceis experimentados pelo país após uma década de crescimento econômico insatisfatório, parecia reconhecer a incoerência de se remunerar de forma incontestemente custos não eficientes incorridos pela administração temerária dos serviços delegados a terceiros (sejam estes particulares ou, com mais razão ainda, entidades criadas pelo próprio Estado).

5 Veja-se, a título de exemplo: JOSKOW, Paul J. *Markets for Power in the United States: An Interim Assessment*. Working Paper 05-20. September 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=845785>>. Acesso em 10 dez. 2008.

6 Estabelecido pelo artigo 9º da Lei, mais adiante examinado.

A mudança do paradigma tarifário foi peculiarmente importante no setor elétrico e, mais especificamente, na fase de distribuição de energia elétrica. A distribuição era o segmento mais “maduro” de todo o setor e, não por acaso, foi o primeiro a ver a alienação da participação estatal no capital das empresas concessionárias dos serviços delegados.

O regime do serviço pelo preço demandou, contudo, um amadurecimento institucional do Estado brasileiro, sobretudo para garantir dois vetores cruciais (e constitucionais) da exploração de serviços públicos por concessionários, a saber, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões outorgadas e a modicidade tarifária em favor dos usuários dos serviços.

Nesse ponto, é necessário salientar que a adoção do regime de serviço pelo preço não importa a total desconsideração dos custos para a prestação do serviço no cálculo da tarifa cobrada de seus usuários. Por certo, o momento inicial de definição da tarifa (ao menos idealmente, no regime estabelecido pelo artigo 9º da Lei nº 8.987/95) é marcado pelo preço da proposta vencedora do certame para a outorga da concessão. Sendo, contudo, relação contratual de longo prazo, a concessão demanda disciplina sobre o efeito do tempo na tarifa cobrada pelo concessionário.

Inicialmente, o artigo 9º da Lei nº 8.987/95, na esteira de vetusta tradição administrativa, estabeleceu a necessidade de mecanismos de revisão tarifária para a preservação da adequação da tarifa cobrada pela prestação do serviço concedido. Ocorre, contudo, que o Legislador não foi além de prever a necessidade de tais mecanismos, negando-se (corretamente) a defini-los em sede legal.

Nesse diapasão, foi delegada ao Executivo a competência para estabelecer fórmulas, mecanismos e institutos destinados a preservar a adequação da tarifa no curso da vigência da concessão. No caso do setor elétrico, o artigo 4º, X, do Decreto nº 2.335/97, estabeleceu ser de competência da Agência Nacional de Energia Elétrica:

X - atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle dos preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços.

Temos, assim, uma competência administrativa expressa e clara para que a agência reguladora do setor elétrico normatize não apenas a formação da tarifa, mas também o reflexo do tempo em seu valor.

Ora, parece ser incontroverso que as eventuais revisões tarifárias realizadas pelo ANEEL deverão necessariamente analisar os custos envolvidos na prestação dos serviços concedidos. Isto porque, embora os custos não sejam critério para a definição inicial da tarifa (como visto, fixada com base no preço proposto pelo licitante vencedor para a outorga da concessão), esta deverá, em regra, garantir a viabilidade econômica da exploração do serviço.

Disse-se que a tarifa deve cobrir, em regra, os custos do serviço porque a própria Lei nº 8.987/95⁷ permite a existência de receitas alternativas destinadas a possibilitar a cobrança de tarifas mais módicas. Trata-se, portanto, de escolha política do Poder Concedente, a ser feita de forma clara, além de expressamente prevista no edital da concorrência.

Visto, pois, que a adoção do regime de serviço pelo preço não anula necessariamente a consideração dos custos incorridos com a prestação do serviço delegado, depreende-se a necessidade e relevância do tratamento normativo a ser dado à aferição daqueles. Isto porque a exigência da manutenção de um serviço adequado há de ser sempre ponderada com a igualmente necessária preservação da modicidade tarifária. É, pois, sob a tensão destes dois princípios que se divisa o mecanismo regulatório da revisão tarifária periódica e, em especial, de seus dois principais instrumentos: o “fator X” e a chamada “empresa de referência”.

A revisão tarifária periódica (RTP) é instituto relativamente novo na prática administrativa nacional, sendo, portanto, objeto de poucos estudos acadêmicos. Ora, se o processo como um todo é pouco abordado pela doutrina, os seus instrumentos o são ainda menos. É o caso, por exemplo, dos citados “fator X” e da “empresa de referência”.

O “fator X” é remédio regulatório adotado para impedir um aumento injustificado na remuneração do concessionário do serviço de distribuição de energia pelo simples crescimento de seu mercado cativo.

7 “Art. 11. No atendimento às peculiaridades 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 das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei”.

Visa, assim, a garantir que a dinâmica do contrato de concessão não altere demasiadamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão outorgada.

Já a “empresa de referência” é, segundo aqui se propõe, um mecanismo regulatório-tarifário criado com o fito de ponderar as necessidades da remuneração exigida para a prestação de um serviço público adequado e da fixação de tarifas módicas aos usuários. É elaborada apenas nos ciclos de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica e foi criada, regulamentada e operacionalizada por resoluções normativas da ANEEL.

O presente trabalho tem como objetivo analisar criticamente o processo de revisão tarifária periódica dos concessionários de distribuição de energia elétrica, atentando especialmente para seus dois principais instrumentos regulatórios: o “fator X” e a “empresa de referência”.

Passemos, pois, a tratar propriamente do tema.

1 SERVIÇO PELO PREÇO, PRICE CAPS E REVISÕES TARIFÁRIAS PERIÓDICAS

A Constituição Federal de 1988 reservou para a União Federal a titularidade dos serviços públicos de energia elétrica no artigo 21, XII, franqueando-lhe, contudo, a exploração indireta desses serviços mediante concessão, ou permissão, ou autorização⁸. Trata-se, em verdade, de cláusula que rende homenagem à tradição constitucional da última Carta Constitucional (art. 167 da CF/1967), não importando em qualquer novidade no marco normativo de um setor, como dito alhures, com grande participação de entidades estatais (federais e estaduais).

O atual texto constitucional foi, contudo, mais comedido ao tratar da exploração de serviços públicos em geral, trazendo em um único artigo norma-matriz que se limitou a reafirmar a titularidade estatal de todos os serviços públicos e a permitir a delegação de sua execução a particulares, por meio de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação (art. 175 da CF/88).

8 Art. 21. Compete à União: [...] XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

Nesse particular, a atual Constituição foi mais sintética do que a anterior, que, ao tratar da concessão de serviços públicos, havia sido expressa quanto a uma política tarifária mínima, que deveria necessariamente se pautar em pelo menos três vetores principais: o custeio da manutenção e expansão do serviço concedido, a justa remuneração do capital investido e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 167)⁹.

A fórmula adotada pela CF/1988 optou por uma menor densidade normativa, remetendo-se a matéria das concessões a um estatuto geral a ser elaborado pelo Legislador Ordinário, com uma pauta mínima expressamente imposta pelo artigo 175, parágrafo único da Constituição¹⁰. Ainda que se possa lamentar a economia do atual texto constitucional quando em comparação com o anterior, os diversos princípios (explícitos e implícitos) referentes à Ordem Econômica da CF/1988 permitem ao intérprete um balizamento razoavelmente seguro para aferir os limites do Estatuto Geral das Concessões, e, no que interessa diretamente ao assunto aqui tratado, aos limites da “política tarifária” a ser definida em Lei.

Assim, defende-se de início a premissa de que a política tarifária definida pelo Legislador Ordinário para os serviços públicos em geral (ou para uma determinada espécie em particular) não poderá se apartar dos princípios trazidos pelo próprio texto constitucional em seu Título VII, referente à Ordem Econômica da República Federativa do Brasil.

Em verdade, assumindo que os serviços públicos são espécie de um gênero atividade econômica¹¹, não há como se entender possível elidir

9 Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: [...] I - obrigação de manter serviço adequado; [...] II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e [...] III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

10 Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. [...] Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...] I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; [...] II - os direitos dos usuários; [...] III - política tarifária; [...] IV - a obrigação de manter serviço adequado.

11 A identificação de um gênero *atividade econômica* composto por *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito* é tese sustentada com maestria por EROS GRAU em monografia clássica no estudo do Direito Econômico. A posição adotada pelo Autor do presente trabalho toma-a como premissa, remetendo o leitor à leitura da obra mencionada, sobretudo de seu capítulo 3: GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo. Malheiros. 2003.

a incidência dos preceitos constitucionais trazidos pelo Constituinte Originário no mencionado Título VII da CF/1988. Dessa feita, o comando dado pelo artigo 175, parágrafo único não dotou o Legislador Ordinário de discricionariedade absoluta na formulação do estatuto das concessões, sendo necessário, sempre, aferir a compatibilidade seu labor com os limites gerais traçados pela Lei Maior.

É, pois, nesse diapasão, que a política tarifária instituída por lei sobre concessões de serviços públicos não pode se afastar, por exemplo, dos princípios do artigo 170 da CF/88, dentre os quais sói apontar os da função social da propriedade (art. 170, III), da defesa do consumidor/ usuário (art. 170, V) e o da livre concorrência (art. 170, IV). É dizer: a Constituição não permite a propositura de qualquer política tarifária na Lei Geral de Concessões, mas apenas de uma condizente com os preceitos vetores da ordem econômica nacional. Isto porque, como bem colocado por Eros Grau, “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”¹².

Feita essa ressalva inicial, pode-se desde já ver qual o parâmetro legal estabelecido para a nova política tarifária trazida pela Lei n° 8.987/95.

O artigo 9° da mencionada Lei foi expresso em identificar o ponto inicial da tarifa como o preço oferecido pela proposta vencedora do processo licitatório prévio à concessão do serviço público¹³. Não há necessidade, para os fins do presente trabalho, de se polemizar a aplicação do dispositivo mencionado com as hipóteses (muito numerosas, por sinal) das concessões outorgadas sem licitação prévia, particularmente comuns no setor de distribuição de energia elétrica. Está-se aqui a analisar, relembre-se, peculiaridade dos processos de revisão tarifária periódica das distribuidoras. Não há como (e, para todos os efeitos, nem por que) ignorar o caminho tomado pela história.

Tem-se, pois, como dito alhures, o estabelecimento de um regime de serviço pelo preço, regime este em que são estabelecidos tetos tarifários (price caps) com base na proposta feita pelo particular vencedor da licitação para a outorga do serviço delegado. O regime de teto tarifário utiliza-se de pressupostos empresariais objetivos, fundados na premissa de que o preço oferecido pelo licitante é suficiente para

12 GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo. Malheiros, 2003. p. 145.

13 Art. 9° A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

garantir a exploração adequada e proveitosa (remunerada de maneira justa) do serviço concedido.

Não há, como havia no regime anterior, uma preocupação inicial com os custos incorridos pelo concessionário para a prestação do serviço, que sequer são conhecidos (ao menos em tese) pelo Poder Concedente. O concessionário recebe sua tarifa com base em seu preço inicial e tem-se por satisfeito com a relação encargos/proveito do contrato por um determinado período de tempo.

Ora, é claro que como toda e qualquer relação jurídica de trato sucessivo duradoura, o contrato de concessão não pode ser relegado aos efeitos do tempo sem um tratamento protetivo especial. Afinal, a cláusula *rebus sic stantibus* pertence à seara da teoria geral do contrato, sendo, pois, aplicável também ao contrato de concessão de serviço público.

Veja-se, ademais, que o próprio artigo 9º da Lei nº 8.987/95 prevê normas de preservação da tarifa por meio de revisão (e de reajuste, apesar da omissão neste artigo) trazida pela lei, pelo edital da concorrência e pelo contrato de concessão. Trata-se, pois, da conhecida regra de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, expressamente presente no artigo 167 da CF/1967, mas não repetida de modo expreso pela atual Constituição.

Sucede, contudo, que a adoção do regime de serviço pelo preço, como já dito alhures, carece de mecanismos mais sofisticados que o simples reajustamento periódico das tarifas por meio de índice (específico, setorial ou geral) previsto no contrato e da conhecida revisão tarifária extraordinária, reservada para acontecimentos imprevistos ou a eles equiparados.

No setor de distribuição de energia elétrica em particular, o mero reajustamento periódico da tarifa inicial com base em índice de correção monetária pode levar a resultados insatisfatórios, dentre os quais premiar o concessionário com aumento de receita sem qualquer fundamento na sua diligência ou boa atuação gerencial.

De fato, a relação de exclusividade no fornecimento de energia elétrica a consumidores em um mercado cativo (regra geral nas concessões de distribuição) garante um incremento da receita da

concessão advinda do simples aumento natural da carga, quer pelo aumento de consumo dos usuários já presentes, quer pelo simples crescimento vegetativo do número desses. Ou seja, a receita tarifária do concessionário tem um nítido viés de alta com o crescimento vegetativo de seu mercado exclusivo, sem que para tanto o agente precise concorrer com qualquer conduta gerencial específica.

Tal fenômeno, aliado aos custos decrescentes da prestação do serviço advindos da amortização paulatina de seus investimentos, pode gerar um “descolamento” entre a remuneração originalmente pactuada e a realmente auferida pelo concessionário.

Ora, em situações como a narrada acima, o simples reajustamento por índice contratual provocaria um nítido aumento da remuneração do concessionário sem qualquer causa jurídica e, o que é pior, em detrimento da modicidade tarifária assegurada aos usuários.

Nesse particular, é oportuna a lembrança de que qualquer política tarifária haverá de ser composta de pelo menos dois elementos: a justa remuneração do capital investido pelo concessionário e a adequação (modicidade) da tarifa¹⁴. Mesmo que multívoco o termo (ou, como queiram alguns, de caráter aberto), pode-se adotar aqui o conceito de modicidade tarifária como a garantia da menor contraprestação possível para a justa remuneração do serviço concedido (um conceito de tarifa módica como, no seu limite, a tarifa necessária). E, sendo esta a premissa (a da tarifa necessária), o “descolamento” narrado nos parágrafos antecedentes provocará necessariamente um atentado ao seu caráter módico.

Dessa feita, o regime de tetos tarifários exige uma complementação capaz de captar o equilíbrio dinâmico da concessão e, portanto, operar, com o perdão da analogia, uma sintonia fina na equação financeira de contratos de duração tão longa como os de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica¹⁵.

14 Sobre o assunto, ver LOUREIRO, Luís Gustavo Kaercher. *Considerações Jurídicas Sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica*. p. 30-45. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 48, n. 276. Out. 2000.

15 Não se ignora parte da Doutrina que entende ser o assunto pertinente não ao equilíbrio econômico-financeiro, mas sim a um conceito de *justa remuneração*, muito comum ao Direito Anglo-Saxão. Veja-se, a propósito, a obra de LOUREIRO, Luís Gustavo Kaercher. op. cit.

Foi, pois, também para atender a essa peculiaridade setorial que se adotou o processo de revisão tarifária periódica no âmbito da ANEEL.

Conforme já relatado alhures, a doutrina clássica do Direito Administrativo previa a manutenção do equilíbrio econômico financeiro da concessão por meio de reajustes operados com o uso de índices e por revisões extraordinárias quando identificadas modificações posteriores imprevisíveis nas condições de prestação do serviço público. Não havia, nesse ponto, espaço para uma revisão periódica ou ordinária de tarifas, sem o acontecimento de qualquer evento da chamada álea extraordinária do contrato.

Mostra-se elucidativa, nesse ponto, a transcrição de trecho de obra de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim se pronunciou sobre o assunto¹⁶:

Já a revisão das tarifas é uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos. Assim, na revisão, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição. Isto ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer impacto de fatores supervenientes a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial. Tais fatores podem ser oriundos (a) de alteração unilateral do contrato (hipótese do art. 9º, §4º); (b) da superveniência de medidas de alcance geral expedidas pelo Poder Público sem relação com sua qualidade de concedente (fato do príncipe, a ser adiante explicado) e que agravam a equação inicial (como a elevação de tributos a que se refere o §3º do art. 9º), ou (c) ocorrências derivadas de eventos imprevisíveis que convulsionem a economia contratual (teoria de imprevisão e teoria das sujeições imprevistas, sobre as quais se falará mais além).

Resta evidente, pois, que o processo de revisão tarifária periódica não pode ser enquadrado em qualquer das categorias traçadas pelo ilustre autor, uma vez que não tem como fundamento a alteração do contrato, nem

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo. Malheiros. 2002. p. 662.

fatos da Administração ou mesmo fatos imprevisíveis. Trata-se apenas de mecanismo de conciliação entre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e o princípio básico da modicidade tarifária¹⁷.

Em verdade, há quem defenda que o raciocínio por trás do processo de RTP não se encontra na tradicional doutrina do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, delineada inicialmente pela “Escola Francesa do Serviço Público”. Segundo essa parcela da doutrina, as revisões ordinárias ou periódicas seriam corolários do sistema norte-americano de regulação econômica dos serviços de utilidade pública (não serviços públicos no sentido adotado no Brasil), mais preocupada com um conceito de justa remuneração do capital investido pelo particular¹⁸.

Onde, no entanto, encontrar a matriz legal dos processos de revisão tarifária periódica, já que ausente previsão legal expressa na Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos? A resposta encontra-se em interpretação sistemática da lei de criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, assim como nas disposições gerais da Lei nº 8.987/95.

De fato, como já dito linhas acima, o artigo 9º da Lei nº 8.987/95 previu a necessidade de mecanismos de revisão tarifária sem, contudo, indicar qualquer disciplina sobre sua periodicidade. Assim, e preliminarmente, apenas o apego ao pensamento clássico quanto ao binômio reajuste anual/revisão extraordinária serviria como entrave à adoção de norma (regulamentar ou mesmo contratual) sobre revisões periódicas.

A Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, primeira das agências reguladoras criadas no processo de “privatização” ocorrido no final do século XX no Brasil, foi pioneira em dispor sobre o tema em seus regulamentos. Instituída para regular setor de infra-estrutura em que os investimentos carecem de um longo período de maturação, a ANEEL foi dotada de uma ampla competência regulatória, que inclui inclusive a necessária para regulamentar por atos próprios a Lei nº 9.427/96 e a 9.074/95¹⁹.

17 Veja-se, a propósito, a opinião de LOUREIRO, op. cit. p. 41.

18 Ver interessante proposição de LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *A revisão Ordinária das Tarifas de Energia Elétrica*. *Gazeta Mercantil*, p. 2, 17 set. 2002.

19 Eis a redação do artigo 3º da Lei nº 9.427/96: “Art. 3º Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V, VI, VII, X, XI e XII do art. 29 e no art. 30 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no §1º, compete à ANEEL [...]”

Houve, assim, previsão legal dotando a ANEEL da competência para estipular normas regulamentares sobre o cálculo e homologação das tarifas das concessionárias, seu reajuste e revisão.

Ademais, não é sem valor ressaltar que os contratos de concessão celebrados após a publicação a Lei nº 9.427/96 trouxeram regras expressas quanto à realização de revisões tarifárias periódicas, geralmente transcritas na subcláusula sétima, da cláusula sétima do ajuste. Veja-se, a propósito, dispositivo presente no contrato de concessão celebrado entre a União (Poder Concedente) e a Companhia Energética do Ceará – COELCE, em 13 de maio de 1.998:

Sétima Subcláusula - A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será procedida um ano após o quarto reajuste anual concedido, conforme previsto na Terceira Subcláusula desta cláusula; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 4 (quatro) anos.

Oitava Subcláusula - No processo de revisão das tarifas, estabelecido na subcláusula anterior, a ANEEL estabelecerá os valores de X, que deverão ser subtraídos ou acrescidos do IVI ou seu substituto, nos reajustes anuais subseqüentes, conforme descrito na Subcláusula Sexta. Para os primeiros 4 (quatro) reajustes anuais, o valor de X será zero.

Vê-se, portanto, que a existência de revisões tarifárias periódicas para o serviço de distribuição de energia elétrica encontra respaldo em Lei, regulamento e contrato, sendo de legitimidade inquestionável.

Resta, assim, analisar dois dos mecanismos mais significativos da RTP: o uso do “Fator X” e a “empresa de referência”.

I - implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.”

2 FATOR X, GANHOS DE ESCALA E COMPARTILHAMENTO COM USUÁRIOS

A lei de criação da ANEEL foi também a primeira a trabalhar com o conceito de serviço pelo preço estabelecido pelo artigo 9º da Lei nº 8.987/95, formulando um mínimo nocional a ser adotado no âmbito do setor elétrico. De fato, assim estabeleceram os artigos 14 e 15 da Lei nº 9.427/96:

Art. 14. O regime econômico e financeiro da concessão de serviço público de energia elétrica, conforme estabelecido no respectivo contrato, compreende:

I - a contraprestação pela execução do serviço, paga pelo consumidor final com tarifas baseadas no serviço pelo preço, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - a responsabilidade da concessionária em realizar investimentos em obras e instalações que reverterão à União na extinção do contrato, garantida a indenização nos casos e condições previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nesta Lei, de modo a assegurar a qualidade do serviço de energia elétrica;

III - a participação do consumidor no capital da concessionária, mediante contribuição financeira para execução de obras de interesse mútuo, conforme definido em regulamento;

IV - apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade;

V - indisponibilidade, pela concessionária, salvo disposição contratual, dos bens considerados reversíveis.

Art. 15. Entende-se por serviço pelo preço o regime econômico-financeiro mediante o qual as tarifas máximas do serviço público de energia elétrica são fixadas:

I - no contrato de concessão ou permissão resultante de licitação pública, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II - no contrato que prorogue a concessão existente, nas hipóteses admitidas na Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

III - no contrato de concessão celebrado em decorrência de desestatização, nos casos indicados no art. 27 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

IV - em ato específico da ANEEL, que autorize a aplicação de novos valores, resultantes de revisão ou de reajuste, nas condições do respectivo contrato.

Inovando na tradição administrativista nacional, o artigo 14, IV da Lei nº 9.427/96 trouxe norma sobre o regime jurídico-financeiro das concessões dos serviços públicos de energia elétrica que determinava “a apropriação de ganhos de eficiência empresarial e da competitividade” (art. 15, IV). Não é outro o fundamento legal para o estabelecimento do “fator X” mencionado linhas acima.

Como já ressaltado alhures, o aumento da remuneração do concessionário pelo simples crescimento vegetativo do mercado cativo é conseqüência indesejada da exploração exclusiva do serviço público concedido. É, portanto, efeito rechaçado por um regime jurídico pautado na constância de uma relação de encargos/proveito advinda do contrato e na modicidade das tarifas.

Para remediar tal efeito, a regulação econômica adotada pela ANEEL se utiliza do chamado “fator X”, adendo metodológico do sistema de “price caps”.

Não é outra, aliás, a definição da própria ANEEL sobre os propósitos do mencionado instituto, conforme visto no artigo 2º, IX da Resolução Normativa nº 234/2.006:

Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução Normativa são adotados os conceitos a seguir:

[...]

IX – Fator X: percentual a ser subtraído do Indicador de Variação da Inflação – IVI, quando da execução dos reajustes tarifários anuais entre revisões periódicas, com vistas a compartilhar com os consumidores os ganhos de produtividade estimados para o período;

Ora, as idéias até aqui relatadas, aderentes à “escola clássica” do Direito Administrativo brasileiro, tal como relatado na introdução, levam a crer que o “fator X” seria mecanismo adotado para o “calibramento” do equilíbrio econômico-financeiro das concessões baseadas no regime de tetos tarifários estabelecido pelas Leis nº 8.987/95 e 9.427/96.

Na prática, funciona como percentual abatido do índice de reajustamento tarifário previsto no contrato de concessão, destinado a compensar os ganhos do concessionário com o crescimento de seu mercado exclusivo.

A aplicação do “fator X” resolve (ou minora) o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão no que tange ao crescimento vegetativo do mercado exclusivo. Nada faz, todavia, para incentivar uma gestão eficiente do serviço concedido ao particular.

De fato, já foi dito acima que o procedimento de revisão tarifária periódica não prescinde de uma análise dos custos envolvidos na prestação do serviço outorgado. Trata-se de parâmetro objetivo para a formação da tarifa, sob pena de, inevitavelmente, pôr-se em perigo a prestação “adequada” do serviço pelo concessionário.

Há, contudo, uma questão de princípio a ser seguida: o processo de revisão tarifária não pode simplesmente reproduzir os custos apresentados ou requeridos pela concessionária cuja tarifa encontra-se em análise, sob pena de retrocesso ao regime do serviço pelo custo.

Nesse diapasão, a ANEEL tem utilizado sua competência regulatória e conhecimentos técnicos para, aferindo dados objetivos coletados junto ao mercado (nacional e internacional), traçar parâmetros para a definição dos custos “eficientes” a serem suportados pela tarifa cobrada dos usuários do serviço concedido.

Ora, parece evidente que os usuários do serviço concedido não podem ser onerados com o ressarcimento de custos ineficientes da concessionária, sob pena de se observar verdadeira transferência do risco gerencial, naturalmente alocado na esfera do titular do negócio para a responsabilidade dos tomadores do serviço. Admitir tal hipótese equivaleria a premiar o mau gestor de um negócio de terceiro, em absoluta contradição a um ordenamento primado na ética e proteção aos administrados (afinal, a titularidade do serviço público de distribuição de energia elétrica permanece com a União, que apenas delega a sua execução ao particular, explorador sob sua conta e risco da atividade).

Ocorre, ademais, que a concessionária de distribuição opera em regime de exclusividade (“monopólio natural”) e, portanto, encontra-se naturalmente imune aos efeitos advindos da competição, força que propala a busca constante de níveis maiores de eficiência na atividade empresarial.

Os desafios decorrentes das situações de monopólios não vedados por lei (assim como daqueles por ela instituídos) foram objeto de análise detida da teoria da regulação econômica, sobretudo nos Estados Unidos da América. De fato, o próprio conceito original de regulação econômica lá fundado revolve exatamente sob este ponto: sanar as chamadas “falhas de mercado”.

Esse conceito restrito de regulação foi amplamente divulgado pela chamada “Escola de Chicago”²⁰, que, embora atuando em regime jurídico absolutamente distinto do observado nos países de Direito Romano-Germânico, logrou obter enorme influência nos países latino-americanos (não menos no Brasil).

De fato, a implementação dos sistemas de regulação econômica de origem americana encontrou campo fértil no país, como já demonstrado pela adoção do sistema de tetos tarifários (price caps) e da aplicação do “fator X” no âmbito da revisão tarifária periódica dos serviços públicos de distribuição de energia elétrica a partir de 1998.

Não surpreende, dessa feita, a adoção de um outro método regulatório proposto pela doutrina econômica americana, a saber, o mecanismo da competição paramétrica (yardstick competition), fundamento lógico para a formulação da empresa de referência aqui estudada.

3 COMPETIÇÃO PARAMÉTRICA, VIRTUAL OU REGULATÓRIA (YARDSTICK COMPETITION)

A doutrina econômica norte-americana desenvolveu uma posição bastante crítica quanto aos chamados “monopólios naturais” reconhecidos legalmente pelos Estados Unidos, sobretudo aqueles em setores considerados como de utilidade pública.

Talvez o principal argumento contrário à disciplina ainda vigente na década de 1980 para os monopólios permitidos (franchised monopolies) fosse a aplicação do regime de serviço pelo custo para o cálculo de sua remuneração²¹. A remuneração de serviço pelo custo, segundo entendem os adeptos da “Escola de Chigaco”, implica um

20 Ver, especialmente: STIGLER, George. *The theory of economic regulation*. *Bell Journal of Economics and Management Sciences*. v. 2. n. 1. p. 3-21. Spring 1971. e PELTZMAN, Sam. *Toward a more general theory of regulation*. *Working Paper* do National Bureau of Economic Research, Inc. Stanford, Abril de 1976.

21 SHLEIFER, Andrei. A theory of yardstick competition. *Rand Journal of Economics*. v. 16. n. 3. p. 319-327, 1985. Autumn.

desestímulo à busca pela eficiência operacional e, em última análise, uma cobrança injusta dos usuários do serviço.

Atentos, portanto, à necessidade de induzir os efeitos benéficos da concorrência em setores pontuados por “monopólios naturais” (exemplo claro da distribuição de energia elétrica), os economistas da era Reagan-Thatcher passaram a defender o incremento dos aparelhos regulatórios do Estado.

Interessa, para o objeto do presente trabalho, a proposição da chamada yardstick competition. Trata-se de proposta regulatória difundida na década de 1980, cujo principal objetivo era o de estimular empresas monopolísticas a adotar uma gestão mais eficiente, focada na redução de custos operacionais.

Em que pese a complexidade das explicações econométricas, pode-se ressaltar aqui as premissas fundamentais da teoria como (i) o reconhecimento de que o preço da utilidade disponibilizada pela firma detentora de monopólio natural é pautada pelos seus custos operacionais e, portanto, a regulação econômica deve evitar o repasse integral de custos não eficientes/prudentes para as tarifas praticadas; (ii) a assimetria de informações entre firma monopolística e agente regulador é muito grande, não sendo plausível crer na capacidade de o regulador auditar os custos fornecidos pelo agente regulado; (iii) os custos eficientes podem ser deduzidos pela “performance” de firmas com atividade similar à monopolista, devendo tais dados ser utilizados pelo regulador para a formação de um paradigma (benchmark) para a análise do caso concreto.

O modelo de competição virtual ou paramétrica (yardstick) proposto prima, assim, pela concessão de cobertura tarifária apenas para os custos consistentes com os parâmetros de eficiência previamente demonstrados pelo agente regulador. Desse modo, estimula-se a entidade detentora do monopólio natural a buscar nível de eficiência maior do que o representado pelo paradigma proposto, uma vez que nesse caso poderá se apropriar de um “excedente do regulador”.

Reversamente, a falha em alcançar os níveis de eficiência utilizados como paradigma pelo regulador reduzirá o proveito econômico auferido da exploração da atividade, consistindo, pois, em verdadeiro aviso quanto aos riscos de permanecer na prática de uma gestão descuidada do negócio.

Tal como proposto por seus formuladores originais, o modelo da competição paramétrica (yardstick) deve ser levada às últimas conseqüências, inclusive com a redução à insolvência ou quebra das firmas ineficientes, sem que tal possibilidade deva em momento algum sensibilizar o regulador. Veja-se, pela simplicidade da exposição, a posição de SHLEIFER ao propor a teoria aqui explanada²²:

É essencial que o regulador se comprometa a não atentar para as reclamações da firma e a estar preparado para aceitar que firmas decretem falência se escolherem praticar custos a níveis ineficientes. Ao menos que o regulador possa ameaçar firmas ineficientes com perdas financeiras de maneira crível (ou, alternativamente, possa provar em juízo que as firmas escolheram ser ineficientes e que sua conduta foi imprudente), a redução de custos não poderá ser aplicada.

É de se ressaltar, contudo, que a definição do paradigma para a análise da eficiência não é (nem poderia ser, obviamente) arbitrário. O modelo de regulação econômico propõe a criação de uma firma competidora virtual (shadow firm no original em inglês, sendo “empresa de referência” a terminologia utilizada pela ANEEL), mas com custos operacionais compostos a partir do desempenho de firmas reais e similares à concessionária analisada²³.

No âmbito da ANEEL, ainda que virtual, a empresa de referência utilizada como paradigma (benchmark) para a aferição da eficiência da concessionária cujas tarifas são revisadas não é criação arbitrária ou descolada da realidade. Trata-se, em verdade, de atividade administrativo-regulatória que conta com ampla e fundamentada exposição de motivos, sob pena de se constituir em exercício arbitrário de poder.

A fundamentação das premissas metodológicas utilizadas pela agência reguladora do setor elétrico para a composição da empresa de referência ocupa boa parte da Resolução Normativa nº 234, de 31 de outubro de 2008, ato regulatório inclusive com mais de 100 páginas.

22 SHLEIFER, op. cit. p. 323. “It is essential for the regulator to commit himself not to pay attention to the firms’ complaints and to be prepared to let the firms go bankrupt if they choose inefficient cost levels. Unless the regulator can credibly threaten to make inefficient firms lose money (or, alternatively, can prove in court that firms chose to be inefficient and that their practices were imprudent), cost reduction cannot be enforced”. Tradução livre do original.

23 SHLEIFER, op. cit., p. 322.

Veja-se, contudo, que a “essência” da empresa de referência e dos critérios para sua elaboração foi bem resumida na introdução do Anexo I do ato regulatório mencionado, sendo oportuna sua transcrição no presente momento. Ei-la, portanto²⁴:

I.1 – METODOLOGIA PARA DETERMINAÇÃO DOS CUSTOS OPERACIONAIS EFICIENTES

A metodologia adotada para determinação dos custos operacionais eficientes corresponde ao Modelo da Empresa de Referência e baseia-se na elaboração dos processos e atividades que devem ser realizados por uma distribuidora de energia elétrica para garantir que o serviço seja prestado a um nível de qualidade mínimo.

A Empresa de Referência é única para cada área de concessão, cumprindo os processos e atividades necessários para manter inalterada a vida útil das instalações vinculadas à prestação do serviço público de distribuição, considerando a extensão da rede elétrica e o montante de ativos específicos, bem como a gestão comercial e as atividades de direção e administração central e regional.

O conceito de Empresa de Referência está associado a três premissas básicas: i) eficiência de gestão; ii) consistência entre o tratamento regulatório dado para os custos operacionais e para a avaliação e remuneração dos ativos; e iii) condições específicas de cada área de concessão.

A metodologia de Empresa de Referência observa as seguintes macro etapas:

1) Identificação dos processos inerentes à atividade de distribuição de energia elétrica, com descrição das atividades que compõem cada um deles. Esses processos e atividades são aqueles que implicam atuação direta sobre consumidores ou instalações. Na área comercial, são as atividades do ciclo comercial regular, atendimento e serviço técnico. Na área técnica, são as atividades de operação e manutenção das instalações de distribuição;

2) Estabelecimento do custo eficiente associado a cada um dos processos e atividades, adotando-se como referência preços de

²⁴ Anexo I da REN nº 234/2.006 da ANEEL. O texto transcrito encontra-se na página 6 do documento e não está organizado em artigos.

mercado. Para isso, calcula-se o custo eficiente com base na definição das principais tarefas que compõem a atividade e, para cada tarefa, a quantidade de recursos humanos e materiais necessários e seus respectivos valores de mercado. Considera-se o custo para cada um dos recursos necessários à tarefa; e

3) Projeção de uma estrutura de pessoal e recursos para execução de processos e atividades centralizados, supervisão, gerenciamento e direção da empresa. É projetada com base nos recursos humanos, materiais e serviços e os custos de processos e atividades descritos nas etapas anteriores. O volume de atividades na área comercial e na área de operação e manutenção da rede exige determinada quantidade de profissionais para funções gerenciais, que assegurem o funcionamento adequado dessas atividades específicas. Esses profissionais são alocados na estrutura de processos e atividades centralizados.

Até o presente momento, insistiu-se na explanação da empresa de referência como medida de regulação econômica, visando a apresentar o contexto fático e teleológico por trás de sua formulação teórica. Resta, no entanto, focar sobre suas implicações jurídicas, assim como na análise de sua consistência com o modelo legal vigente no Brasil.

De fato, em que pese a natural multidisciplinaridade do fenômeno regulatório, não há como se ignorar a pouca adesão dos estudiosos da economia aos cânones da legalidade e da peculiar forma de atuação do Direito. Estão eles preocupados em descrever fenômenos segundo uma relação de causa e efeito lógica, precisa e, na maioria das vezes, de aplicação constante e uniforme para todos os casos. Quem quer que tenha um mínimo de contato com o Direito como forma de disciplina social, reconhece-o como um universo de regras e princípios que, sem serem necessariamente antagônicos, não podem ser reduzidos a relações de causa e efeito diretas, aceitando, ademais, uma grande flexibilidade na sua aplicação prática.

A par das peculiaridades ressaltadas, faz-se necessário reconhecer uma ânsia transformadora no Direito (sem que se fale na ânsia condutora da maioria dos juristas). É dizer, os juristas não se contentam em reconhecer no Direito uma ciência descritiva da realidade a ele pré-existente. Sem negar a força dos fatos na conformação do Direito, afirma-se a pretensão desse último em plasmar, mesmo minimamente, a realidade. Há, pois, uma relação muito mais complexa entre o Direito e a realidade fática que entre essa última e a economia.

Ora, a diversidade de foco só poderia resultar em diversidade de objetivos. É, pois, inegável a falta de identidade entre regulação econômica e regulação jurídica das atividades econômicas.

Sobre a primeira (regulação econômica), Antoine Jemmaud opinou ser:

[...] uma das formas de atuação pública na economia, alternativa da intervenção propriamente dita: a regulação visa à correção das deficiências do mercado, por meio de edição de regras [de direito] ou pela instituição de autoridades de fiscalização²⁵

Ora, a edição de normas jurídicas sobre a atividade não basta para descaracterizar a regulação econômica. Em um Estado de Direito, conforme art. 1º da Constituição de 1988, não há como se intervir na sociedade sem a edição de normas jurídicas. Assim, tem-se que a distinção entre regulação econômica e regulação jurídica da economia encontra-se não propriamente nos instrumentos, mas, talvez no fim pretendido por cada uma.

Assim, como demonstrado nas palavras já lançadas ao longo deste texto, a regulação econômica, em especial a de corte liberal anglo-saxônico, preocupa-se em emular regras de um mercado competitivo. Este é tido como um valor em si mesmo e um objetivo constante a ser alcançado e mantido.

Já a regulação jurídica da economia persegue também outros fins, variantes conforme a ideologia aceita (abertamente ou não) pelos seus formuladores.

Entre os brasileiros, o direito regulatório vem sendo encarado como um processo de funcionalização das atividades privadas, que passam a ser indiretamente estimuladas ou desestimuladas conforme se adéqüem às finalidades pretendidas pelo Estado.

Nesse diapasão, o fenômeno foi bem descrito por Marçal Justen Filho em artigo cujo trecho é transcrito adiante²⁶:

25 JEMMAUD, Antoine. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (et alii). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

26 JUSTEN Filho, Marçal. O Direito Regulatório. *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano IX. n. 43, p. 25-26, 2007.

Mas a conceituação de regulação reflete concepções ideológicas variadas, o que se reflete numa disputa sobre as funções reservadas ao Estado. A natureza específica da regulação deriva não tanto das características intrínsecas (estáticas) da organização estatal e dos instrumentos de que se vale, mas, muito mais, dos fins buscados pelo Estado e do modo como se desenvolve sua atuação. Isso equivale a afirmar que a existência de um Estado Regulador se caracteriza pela eleição da intervenção regulatória como instrumento político fundamental. Toda atuação estatal – em qualquer modelo de Estado – é vinculada à realização dos princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. O modo de realizar tal fim, num Estado Regulador, consiste na atuação regulatória, o que se traduz basicamente na edição de regras e outras providências orientadas a influir sobre a atuação das pessoas e instituições. Portanto, a concepção de intervenção estatal indireta assume papel comparavelmente muito mais relevante do que se passava no momento anterior. [...]

Já o modelo de Estado regulatório exige uma intervenção muito mais consistente, de natureza interna. O Estado retirou-se do cenário econômico. As necessidades coletivas devem ser satisfeitas pela atuação apenas dos próprios particulares. Mas esse afastamento estatal não o impede de exercer seu novo papel, constringendo os limites, os fins e a natureza da atividade privada.

Especificamente sobre o modelo de regulação jurídica da economia adotada nos últimos anos, no Brasil inclusive, opinou o mesmo autor em outro trecho de sua obra já citada²⁷:

A regulação estatal peculiar ao novo modelo retrata-se na ampliação significativa das competências públicas atinentes ao controle-regulação das atividades desempenhadas pelos particulares. O Estado determina os fins primordiais a realizar e os meios utilizáveis para tanto. As decisões empresariais privadas, inclusive no âmbito tecnológico, dependem da aprovação estatal prévia ou de fiscalização permanente. Reduz-se sensivelmente a margem de autonomia privada, produzindo-se aquele fenômeno da funcionalização das atividades desempenhadas pelos particulares, tal como anteriormente observado.

²⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 26.

Assim, a adoção do cabedal teórico da regulação econômica haverá de ser, ao menos no Brasil, contrastada com os limites jurídicos pertinentes e instilada com os princípios e garantias trazidos pela CF/1988.

Em primeiro lugar, reconhece-se a revisão tarifária periódica como processo com dois objetivos complementares: primeiro, manter o equilíbrio econômico-financeiro e, segundo, garantir que a tarifa remunere uma gestão eficiente do serviço delegado²⁸.

O primeiro dos objetivos não apenas é aceito, mas em verdade exigido de todo contrato comutativo de longo prazo celebrado entre particular e Poder Público, como notoriamente visto no artigo 37, XXI da Constituição Federal²⁹.

Já no que tange à adoção do mecanismo da competição paramétrica ou virtual no setor de distribuição de energia elétrica, foi dito que seu objetivo é a indução de uma gestão racional e eficiente do serviço público delegado, a fim de se obter uma redução de seus custos operacionais (e de seu ônus para os usuários, por decorrência última).

Assim, percebe-se uma aderência axiológica entre os fins do método regulatório descrito (*yardstick competition*, “empresa de referência”) aos valores e princípios adotados pela CF/1988, neste caso específico, em seus artigos 37, caput (princípio da eficiência administrativa) e 170, V (defesa do usuário/consumidor, como decorrência da cobrança de uma tarifa justa).

Nesse ponto, não é inoportuno salientar a titularidade estatal dos serviços públicos no regime constitucional brasileiro (art. 175 da CF/88). Assim, mesmo quando prestados por delegatários, não escapam

28 A redação do artigo 2º, II da REN 234/2.006 da ANEEL é a seguinte: “Art. 2º Para fins e efeitos desta Resolução Normativa são adotados os conceitos a seguir: [...] [§]II – Reposicionamento Tarifário: redefinição do nível das tarifas de energia elétrica reguladas, em nível compatível com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão;”

29 “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: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

da incidência dos princípios constitucionais referentes à atividade administrativa, dentre os quais o da obrigação de manter atividade adequada para seus usuários (§3º, I, in fine do art. 37).

Desse modo, o estímulo a uma gestão eficiente dos custos operacionais das concessionárias (por meio de cobertura tarifária seletiva) promovido no âmbito da empresa de referência é medida teleologicamente compatível com os princípios atinentes aos serviços públicos trazidos pela Constituição. Por certo, não se mostra plausível defender tese de que o concessionário de serviço público teria “direito a uma remuneração por custos ruinosos ou ineficientes”, ou mesmo faculdade de prestar serviço público inadequado. Isso representaria, já no plano constitucional, uma lesão ao dever expressamente previsto no art. 175, § único, IV da Constituição.

Já no âmbito infraconstitucional, há dois diplomas legais de importância crucial para a matéria aqui aventada.

Primeiro, a Lei Geral de Concessões e Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95). Referido diploma legal adotou o regime do serviço pelo preço, cuja natureza e conseqüências já foram abordadas nas linhas acima.

Previu, ademais, em seu artigo 9º, a existência de mecanismos para a preservação da adequação da tarifa (em verdade, do equilíbrio econômico-financeiro da concessão fundado na tarifa) no edital e no contrato de concessão. Não há qualquer previsão concreta sob a periodicidade dos mecanismos, que pode, como defendido acima, ser definida pelo contrato de concessão ou por ato regulatório.

No caso dos contratos de concessão do serviço público de distribuição de energia elétrica, houve previsão expressa quanto à existência de revisões tarifárias periódicas, sendo estas pautadas expressamente pelo estímulo à eficiência e à modicidade da tarifa.

Por outro lado, é necessário ter em mente que o equilíbrio econômico-financeiro garantido é o da concessão, e não do concessionário. A distinção faz-se oportuna porque a concessão pressupõe uma gestão eficiente e custos operacionais racionais, como corolário de um serviço adequado (art. 6º da Lei nº 8.987/95). Assim, as tarifas devem remunerar uma gestão prudente da concessão, e não condutas ineficientes do concessionário do serviço delegado.

Tanto assim, que a Lei nº 8.987/95 foi expressa em prever como motivo para a rescisão do próprio contrato de concessão a perda pelo concessionário das condições econômicas para a prestação do serviço adequadamente (art. 38, §1º, IV), assim como sua falência (art. 35, VI), hipóteses que não se coadunam com a gestão eficiente do contrato.

Em segundo momento, há que se mencionar o estabelecimento de regime econômico peculiar para os contratos de concessão de serviços públicos de energia elétrica pelo artigo 14 da Lei nº 9.427/96. Tal regime, como explanado alhures no presente trabalho, inclui a apropriação pelo usuário do serviço dos ganhos de escala e de eficiência empresarial por meio de metodologia própria definida por ato regulatório da ANEEL (“fator X”).

Assim, tem-se que, malgrado a diversidade genética entre os sistemas que deram origem aos dois principais mecanismos utilizados pela ANEEL na RTP das distribuidoras de energia elétrica, conclui-se que sua adoção não se mostra de modo algum incompatível com o marco jurídico brasileiro.

4 CONCLUSÃO

As últimas duas décadas do século XX mostraram-se como ponto de inflexão na política brasileira concernente ao papel do Estado na economia nacional. A propagação de um alegado consenso quanto à necessidade da diminuição da intervenção direta na economia e um fortalecimento da iniciativa privada provocou uma revisão do marco regulatório da concessão de serviços públicos.

Pelo menos de 1995, primou-se por uma gestão mais eficiente dos serviços públicos no país, inicialmente com a substituição do regime da tarifa pelo custo para o da tarifa pelo custo. O movimento foi reforçado pela adoção de mecanismos econômicos que induziam uma gestão mais eficiente dos serviços delegados, assim como a implantação de modelos econômicos sugeridos por acadêmicos norte-americanos.

A Agência Nacional de Energia Elétrica, primeira das agências reguladoras brasileiras a ser implantada, implantou um processo de revisão tarifária periódica das concessionárias de distribuição de energia elétrica, fazendo uso dois mecanismos até então estranhos à tradição jurídica nacional, o compartilhamento dos ganhos de escala e eficiência empresarial (“fator X”) e a competição paramétrica ou virtual em mercados monopolísticos (yardstick, por meio de uma “empresa de referência”).

Os institutos utilizados pela ANEEL na RTP, conquanto criados em ordem jurídica de matiz distinto da brasileira, não se mostraram incompatíveis com a ordem constitucional instaurada a partir de 1.988, estando, ademais, fundamentados solidamente em base constitucional e legal.

O processo de revisão tarifária periódica, com o uso dos instrumentos peculiares aqui revisados, requer ainda mais estudos por parte da doutrina jurídica nacional, devendo se constituir em importante topos do novo Direito Regulatório adotado pelo Brasil.

5 REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de (et al). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (et al). *Direito Regulatório. Temas Polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- _____. *Parcerias na Administração Pública*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JOSKOW, Paul J. *Markets for Power in the United States: An Interim Assessment*. Working Paper 05-20. September 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=845785>>. Acesso em: 10 dez. 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. O Direito Regulatório. In.: *Interesse Público*. Belo Horizonte, ano IX, n. 43, p. 19-40, 2007.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2005.

LANDAU, Elena (et al.). *Regulação Jurídica do Setor Elétrico*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. A revisão Ordinária das Tarifas de Energia Elétrica. *Gazeta Mercantil*, p. 02, 17 set. 2002

_____. Considerações Jurídicas Sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 48, n. 276, p. 30-45, out. 2000.

_____. Introdução ao Regime Jurídico da Indústria Elétrica – Premissas técnicas e Econômicas. *Revista do IBRAC*. v. 14, n. 6, p. 95-130, 2007.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Agências reguladoras independentes : fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de (et al). *Agências Reguladoras*. São Paulo, Atlas. 2002.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. *Working Paper* n. 133. Center for Economic Analysis of Human Behavior and Social Institutions. April 1976.

SHLEIFER, Andrei. A theory of yardstick competition. *Rand Journal of Economics*. v. 16, n. 3, p. 319-327, Autumn 1985.

STIGLER, George. The theory of economic regulation. *Bell Journal of Economics and Management Science*, n. 3, p. 3-18, 1971.

WALD, Arnaldo. Direito das Concessões. *Série Grandes Pareceristas*. v. 3. Rio de Janeiro. América Jurídica. 2004.

QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO A LEI 8.742/93

Wagner de Oliveira Pierotti
Procurador Federal
Mestre em direito constitucional
Especialista em direito público e privado

SUMÁRIO: Introdução; 1 Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; 2 Lei 10.689/03 – Programa nacional de acesso à alimentação; 3 Da burla ao princípio constitucional da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço; 4 Da impossibilidade de o magistrado atuar como legislador positivo; 5 Conclusões; Referências.

RESUMO: O § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, conhecida como a Lei Orgânica da Assistência Social, malgrado já ter sido objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, declarando constitucional o dispositivo sob análise, ainda hoje desperta novas interpretações e teses no sentido de estender o benefício assistencial a famílias cuja renda per capita seja superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, isto em face da Lei 10.689/03, que dispôs acerca do Programa Nacional de Alimentação, que aduz que para ser beneficiário das ações dirigidas ao combate à fome e à promoção da segurança alimentar e nutricional, a família há de comprovar que a sua renda per capita seja de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo. Por seu turno, o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03, em seu artigo 34, estabelece que o benefício de Prestação Continuada concedido a qualquer membro da família idoso, não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita. Em função deste abrandamento, indaga-se se a renda de algum benefício previdenciário do idoso membro da família, que seja de mesmo valor do benefício assistencial (ou até mesmo inferior) será ou não levado ao cálculo da renda per capita? Ou se o benefício de prestação continuada, acaso percebido por um deficiente, pertencente à família do(s) idoso(s), será levado ou não em conta no cálculo da renda per capita. Estas são questões intrigantes que serão analisadas em pormenores no decorrer deste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: Idoso. Deficiente. Lei nº 8.742/93. Lei nº 10.689/03. Lei nº 10.741/03.

ABSTRACT: § 3 of Article 20 of Law 8742/93, know as the Organic Law of Social Welfare, despite having already been the subject of direct action of unconstitutionality, reject by the Supreme Court to declare constitutional the device under review, still arouses new interpretations and theories in order to extend the benefit assistance to families whose per capita income is more than $\frac{1}{4}$ of the minimum wage in the face of Law 10.689/03, which was given about the National School Feeding Program, which adds that to be beneficiary of actions aimed at fighting hunger and promoting food and nutrition security, the family has to show that its per capita income is up to $\frac{1}{2}$ minimum wage. In turn, the Elderly Statute - Law 10.741/03, in its article 34 provides that the benefit of Continued Service granted to any elderly family member, not be counted for purposes of calculating the per capita income. Due to this slowdown, asks whether the income of any security benefits for the elderly member of this family, which is the same value of the benefit of care (or even less) is not taken or the calculation of income per capita? Or if the benefit to provide ongoing design realized by poor, belonging to the family (s) old (s), or not be taken into account in calculating the income per capita. These are intriguing questions that will be analyzed in detail throughout this article.

KEYWORDS: Elderly. Handicapped. Law No. 8742/93. Law No. 10.689/03. Law No. 10.741/03.

INTRODUÇÃO

Desde o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, em 27 de agosto de 1998, declarando o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/1993¹, constitucional, muitas teses chegam diariamente ao Poder Judiciário no sentido de se conceder o benefício assistencial ao idoso ou ao deficiente inseridos em família cuja renda per capita seja superior a ¼ do salário mínimo.

Contudo, duas questões chamam mais a atenção e despertam uma maior dificuldade no seu trato que são as enumeradas a seguir:

- i. O Estatuto do idoso – Lei 10.741/2003, em seu artigo 34, aduz:

Art. 34 [...]

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere o LOAS.

- ii. A Lei que criou o programa nacional de acesso à alimentação – Lei 10.689/03, onde, em seu § 2º, do artigo 2º, dispõe:

Art. 2º. O Poder Executivo definirá:

[...]

§ 2º Os benefícios do PNAA serão concedidos, na forma desta Lei, para unidade familiar com renda mensal per capita inferior a meio salário mínimo.

Deveras, como já adiantado, a aplicação destes dispositivos legais tem causado grande discórdia no âmbito do Poder Judiciário, especialmente porque estende o Benefício de Prestação Continuada a pessoas cuja renda mensal per capita ultrapassa o limite de ¼ (um quarto) do salário mínimo.

1 Lei 8.742/1993:

Art. 20 [...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a ¼ (um quarto) do salário mínimo.

1 LEI 10.741/2003 – ESTATUTO DO IDOSO

Do dispositivo do parágrafo único, do artigo 34, da lei acima, é possível aferir o seguinte: Imaginemos um casal de idosos, onde um deles já receba o benefício de Prestação de Continuada.

Se não existisse o artigo de lei acima, o outro cônjuge que não fosse agraciado pelo benefício assistencial, jamais poderia sê-lo, pois a renda per capita do casal seria superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Em face desse abrandamento, a renda que um dos componentes recebe a título de Benefício de Prestação Continuada não poderá ser computada para fins de apuração da renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Daí é possível concluir que, afastando da renda mensal o benefício de Prestação Continuada, já percebido por um deles, para fins de apuração da renda mensal per capita, certamente este casal de idosos terá, cada um deles, direito ao Benefício Assistencial, recebendo, os dois, o equivalente a dois salários mínimos de renda mensal a título de Benefício de Prestação Continuada.

Nesse sentido, surge a indagação: Integrantes do grupo familiar do idoso que recebem Aposentadorias por Tempo de Contribuição, por Idade ou mesmo Benefício Assistencial concedido em razão da qualidade de deficiente, que faz com que a renda mensal per capita familiar seja superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo obstam ou não a concessão do Benefício de Prestação Continuada? Entendemos que sim. Vejamos.

Deveras, fruto de interpretações equivocadas, ocorrem abusos, especialmente do Poder Judiciário, na aplicação deste dispositivo de lei, pois a lei é clara que somente afasta-se do cômputo da renda per capita os benefícios assistenciais concedidos aos idosos.

Isto ocorre em função de interpretações extensivas, isoladas e errôneas do Estatuto do Idoso, a fim de se conceder o benefício de Prestação Continuada quando um dos componentes do núcleo familiar, especialmente, se idoso for, recebe benefício previdenciário na ordem de um salário-mínimo, pois a interpretação errônea do parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso acaba afastando do cômputo da renda mensal per capita o benefício previdenciário recebido pelo outro cônjuge, como forma de se conceder o Benefício de Prestação Continuada.

A propósito, este foi o entendimento da TUN – Turma de Uniformização Nacional, no julgamento do processo 2006,63.06.001310-9/SP, de que é cabível, sim, a interpretação analógica com o Estatuto do Idoso, como forma de se conceder o Benefício Assistencial quando algum membro da família, já idoso, receba o benefício previdenciário da ordem de 1(um) salário-mínimo.

O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, proferiu o seguinte julgado:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. BENEFÍCIO RECEBIDO POR PARENTE DO AUTOR. CÔMPUTO DO VALOR PARA VERIFICAÇÃO DE MISERABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ART. 34 DA LEI Nº 10.741/2003. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO BPC. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA MISERABILIDADE POR OUTROS MEIOS. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal, e regulamentado pelo art. 20 da Lei nº 8.742/93, que consiste no pagamento de um salário mínimo mensal aos portadores de deficiência ou idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida pelo núcleo familiar.

2. O art. 34 da Lei nº 10.741/2003 veda o cômputo do valor do benefício de prestação continuada percebido por qualquer membro da família no cálculo da renda per capita mensal.

3. A Terceira Seção deste Superior Tribunal consolidou o entendimento de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93 deve ser tido como um limite mínimo, um quantum considerado insatisfatório à subsistência da pessoa portadora de deficiência ou idosa, não impedindo, contudo, que o julgador faça uso de outros elementos probatórios, desde que aptos a comprovar a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

4. Recurso especial a que se dá provimento. (STJ – REsp 841.060/SP – Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura – DJU 25.06.2007).

No mesmo sentido, o STJ ratifica a impossibilidade de se empregar a interpretação analógica da Lei Assistencial com o Estatuto do Idoso, como se abstrai do voto abaixo, acampando o parecer do Ministério Público Federal, no Resp 1.056.306-SC, da lavra do Excelentíssimo Ministro Nilson Naves:

Cuida-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que manteve a concessão de benefício assistencial.

Nas razões recursais, alega o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS violação do art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 e do art. 34 da Lei nº 10.741/03. Argumenta, em suma, que ‘o valor referente ao benefício assistencial – diz a lei – não será considerado para o cálculo da renda familiar. O do benefício previdenciário, tal qual qualquer outra espécie de renda, deve ser considerado no cálculo, por absoluta falta de previsão legal em sentido contrário’.

O Ministério Público Federal, nas palavras do Subprocurador-Geral Vieira Bracks, opinou nestes termos:

“Os Tribunais Superiores, ao interpretarem o parágrafo 3º, do art. 20, da Lei nº 8.742/93, recepcionaram exceção à regra da comprovação da miserabilidade aos incapazes para o trabalho ou idosos que pleiteiam benefício assistencial, acolhendo a produção de outros meios de prova capazes de atestar a condição de miserável, além da renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo.

Tal flexibilização, reitera-se, só é viável ante a prova de outras circunstâncias concretas, ausentes nos autos:

‘Previdenciário. Assistência Social. Benefício da prestação continuada. Requisitos legais. Art. 203 da CF. art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93.

I - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação previdenciária.

II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no art. 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar

per capita inferior a 1/4 do salário mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor.

Recurso não conhecido. (REsp. 314.264/SP, Rel Min. Felix Fischer, in DJ 18/6/2001.)

Recurso especial. Previdenciário. Assistência social. Benefício de prestação continuada. Comprovação de renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo. Desnecessidade.

1. A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas.

2. Recurso não conhecido. (REsp-464.774/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003, p.465)

Conforme asseverado pela c. Corte de origem, o requerente reside em casa própria, com seu irmão/tutor, a cunhada e uma sobrinha maior e portadora de deficiência mental, e sobrevivem com as aposentadorias rurais daqueles, que totalizam R\$ 600,00 (seiscentos reais) à época da feitura do Laudo Social, assim como com doações e a renda 'imprecisa de biscates com venda de jornal feita pelo autor nas esquinas da cidade' (fl. 266).

Sendo assim, vê-se que o autor tem condições de ter seu sustento provido por alguém da família, em especial pelo seu irmão/tutor, rurícola aposentado. Assim, a decisão do eg. Tribunal a quo viola o parágrafo 3º do art. 20, da Lei nº 8.742/93, pois a exceção mencionada, fruto de construção jurisprudencial pacífica, não pode ser aplicada à espécie, ante a não comprovação de outros indicadores de miserabilidade, vejamos: 'O Plenário do Supremo Tribunal Federal, contudo, julgando a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.232-1/DF, declarou a constitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei 8.742/93, [...].E esta Corte Superior de Justiça,

interpretando o referido dispositivo legal, firmou já entendimento no sentido de que o requisito da comprovação da renda per capita não superior a 1/4 do salário mínimo - artigo 20, parágrafo 3º, da Lei nº 8.742/93 -, não exclui que a condição de miserabilidade, necessária à concessão do benefício assistencial, resulte de outros meios de prova, de acordo com cada caso concreto' (REsp-464.774/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 04.08.2003, p.465) Ressalta-se, ainda, que o disposto no parágrafo único do art. 34, da Lei nº 10.741/03 não pode ser entendido como um 'outro meio de prova' e que, portanto, eventual benefício previdenciário auferido por qualquer dos membros da família será incluído na renda mensal familiar (inclusive na hipótese de somente ele representar tal renda).

O dispositivo mencionado não apresenta lacuna legislativa que necessite de mecanismos de hermenêutica para sua inteligência. O texto é claro, cristalino e, portanto, não admite interpretação extensiva, sob pena de se perder o real sentido da lei, gerando grandes injustiças: somente benefícios assistenciais já percebidos por algum membro da família não são computados na respectiva renda mensal daquele que pleiteia benefício da mesma natureza, isto é, assistencial.

Nesse cálculo somente serão desconsiderados os benefícios assistenciais, restando incabível o entendimento de que a expressão alcançaria qualquer tipo de benefício, inclusive o previdenciário. O legislador, no parágrafo único, faz remissão expressa ao seu caput, relativo ao benefício disposto na Lei Orgânica da Assistência Social (e não àquele previsto em lei da Previdência Social), devido aos idosos, maiores de sessenta e cinco anos, que não possuam meios de prover sua subsistência, nem mesmo por meio do auxílio de familiares.

Com isso, atestada a percepção da renda per capita superior a ¼ do salário mínimo e ausentes provas de outras circunstâncias concretas, capazes de relativizar tal obrigatoriedade, conforme construção jurisprudencial, o requerente não faz jus à benesse pleiteada.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso especial.

Adoto, por seus próprios fundamentos, o parecer ministerial.

À vista do disposto no § 1º-A do art. 557 do Cód. de Pr. Civil, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente o pedido.

Publique-se.

Brasília, 11 de junho de 2008.

Ministro Nilson Naves

Relator

Como visto, filiamo-nos à corrente do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que entende pela impossibilidade de se empregar ao art. 34 do Estatuto do Idoso, interpretação extensiva de modo a não se igualar benefício assistencial com benefício previdenciário.

2 LEI 10.689/03 - PROGRAMA NACIONAL DE ACESSO À ALIMENTAÇÃO

Por seu turno, o dispositivo contido no § 2º, do artigo 2º, da lei supra, é claro em estabelecer que só terão acesso ao programa nacional de acesso à alimentação pessoas cuja renda mensal per capita seja de até ½ salário-mínimo.

Daí tem surgido pleitos, teses e até mesmo decisões no sentido de que o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93, restou assim derogado em face da Lei 10.689/03, conforme asseverado no artigo escrito pelo Juiz Federal Marcelo Adriano Micheloti², *in verbis*:

[...]

Separa o PNAA é necessitada a unidade familiar cuja renda per capita é inferior a meio salário mínimo, poderia haver critério divergente dentro da Assistência Social? Em outros termos, permanece o limite de 1/4 do salário mínimo para o benefício assistencial? A conclusão é que havendo novo conceito de necessitado inserido na Lei n. 10.689/2003 (renda per capita inferior a meio salário mínimo), o critério da Lei n. 8.742/93 (renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo) sofreu alteração por força de novo regramento incompatível com o anterior.

Relembre-se que a Lei de Introdução ao Código Civil é explícita no § 1º do art. 2º: “A lei posterior revoga a anterior quando

² Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4418>>. Acesso em 01 dez. 2009.

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”. (grifo meu). Claro que houve a derrogação:

[...] para a derrogação basta a inconciliabilidade parcial, embora também absoluta quanto ao ponto em contraste. Portanto, a abolição das disposições anteriores se dará nos limites da incompatibilidade; [...] (CARLOS MAXIMILIANO. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 293)

A lei posterior revoga igualmente a anterior, quando seja com ela incompatível. Isso se dá quando o Poder Público muda sua política legislativa, ordenando um procedimento que se não afaz às regras anteriores. (SÍLVIO RODRIGUES. *Direito Civil*. vol. 1. Parte Geral. 30.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21)

Desta forma, novo critério objetivo deve ser levado em consideração para a concessão do benefício assistencial (benefício de prestação continuada), ao invés da renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo, renda familiar inferior a 1/2 salário mínimo.

[...]

Não concordamos, com a devida vênia, com a explanação acima.

Não há que se falar, aí, em revogação de uma lei por outra.

Com efeito, a Lei 8.742/93 trata especificamente da assistência social, sendo o que § 3º, do artigo 20, cuida dos requisitos para a concessão do benefício de prestação continuada.

De outra banda, a Lei 10.689/03 trata programa nacional de acesso à alimentação.

Por tratarem de assuntos diferentes, não há que se falar em revogação de uma lei por outra.

Muito pelo contrário, o princípio da especialidade ainda dá forças e razão de existir para ambas as leis por tratarem de assuntos para os quais elas foram criadas.

Neste sentido, Maria Helena Diniz³, assim assevera:

O critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Entre a *lex specialis* e a *lex generalis* há um *quid specie* ou uma *genus au speci*. Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes.

No presente caso, a natureza especial que a Lei 10.689/03 exerce em relação à Lei Orgânica da Assistência Social, no que diz respeito ao benefício assistencial em questão, emerge da circunstância de que somente a primeira trata acesso à alimentação que podem ser sujeitos ou não a benefícios assistenciais ou previdenciários. Eis aí a presença do elemento denominado especializante, no dizer de Maria Helena Diniz.

Assim é que a especial condição de se tentar incluir a pessoa no programa nacional de alimentação, que o interessado se encontra, impõe-lhe a aplicação da Lei 10.689/03, em exclusão da Lei Orgânica da Assistência Social, tendo em vista a condição de especialidade que aquela exerce em relação a esta e a incompatibilidade entre elas no que diz respeito à concessão do benefício assistencial a pessoas cuja renda familiar per capita seja superior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

3 DA BURLA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PREEXISTÊNCIA DO CUSTEIO EM RELAÇÃO AO BENEFÍCIO OU SERVIÇO

Estribado no § 5º, do artigo 195, da Constituição Federal encontra-se o princípio da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço.

Eis o seu texto: “Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Com efeito, a norma traz em seu bojo a seguridade social que compreende a previdência, a saúde e a assistência social, não abrindo espaços a interpretações de que exclua do seu campo de proteção a assistência social.

3 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 74

Comentando a respeito do tema, Sérgio Pinto Martins⁴ aduz:

[...] Este dispositivo tem que ser analisado em conjunto com o art. 203 da Lei Magna, no qual se determina que na assistência social não há necessidade de contribuição por parte do segurado para obtenção de suas vantagens. Logo, não há necessidade de contribuição do segurado na assistência social, mas o custeio da assistência social, que é parte integrante da Seguridade Social, continua sendo necessário, ainda que indiretamente feito por todos, nos termos do art. 195 da Lei Maior.

A criação envolve um benefício novo, que não existia até então.

A majoração diz respeito a benefício que já existia e que foi aumentado.

A extensão é caracterizada pela existência de um benefício que fica ampliado e passa a abranger outras hipóteses.

Aliás, este obstáculo intransponível está umbilicalmente ligado ao princípio do equilíbrio atuarial do sistema, demonstrando que o legislador, ao decidir pela majoração do percentual dos benefícios, entendeu que o orçamento comportaria o aumento para os benefícios futuros, sem considerar os já concedidos, o que não restou expresso. Ou seja, caminhando em sentido inverso, percebe-se a impossibilidade de majoração mediante interpretação da lei a favor de uma pessoa ou grupo de pessoas em detrimento de toda a sociedade. Presume-se que, assim que foi possível a alteração do coeficiente, o legislador o fez imbuído de sentimento de proteção social.

Por uma razão maior, podemos citar o caso do art.144⁵, da Lei 8.213/91, que previu expressamente o recálculo da Renda Mensal Inicial de todos os benefícios de prestação continuada concedidos entre a promulgação da Constituição Federal de 88 e a vigência da Lei 8.213/91. Nesse caso, não poderia o INSS escusar-se de cumprir o disposto na lei invocando, ademais, as garantias do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, eis que a lei expressamente determinou a retroação das novas regras em benefício do segurado.

4 MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 84.

5 Art. 144. Até 1º de julho de 1992, todos os benefícios de prestação continuada concedidos pela Previdência Social, entre 5 de outubro de 1988 e 5 de abril de 1991, devem ter sua renda mensal inicial recalculada e reajustada, de acordo com as regras estabelecidas nesta Lei.

4 DA IMPOSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO ATUAR COMO LEGISLADOR POSITIVO

O magistrado não pode atuar como legislador positivo. Sua atuação deve limitar-se ao afastamento de normas legais incompatíveis com o ordenamento superior, de sede constitucional, ou seja, como legislador negativo. Pois bem: caso afastada uma norma por inconstitucionalidade, esta norma não teria gerado efeitos. Dentre esses efeitos que se afastam, está a revogação do ordenamento anterior, que seja consigo incompatível ou que tenha sido expressamente revogado. Ou seja: declarada a inconstitucionalidade da norma, retorna-se ao regramento anterior, posto que o próprio efeito de revogação deste ordenamento anterior se desfaz.

Ora, está dentro do espaço de conformidade do legislador a ampliação ou não dos direitos garantidos pela norma constitucional, é certo que não poderá restringi-los, mas a sua ampliação é discricionariedade do legislador, não cabendo ao Juiz, sob pena de invasão da atribuição legislativa e desrespeito ao princípio democrático a inclusão de novos direitos.

A doutrina e a jurisprudência pátrias manifestam-se contrariamente à idéia de o Poder Judiciário distanciar-se da lei e, mediante criação do direito, deixar de aplicar a norma que regula o caso concreto que lhes foi submetido. Isto porque a ordem constitucional vigente não conferiu ao órgão judicante a função legislativa, sendo-lhe, pois, vedado modificar o direito que regula a situação jurídica posta.

Ressalte-se que, constitucionalmente foi dada ao Poder Judiciário a atribuição de atuar na composição de conflitos de interesses e, se acaso lhe for permitido também a regulação de comportamentos (contrariamente à ordem constitucional), independente das razões que possam ser aduzidas para justificar tal excesso de poder, estar-se-á comprometendo, de maneira extremamente retrógrada e negativa o princípio do devido processo legal.

O que se deve perseguir é evitar que, através de sentença, o magistrado substitua-se ao Congresso Nacional e ao Presidente da República. Qualquer entendimento em sentido diverso significa permitir que o magistrado arvore-se em legislador positivo para imiscuir-se em políticas públicas, concedendo ou majorando indevidamente benefícios previdenciários, e pior, sem a previsão necessária do custeio.

Por certo, faz-se necessário buscar maneira de realizar direitos, mas que isso não signifique necessariamente tornar o ordenamento pátrio em prisioneiro do universo jurisdicional. Não é possível aceitar a realização de direitos por instrumentos diversos daqueles intrinsecamente relacionados à democracia participativa. O fundamento de validade da atividade do Poder Judiciário, bem como os limites que lhe são afetos, encontra-se no Princípio da Separação dos Poderes, previsto constitucionalmente. Isto porque, no Estado Democrático de Direito, existem limitações a todos os poderes constituídos, e, como não podia ser diferente, também se aplicam ao Judiciário, mesmo enquanto instância garantidora dos direitos fundamentais.

A propósito, na obra *Judge and Lawmakers*, leciona Lord Develin⁶ que:

A partir do momento em que o juiz se transforma em legislador, mina a idéia fundamental da separação dos poderes, trazendo a ameaça talvez mortal à legitimação democrática da função jurisdicional, e definitivamente conduzindo, mais cedo ou mais tarde ao estado totalitário.

É forçoso concluir, portanto, que não existe lacuna ou omissão da lei a ser suprida por analogia, sendo o silêncio da norma intencional, indicando claramente que não há a possibilidade de majoração do percentual dos benefícios concedidos sob a égide da lei pretérita.

Em sendo julgada procedente a demanda, o que só se admite por pura tese argumentativa, haverá violação do texto constitucional, porque cabe à lei a criação e majoração de benefícios previdenciários – com violação do art. 2º da Carta Magna, bem como usurpação da competência legislativa do Congresso Nacional.

E nem se pretenda integrar o ordenamento jurídico com analogia, porque tal matéria é submetida à estrita reserva legal, o que demanda o adequado processo legislativo, com projeto, iniciativa, votação nas duas Casas do Congresso Nacional e sanção do Presidente da República. Assim prevê a Constituição. Evidentemente, o magistrado não está legitimado a substituir o Congresso Nacional, que aprova a lei, nem ao Presidente da República, que a sanciona. Neste sentido é a jurisprudência do Pretório Excelso:

6 DEVELIN Lord. *Judge and Lawmakers*, Modern Law, Rev.39: 1976, p.1 e s.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 181.138-2 (PC)

MINISTRO CELSO DE MELLO

SÃO PAULO

Publicado em DJ: 12/05/95 Pág.: 13.019

UNIÃO FEDERAL

ELEBRA TELECON LTDA

PRAZO EM DOBRO - APLICAÇÃO SUPLETIVA DO CPC (ART. 188) AO PROCEDIMENTO RECURSAL DISCIPLINADO PELA LEI N.º 8.038/90 - IOF/CAMBIO - DECRETO-LEI N.º 2.434/88 (ART. 6º) - GUIAS DE IMPORTAÇÃO EXPEDIDAS EM PERÍODO ANTERIOR A 1º DE JULHO DE 1988 - INAPLICABILIDADE DA ISENÇÃO FISCAL - EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO - ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - INOCORRÊNCIA - NORMA LEGAL DESTITUÍDA DE CONTEÚDO ARBITRÁRIO - ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO LEGISLADOR POSITIVO - INADMISSIBILIDADE - RECONHECIDO E PROVIDO.

[...]

- Os magistrados e os Tribunais - que não dispõem de função legislativa - não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício de isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo (RTJ 146/461, rel. Min. CELSO DE MELLO).

- Legitimidade constitucional da isenção tributária concedida pelo art. 6º do Decreto-Lei 2.434/88. Precedentes do STF.

1ª Turma. Julgamento em 06.09.94. Recurso conhecido e provido. Unânime.

Pela mesma razão – a impossibilidade de o magistrado substituir-se ao legislador – é que o STF editou a Súmula 339, que, embora trate de matéria diversa, cristalizou o entendimento segundo o qual é vedado ao juiz legislar positivamente:

SÚMULA N.º. 339 - Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.

Não pode prosperar, portanto, a invocação ao princípio constitucional da isonomia, estampado no art. 5.º, caput da Constituição Federal, vez que esse postulado é aplicável a todos que se encontrem na mesma situação jurídica, o que não é o caso do presente estudo.

5 CONCLUSÃO

Não se pode empregar interpretação extensiva ou analógica no sentido de se estender a aplicação do parágrafo único, do artigo 34, do Estatuto do Idoso, de modo a afastar do cômputo da renda mensal per capita dos idosos que percebam benefícios previdenciários, mesmo que os seus valores sejam iguais ou inferiores a 1 (um) salário-mínimo. Estes benefícios previdenciários entram, portanto, no cômputo da renda mensal per capita familiar.

Também não se pode admitir que a pessoa portadora de deficiência, que receba o benefício assistencial em razão de sua deficiência, seja afastada do núcleo familiar para fins de cálculo da renda mensal per capita, pois o parágrafo único, do artigo 34 da Lei 10.741/2003 tem aplicação exclusiva para os idosos.

O § 2º, do artigo 2º, da Lei 10.689/03, fazendo alusão à renda mensal per capita de $\frac{1}{2}$ salário mínimo não revogou o § 3º, do artigo 20, da Lei 8.742/93 que faz referência à renda mensal per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Com efeito, a Lei 10.689/03 trata do programa nacional de alimentação e a Lei 8.742/93 cuida da organização da assistência social e dá outras providências, aqui em nosso estudo, fixando as regras para a pessoa ter acesso ao benefício de Prestação Continuada.

Reforça ainda a tese da não revogabilidade o princípio da especialidade que prega: “Uma norma é especial se possuir em sua

definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes”.

Ao lado de toda a explanação acima, encontra o princípio constitucional da preexistência do custeio em relação ao benefício ou serviço que veda a criação, a majoração e a extensão de determinado benefício sem a correspondente fonte de custeio total.

Ao Poder Judiciário é vedada a tarefa de substituir o legislador, sob pena de quebra do princípio da independência dos poderes.

6 REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3. ed. Brasília: Corde, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites de possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEVELIN Lord. Judge and Lawmakers, *Modern Law*, Rev.39: 1976.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Ana Lúcia. O Benefício de Prestação Continuada: uma Trajetória de Retrocessos e Limites – Constituindo Possibilidades de Avanço? In: SPOSATI, Aldaíza (org.) *Proteção Social e Cidadania: Inclusão de idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal*. São Paulo: Cortez, 2004.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 4. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jediael Galvão. *Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infelizmente, assistência social e saúde*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. *A assistência social na perspectiva dos direitos – crítica aos padrões dominantes de proteção aos pobres no Brasil*. Brasília: Thesaurus, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVESTRE, Carlos. *Manual de Benefícios do INSS para Deficientes e Idosos – o INSS e os benefícios assistenciais*. Bauru: Edipro, 1999.

SPOSATI, Aldaíza. *A menina LOAS*. São Paulo: Cortez, 2005.

_____. *Assistência na trajetória das políticas sociais brasileiras*. São Paulo: Cortez, 1992.

_____. FALCÃO, Maria do Carmo; FLEURY, Sônia Maria Teixeira. *Os Direitos (dos desassistidos) sociais*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SITES DA INTERNET

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4418>>. Acesso em: 01 dez. 2009.

PARECER
AGU/NAJ-SP/Nº1265/2008 - VVS

Viviane Vieira da Silva
Advogada da União

EMENTA: I. Direito Administrativo. Análise de Minuta de Termo de Cessão Provisória de Uso, ao INCRA, de imóvel da extinta Rede Ferroviária Federal/SA –RFFSA/SA incorporada à União. Modificações propostas. Necessidade de acatamento das alterações para adequação do Termo à legislação de regência.

PARECER/AGU/NAJ-SP/Nº 1265/2008 - VVS
PROCESSOS Nº 0495.002368/2008-35; 0495.007219/2007-81 E
04905.007000/2007-82 (6 VOLUMES).
INTERESSADO: GERÊNCIA DO PATRIMÔNIO DA UNIÃO - GRPU
ASSUNTO: CONTRATO DE CESSÃO TEMPORÁRIA A SER
FIRMADO ENTRE A GRPU E O INCRA
VALOR:
TIPO DE CONSULTA: ATIVIDADE-FIM

1 Trata-se de processo administrativo, oriundo da Gerência do Patrimônio da União - GRPU, cujo objeto é a cessão temporária de uma área de 7.700.400 metros quadrados denominada Horto do Tatu, localizada no município de Limeira/SP e pertencente, outrora, à Rede Ferroviária Federal/AS (RFFSA), mas transferida, por força da Lei nº 11.483/2007 e pelo Termo de Transferência nº 018/2008 (fl. 768 dos autos nº 04905.007219/2007-81), para o patrimônio da União.

2 Anexos a este parecer estão os autos administrativos nº 04905.002368/2008-35 - vols. 0, 1 e 2; autos nº 0495.007219/2007-81 - vols. 1 a 3; autos nº 04905.007000/2007-82.

3 Vieram os autos da Gerência Regional do Patrimônio da União em São Paulo (fl. 826 do vol. III, dos autos nº 0495.007219/2007-81) para análise da Minuta do Termo de Cessão Provisória de Uso Gratuito por este órgão da Consultoria-Geral da União, em virtude do recente entendimento firmado pelo Consultor-Geral da União (Despacho nº 265/2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União em 29/07/2008). Referido entendimento fixa a competência da Consultoria-Geral da União (bem como de seus órgãos de execução) para o assessoramento jurídico e a representação judicial dos órgãos vinculados ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

4 A Minuta do Termo de Cessão Provisória de Uso Gratuito está a fls. 831 a 832 do vol. III, dos autos nº 0495.007219/2007-81, por mim rubricadas.

5 Passa-se, de imediato, à análise jurídica do caso apresentado e da referida Minuta.

DA COMPETÊNCIA

6 Primeiramente, antes de analisar o teor jurídico da Minuta do Termo de Cessão de Uso Gratuito que a União pretende firmar com o INCRA, é necessário verificar a que órgão da União compete firmar contratos dessa natureza.

7 De acordo com a Lei nº 11.483/2007, compete ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão formalizar os termos de entrega e os termos de cessão a órgãos da Administração Pública Federal Direta e Indireta, respectivamente. (Convencionou-se chamar “termo de entrega” a cessão de bens a órgãos da Administração Pública Federal Direta - art. 79, *caput*, do Decreto-lei nº 9.760/1946 – e “termo de cessão”, a cessão de bens a órgãos integrantes da Administração Pública Federal Indireta – art. 79, § 3º, do Decreto-lei nº 9.760/1946).

8 No presente caso, a União pretende ceder o uso provisório de terreno, outrora da RFFSA, ao INCRA, para que seja realizado o desenvolvimento sustentável da gleba pela utilização por pessoas cadastradas no INCRA como passíveis de assentamento.

9 Como se trata de cessão de imóvel da Administração Pública Federal Direta para a Administração Pública Federal Indireta, o instrumento correto é o Termo de Cessão.

10 A competência para firmar referido Termo é do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por meio de seus órgãos. Na hipótese em exame, a Gerência Regional do Patrimônio da União detém a competência para firmar, por meio de seu representante legal, os Termos de Cessão de imóveis sob sua Administração.

11 Os arts. 11, do Decreto nº 3.725/2001 e 79, do Decreto-lei nº 9.760/1946, com a redação dada pela Lei nº 9.636/1998, prescrevem, respectivamente:

Art. 11. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal, nos termos do art. 79 do Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União.

§ 1º A entrega será realizada, indistintamente a órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e observará, dentre outros, os seguintes critérios:

I - ordem de solicitação;

II - real necessidade do órgão;

III - vocação do imóvel; e

IV - compatibilidade do imóvel com as necessidades do órgão, quanto aos aspectos de espaço, localização e condições físicas do terreno e do prédio.

§ 2º Havendo necessidade de destinar imóvel para uso de entidade da Administração Federal indireta, a aplicação far-se-á sob o regime de cessão de uso.

§ 3º Quando houver urgência na entrega ou cessão de uso de que trata este artigo, em razão da necessidade de proteção ou manutenção do imóvel, poderá a autoridade competente fazê-lo em caráter provisório, em ato fundamentado, que será revogado a qualquer momento se o interesse público o exigir, ou terá validade até decisão final no procedimento administrativo que tratar da entrega ou cessão de uso definitivo.

Art. 79. A entrega de imóvel para uso da Administração Pública Federal direta compete privativamente à Secretaria do Patrimônio da União - SPU.

[...]

§ 3º Havendo necessidade de destinar imóvel ao uso de entidade da Administração Pública Federal indireta, a aplicação se fará sob o regime da cessão de uso.

§ 4º Não subsistindo o interesse do órgão da administração pública federal direta na utilização de imóvel da União entregue para uso no serviço público, deverá ser formalizada a devolução mediante termo acompanhado de laudo de vistoria, *recebido pela gerência regional da Secretaria do Patrimônio da União, no qual deverá ser informada a data da devolução.*

12 Bem, sendo a Gerência Regional do Patrimônio da União órgão da Secretaria do Patrimônio da União e, considerando que a cessão de uso de imóvel para a Administração Pública Federal (tendo em conta o disposto no *caput* e parágrafo 3º do art. 79 o decreto-lei nº 9.760/1946) é ato privativo da Secretaria do Patrimônio da União, demonstrada está a competência da Gerência Regional do Patrimônio da União (que é órgão integrante daquele que detém competência privativa).

13 O parágrafo 4º do art. 79 do Decreto-lei nº 9.760/1946 trata a GRPU em sua acepção mais correta, qual seja: Gerência Regional da Secretaria do Patrimônio da União.

14 E a Portaria MPOG nº 232, de 03.08.2005 (Regimento Interno da SPU) disciplina que:

Art. 35. Aos Gerentes Regionais do Patrimônio da União incumbe:

I – autorizar:

[...]

d) a lavratura, com força de escritura pública, dos contratos de aquisição, alienação, locação, arrendamento, aforamento, cessão e demais atos relativos a imóveis da União, e providenciar os registros e as averbações junto aos cartórios competentes.

15 Destaca-se que não se deve confundir a competência para autorizar a cessão – esta do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, nos termos do art. 21, da Lei nº 11.483/2007 - com a competência para a lavratura do Termo de Cessão, que é, no presente caso, da GRPU/SP.

16 Quanto à representação extrajudicial da União, diante do despacho do Consultor-Geral da União nº 265, de julho de 2008, aprovado pelo Advogado-Geral da União, a competência para assessorar juridicamente e representar extrajudicialmente as GRPU's é dos Núcleos de Assessoramento Jurídico. Eis o teor de parte do referido despacho, *ipsis litteris*:

Assim, como dito no Despacho nº 434/2007 e repetido agora, não mais compete à PGFN e às suas unidades o assessoramento jurídico à SPU e às GRPUs, à luz da Lei Complementar nº 73, de 1993, que é a Lei Orgânica da AGU, especialmente de seus arts. 12 e 13, seja no que tange às discriminatórias administrativas, seja no que concerne aos contratos de transferência de aforamento ou a qualquer outra espécie de manifestação do gênero administração patrimonial da União.

A competência para assessoramento jurídico ou representação extrajudicial da SPU, em todas as espécies do gênero administração patrimonial da União, é, pois, da CONJUR/MPOG.

A Competência para assessoramento jurídico ou representação extrajudicial das GRPUs é dos Núcleos de Assessoramento

Jurídico - NAJs, órgãos integrantes da Consultoria-Geral da União, presentes nas capitais de todos os Estados da federação (à exceção do Acre e de Rondônia, com previsão de instalação para 2009), por força do que dispõe o art. 8º-F, em especial o seu § 1º, da Lei nº 9.028, de 1995, acrescido pela medida provisória nº 2.180-35, de 2001.

17 Por fim, o art. 75, *caput*, do Decreto-lei nº 9.760/1946 dispõe que:

Art. 75. Nos termos, ajustes e contratos relativos a imóveis, a União será representada por Procurador da Fazenda Pública que poderá, para êsse fim delegar competência a outro servidor federal.

18 No presente caso, o Procurador da Fazenda Pública, s.m.j., será o membro do Núcleo de Assessoramento Jurídico destacado para tal mister, de acordo com entendimento descrito no item 16 deste Parecer.

DA DISPENSA DE LICITAÇÃO

19 A Lei nº 9.636/1998 prevê a hipótese de dispensa de licitação para casos de cessão dos imóveis da União. Senão, vejamos:

20 Diz o § 6º, do art. 18, da Lei nº 9636/1998:

Art. 18. A critério do Poder Executivo poderão ser cedidos, gratuitamente ou em condições especiais, sob qualquer dos regimes previstos no Decreto-Lei no 9.760, de 1946, imóveis da União a:

[...]

II - pessoas físicas ou jurídicas, em se tratando de interesse público ou social ou de aproveitamento econômico de interesse nacional

[...]

§ 6º Fica dispensada de licitação a cessão prevista no *caput* deste artigo relativa a:

I - bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas de provisão habitacional ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

II - bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados), inseridos no

âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública e cuja ocupação se tenha consolidado até 27 de abril de 2006.

21 Vê-se, portanto, que para a utilização de bens imóveis em programas de regularização fundiária de interesse social, por pessoa jurídica (o INCRA possui personalidade jurídica) – que é a hipótese autorizada pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão na Portaria nº 258/2008 – quer sejam os imóveis destinados à moradia, quer destinados ao comércio, está dispensada a licitação.

22 A despeito da Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993 prever, em seu art. 17, várias hipóteses de dispensa de licitação, quando se tratar das alienações dos imóveis da União, é pertinente mencionar que a Lei nº 9.636/1998 disciplina com especialidade a gestão imobiliária da União. Como bem ensina Jessé Torres Pereira Júnior¹

A rigor, não se percebem a necessidade e a pertinência de trazer-se, para o bojo da Lei nº 8.666/1993, normas que, reconhecendo a natureza social desses institutos, já se encontram na Lei nº 9.636/98, sede específica das regras que a Administração federal deve observar na gestão de bens de seu patrimônio. Se as operações envolvidas desses imóveis devem ser vinculadas ao interesse social, a sede mais adequada para disciplinar-lhes a contratação direta não é a da Lei nº 8.666/93, que pressupõe a disputa entre propostas comerciais, vale dizer, de índole econômica.

Tanto isto é verdadeiro que a Lei nº 9.636/98 versa sobre várias situações de licitação ou de sua dispensa. Assim: (a) o art. 18, que disciplina a cessão de imóveis da União para outros entes públicos e sociedades sem fins lucrativos, agrega § 1º segundo o qual a cessão, concretizada mediante concessão de direito real de uso resolúvel, dispensa a licitação em relação a associações e cooperativas que se enquadrem no regime que menciona. (b) o § 6º do mesmo art. 18 dispensa a licitação nas hipóteses de cessão de imóveis para uso residencial ou comercial inseridos em programas habitacionais ou de regularização fundiária.

23 Em requerimentos apresentados pelo INCRA, como, por exemplo, o Ofício/INCRA/SR(08)/GAB/Nº 1960/2007 (fls. 388 a 389 do Vol. II dos autos nº 04905.007219/2007-81), a Autarquia vem manifestando

1 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Renovar, 2007. p. 226-227.

grande interesse no Horto Florestal do Tatu” *localizado no Município de Limeira-SP, com 620, 70 hectares, cadastrado no INCRA sob o CCIR Nº 624.110.011.118-6*” a fim de destiná-lo ao Programa Nacional de Reforma Agrária.

24 Acerca da polêmica sobre o imóvel em questão ter natureza rural ou urbana, não nos compete adentrar, pois as leis 4.504/1964 e 8.629/1993, bem como alguns julgados do STJ definem “*a destinação do imóvel como fator determinante para enquadrá-lo como rural, pouco importando a sua localização*” (fl. 300, do vol. I, dos autos nº 04905.007219/2007-81). Uma vez que o imóvel pertence à União, e a destinação dos imóveis é decisão do seu proprietário, desde que conforme os ditames legais e, tendo o Horto Florestal do Tatu vocação rural (segundo narra o órgão da União competente para aferir se um imóvel da União é ou não rural), atendido está o requisito do ordenamento jurídico. Em outras palavras: se a destinação a ser dada ao imóvel pelo seu proprietário for rural e, se não compete ao parecerista jurídico se imiscuir na decisão administrativa envolvendo a destinação dos imóveis da União, basta que a União determine a destinação rural do seu imóvel que atendidos estarão os preceitos legais.

25 Está-se diante, portanto, de contexto envolvendo questão de regularização fundiária, enquadrando-se a hipótese ao texto legal.

DOS REQUISITOS PARA A CESSÃO TEMPORÁRIA DE USO DE IMÓVEL

26 Inicialmente, ressalta-se que a política de utilização do patrimônio imobiliário da União não está sob a presente análise jurídica. A destinação do referido imóvel em caráter precário ao INCRA para a finalidade pretendida é decisão administrativa cujo mérito não nos compete avaliar. Esta análise jurídica se presta a conferir o contorno legal para o ato que a Administração pretende praticar.

27 No sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (www.planejamento.org.br) encontra-se a seguinte diretriz:

UTILIZAÇÃO DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO DA UNIÃO

1. Uso no serviço público federal

a) instalação de órgãos da administração direta vinculados aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

- b) instalação das Forças Armadas
- c) instalação de autarquias, fundações, empresas públicas, agências executivas e organizações sociais;
- d) reservas ecológicas e ambientais;
- e) reservas indígenas.

2. Uso em ações de interesse público ou social

O Governo Federal tem utilizado o patrimônio imobiliário da União para concorrer com Estados e municípios nas ações de ordenamento urbano e regularização fundiária, mediante cessão de áreas, urbanas e rurais, para assentamentos de comunidades, destinação de imóveis a programas de reforma agrária, implementação de projetos de assistência social, programas sociais de habitações para populações de baixa renda e outros.

De igual modo, ações de interesse público local vêm sendo viabilizadas com a cessão de terrenos e imóveis a municípios e Estados, viabilizando o desenvolvimento de atividades econômicas, com a geração de emprego e renda.

28 Em sendo a eleição da Política Pública mais adequada competência discricionária do Administrador, e a presente destinação encontra-se inclusive prevista no planejamento do órgão que autorizou a Cessão, cabe-nos, tão-somente, proceder às verificações de ordem jurídica.

29 Primeiramente, a Lei nº 9.636/1998 – art. 18, § 3º, assim estabelece:

§ 3º A cessão será autorizada em ato do Presidente da República e se formalizará mediante termo ou contrato, do qual constarão expressamente as condições estabelecidas, entre as quais a finalidade da sua realização e o prazo para seu cumprimento, e tornar-se-á nula, independentemente de ato especial, se ao imóvel, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo ou contrato.

30 Esclareça-se nesse ponto que no § 4º, do art. 18, da referida Lei, há previsão de delegação ao Ministro da Fazenda para a autorização da cessão, *in verbis*:

§ 4º A competência para autorizar a cessão de que trata este artigo poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação.

31 A estrutura do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão foi definida pelo Decreto nº 6.081, de 12 de abril de 2007 e publicado no Diário Oficial da União de 12 de abril de 2007, incluindo a Secretaria do Patrimônio da União no tópico “órgãos específico singulares – Secretarias”. A atual SPU nasceu em 1988, sucedendo a antiga Repartição Geral das Terras Públicas (1850), encarregada da fiscalização e repartição das terras públicas. Até 1999, a SPU integrou a estrutura do Ministério da Fazenda. Todavia, desde 1999, passou a integrar uma das Secretarias do Ministério do Planejamento.

32 Por isso, a Lei nº 9.636/1998 previa a delegação de competência para autorizar cessão de uso ao Ministro da Fazenda. Por força da alteração da estrutura, entretanto, onde se lê Ministro da Fazenda, leia-se, Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão.

33 O art. 21 da Lei nº 11.483/2007 não deixa mais dúvida alguma – se é que dúvida existia – acerca da competência para autorizar a Cessão de Uso.

34 Mas o que importa nessa análise não é a autorização da Cessão. Essa já existe, sob a regência da Portaria MPOG nº 258/2008 (fl. 793, do Vol. III dos autos nº 04905.007219/2007-81). O aspecto relevante do art. 18, § 3º, da Lei nº 9.636/1998 são as condições para o Termo de Cessão de Uso (cuja Minuta está às fls. 831 e 832, do Vol. III dos autos nº 04905.007219/2007-81), e que devem constar do texto do referido Termo. São elas: a) a finalidade da cessão; b) o prazo para seu cumprimento; c) a previsão de anulação da cessão, independentemente de ato especial, se vier a ser dada ao imóvel cedido destinação diversa da prevista no ato autorizativo, quer no todo, quer em parte do imóvel.

35 Além disso, o Decreto nº 6.018/2007, que disciplina a MP nº 353/2007 e trata especificamente da destinação dos imóveis não-operacionais da extinta Rede Ferroviária Federal S.A (RFFSA), estabelece mais duas condições ao Termo de Cessão de Uso: a) cláusula resolutiva para o caso de necessidade ou de interesse público superveniente; b) demonstração da urgência em razão da necessidade de proteção ou manutenção do imóvel, regularização dominial ou interesse público (art. 6º, *caput* e § 1º).

36 Cabe registrar que o art. 6º faz referência no *caput* apenas ao termo de entrega provisória como previsto no art. 21 da MP nº 353/2007. Mencionada medida provisória foi convertida na Lei nº 11.483/2007. O Decreto nº 6.018/2007 surgiu para regulamentar a MP nº 353. Entretanto, em tendo sido a MP nº 353 convertida na Lei 11.483/2007, naturalmente o Decreto passa a regular tal lei. Ocorre, porém, que os artigos 21 da Lei e da medida provisória estão redigidos de maneira diferente. Enquanto o art. 21 da Lei nº 11.483/2007 faz referência a termo de entrega e cessão provisórios, o art. 21 da MP nº 353/2007 e o art. 6º, *caput*, do Decreto nº 6.018/2007 mencionam apenas o termo de entrega. Em outras palavras: a medida provisória e o seu regulamento apenas prevêem a celebração de termo de entrega provisório em razão da necessidade de proteção ou manutenção do imóvel, regularização dominial ou interesse público. Não se apresenta, à primeira vista, como requisito para o termo de cessão provisória. Todavia, conforme visto anteriormente, as expressões “termo de entrega provisório” e “termo de cessão provisória” são nomenclaturas diferentes para institutos idênticos – a transferência da posse de um órgão a outro órgão ou entidade da Administração Pública Federal. Portanto, deve haver demonstração da urgência ou regularização dominial ou interesse público também para a cessão de uso provisória, nos termos do art. 6º, *caput*, do Decreto nº 6.108/2007. Desnecessária a menção expressa ao interesse público pois, ainda que não esteja expressa, a realização do interesse público deve pautar toda a atividade administrativa diante dos primados que regem o Direito Administrativo: supremacia do interesse público sobre o interesse privado e indisponibilidade do interesse público.

37 José dos Santos Carvalho Filho ensina², corroborando os argumentos acima, que cessão de uso

É aquela em que o Poder Público consente o uso gratuito de bem público por órgão da mesma pessoa ou de pessoa diversa, incumbida de desenvolver atividade que, de algum modo, *traduza interesse para a coletividade*.

A grande diferença entre a cessão de uso e as formas até agora vistas consiste em que o consentimento para a utilização do bem se fundamenta no benefício coletivo decorrente da atividade desempenhada pelo cessionário. O usual na Administração é a cessão de uso entre órgãos da mesma pessoa. Por exemplo: o Tribunal de Justiça cede o uso de determinada sala do prédio do foro para uso de

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1024-1025.

órgão de inspetoria do Tribunal de Contas do mesmo Estado. Ou o Secretário de Justiça cede o uso de uma de suas dependências para órgão da Secretaria de Saúde.

[...]

A formalização da cessão de uso se efetiva por instrumento firmado entre os representantes das pessoas cedente e cessionária, normalmente denominado de ‘termo de cessão’ ou ‘termo de cessão de uso’. O prazo pode ser determinado ou indeterminado, e o cedente pode a qualquer momento reaver a posse do bem cedido. Por outro lado, entendemos que esse tipo de uso só excepcionalmente depende de lei autorizadora, porque o consentimento se situa normalmente dentro do poder de gestão dos órgãos administrativos. Logicamente, é vedado qualquer desvio de finalidade, bem como a extensão de dependências cedidas com prejuízo para o regular funcionamento da pessoa cedente.

O fundamento básico da cessão de uso é a colaboração entre entidades públicas e privadas com o objetivo de atender, global ou parcialmente, a interesses coletivos. É assim que deve ser vista como instrumento de uso de bem público.

DA SITUAÇÃO DE URGÊNCIA E EMERGÊNCIA

38 Como bem asseverou um dos Advogados da União na fase do estudo do ato autorizativo da Cessão de Uso Provisória (item 14 do Parecer MP/CONJUR/LAV/0144-5.12/2008, às fls. 291 a 302, do Vol. 1 dos autos nº 04905.007219/207-81),

Há que se atentar que a finalidade da outorga de um instrumento provisório é a manutenção da integridade do patrimônio público, ou o atendimento a interesse público urgente. A norma, portanto, foi criada com o intento de socorrer *situações de urgência, privilegiando-se nesses casos a proteção do patrimônio da União.*

39 O INCRA, às fls. 01 a 07 do Vol. I, dos autos nº 04905.007219/2007-81, e também às fls. 546 e 597 a 604, do Vol. III, dos autos nº 04905.007219/2007-81, bem como em todas as demais manifestações nestes autos, alerta sempre para o perigo de persistirem danos variados ao patrimônio público e à coletividade caso a União, diretamente ou por sua Autarquia específica, não agir prontamente.

40 A análise técnica acerca da garantia à integridade do imóvel em questão refoge da presente análise jurídica. São os órgãos de execução –

quer o INCRA, quer a GRPU - que detêm a estrutura, o corpo técnico e, principalmente, a competência para a gestão do patrimônio da União sob suas respectivas custódias.

DA ÁREA DESAPROPRIADA EM DECORRÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL COM TRÂNSITO EM JULGADO DESDE ABRIL DE 2001

41 Cumpre destacar que o Município de Limeira, em 1983, propôs ação de desapropriação em face da extinta FEPASA (autos nº 2005.61.09.007375-6, 1ª Vara Federal de Piracicaba – antigo nº 560/83 – 2ª Vara Cível de Piracicaba), tendo sido a FEPASA incorporada à Rede Ferroviária (RFFSA). Essa demanda judicial transitou em julgado em 06/04/2001, com decisão em favor do Município expropriante (fls. 465 a 494, do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35).

42 Referida desapropriação foi deflagrada pelo Decreto nº 056, de 27 de maio de 1983, do Prefeito de Limeira, declarando serem as glebas I a III de utilidade pública e que, em regime de urgência seriam desapropriadas áreas para: construção de tratamento de esgoto; construção de lagos de estabilidade para tratamento provisório de esgoto; instalação de próprios municipais destinados a obras, transportes e materiais; instalação de canteiro de mudas destinados à arborização da cidade; instalação de parque municipal visando à proteção de paisagens locais naturais; construção de um centro desportivo; construção de um centro cultural; construção de um distrito industrial (fls. 438 a 440 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35). Ato contínuo, foi publicado o Decreto nº 057/83 a fim de declarar a referida desapropriação em regime de urgência (fl. 441 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35).

43 A área desapropriada é de 757.665,17 metros quadrados (fls. 442, 482 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35).

44 O trânsito em julgado se deu, conforme dito anteriormente, em 06.04.2001 (fl. 494 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35).

45 Não houve impugnação quanto aos valores pagos pelo Poder Público Municipal por quem de direito, ou seja, a Rede Ferroviária Federal S.A.

46 O terreno passou para o patrimônio do Município de Limeira muito antes da transferência do patrimônio da RFFSA para o domínio da União. Mais precisamente, 6 anos, 1 mês e 25 dias antes da Lei nº 11.483/2007.

47 É importante destacar esse tópico da desapropriação da extensão acima descrita uma vez que o pedido do INCRA sempre *excluiu* dos seus requerimentos a área do Horto Florestal do Tatu que foi desapropriada pelo Município de Limeira em 2001. Por isso a área descrita, por exemplo, no requerimento contido a fl. 03 dos autos n do Vol. I, dos autos nº 04905.007219/2007-81 – Ofício/INCRA/SR/(08)/GAB/Nº 4.170/2007 - é de *620,70 hectares*.

48 Da mesma forma, o inventariante do patrimônio da extinta RFFSA, ao notificar o Município de Limeira para desocupar toda a região do Horto Florestal do Tatu, desconsiderou tal notificação ao verificar que dentro da área havia um pedaço que não mais pertencia à RFFSA (fls. 591 a 592 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35 – Ofício nº 924/URSAP/INV/RFFSA/2007). Tanto é assim, que no anexo do Termo de Transferência nº 18/2008, a inventariança da RFFSA ressalva no item 16 a existência de área desapropriada (fl. 650 do Vol. II, dos autos nº 04905.002368/2008-35).

49 Houve depósito inicial feito pelo Município de Limeira quando da imissão na posse. Se a União ceder ao INCRA a parcela do Horto Florestal do Tatu que não lhe pertence, além de ser obrigada a devolver o valor depositado na época da referida imissão na posse devidamente corrigido, teria que indenizar o proprietário por alienação *a nom domino*.

50 Note-se que no Laudo Ambiental Resumido (fls. 599 a 604 do Vol. III, dos autos nº 04905.007219/2007-81), na descrição do imóvel identificado como Horto Florestal do Tatu consta como área **602,8676 hectares**. Essa a área, portanto, contida no pedido do INCRA, dada a constatação inicial de que a gleba desapropriada em 2001 não mais pertencia à RFFSA e, por conseguinte, não integra o patrimônio da União.

51 Ante todo o exposto, entende-se que a área desapropriada acima descrita deve ser retirada do Termo de Cessão.

DA POSSE

52 A presente cessão de uso tem por escopo transferir ao INCRA a posse do Horto Florestal do Tatu – hoje propriedade da União. Lembrando apenas que a União é proprietária da parcela do Horto Florestal do Tatu que não abrange a gleba desapropriada acima descrita.

Acontece que tramita em Piracicaba ação judicial nº 2007.61.09.00581-19, proposta pelo Município de Limeira, de reintegração de posse, com pedido de liminar. Referida liminar foi deferida inicialmente na Justiça Estadual e mantida pela Justiça Federal, quando a União e o INCRA passaram a integrar a ação de reintegração como assistentes. O magistrado federal manteve a posse do Município de Limeira, suspendendo, contudo, a execução do cumprimento da medida liminar de reintegração de posse. Essa suspensão do cumprimento da medida não retirou, entretanto, o caráter de posseiro atribuído ao Município de Limeira pelo Poder Judiciário. De forma que, enquanto a liminar não for cassada ou revogada, o Termo de Cessão provisória do uso não terá a eficácia pretendida.

53 De maneira alguma se está a pôr em dúvida a propriedade dos 620, 70 hectares. Referida propriedade é da União, por força de lei, sendo reconhecida inclusive pelo próprio Município de Limeira que, em vários documentos contidos nos autos analisados, pede ao Ministro do Planejamento – via moções de parlamentares municipais – que a cessão temporária não se efetive (fls. 518 a 544 do Vol. III dos autos nº 04905.007219/2007-81), bem como oficiou à SPU solicitando aquiescência para a aquisição do Horto Florestal do Tatu (fls. 1 a 4, do Vol. III, dos autos nº 04905.007219/2007-81)

54 Esses atos demonstram inexistir polêmica quanto à propriedade do imóvel. A posse, no entanto, permanece com o Município de Limeira.

BENFEITORIAS REALIZADAS NO LOCAL, SE LEVANTADAS, DEVEM SÊ-LO POR ATOS FORMAIS

55 É importante destacar, por derradeiro, que o INCRA, a fl. 4 do Vol. I nº 04905.007219/2007-81), assim manifestou:

No que tange à parte do imóvel registrada sob a matrícula nº 5.294, a Prefeitura Municipal promoveu a ocupação *irregular* com atividades que não denotam o pressuposto do interesse social, tais como kartódromo, campo de motocross, aterro sanitário próximo a um córrego, jazida de retirada de terra, estande de tiros e pista de aerodelismo.

56 E a Nota Técnica/MP/SPU/DII/CGI/Nº 154/2007, em seu item 10, (fl. 720, do Vol. III, dos autos nº 04905.007219/2007-81), declara que:

ficou decidido que a cessão provisória do imóvel em epígrafe seria promovida em favor do INCRA, que se manifestou favorável à manutenção das parcelas do imóvel que já se encontram ocupadas de forma *regular* pelo Município de Limeira.

57 Entre as duas assertivas, resta a questão: O INCRA levantará todas as ocupações que considerar irregular? Tal questão é relevante uma vez que, segundo a Nota Técnica cujo trecho acima se transcreveu, o INCRA manterá as parcelas do imóvel que já se encontram ocupadas de maneira *regular*. Em contrapartida, o INCRA declinou quais ocupações considera *irregulares*. Caso o INCRA pretenda retirar as ocupações por ele consideradas irregulares, chama-se à atenção, apenas por cautela, para a necessidade de eventuais indenizações por benfeitorias até então realizadas e que todo o ato de retirada das benfeitorias deve ser formal, para resguardar a Administração de eventuais futuras demandas que venham mais a prejudicar do que auxiliar o processo de Projeto de Desenvolvimento Sustentável proposto nos termos do Estudo de Viabilidade Técnica e Financeira.

CONCLUSÃO PROPOSITIVA

58 Diante de todas as considerações acima, sugere-se algumas alterações na Minuta do Termo de Cessão Provisória de fls. 831 a 832, do Vol. III, dos autos nº 04905.007219/2007-81. Para facilitar a visualização das mudanças propostas, sempre que possível, foram redigidos na íntegra os trechos em que se sugere a alteração. Alterações pontuais serão escritas e sublinhadas.

59 Preâmbulo: TERMO DE CESSÃO PROVISÓRIA firmado entre a Gerência *Regional em São Paulo da Secretaria do Patrimônio da União* e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, de imóvel localizado no Município de Limeira/SP, denominado Horto Florestal do Tatu, com área de *620, 70 hectares*, com base no processo administrativo nº 04905.007219/2007-81 e seus apensos, na forma abaixo.

60 Alterou-se, portanto, o nome do órgão de SPU para GRPU - sem retirar-lhe a vinculação, pois foi chamado de Gerência Regional em SP da SPU. Essa mudança parece pertinente uma vez que o órgão signatário será a GRPU, representada, no ato, por este NAJ/SP.

61 Também foi alterada a metragem, retirando-se a área desapropriada. (Vide itens 40 a 50 deste Parecer).

62 Aos... dias... [...] a *UNIÃO (GRPU)*, representada neste ato *pelo Coordenador-Geral* do Núcleo de Assessoramento Jurídico em São Paulo [...] lavrado em conformidade com o disposto nas *Leis nºs 11.483/2007; 9.636/1998; 8.629/1993; 4.504/1964; Decreto nºs 6.018/2007 e 9.760/1946; Decretos nº 3.725/2001.* [...]

63 No trecho acima inseriu-se a GRPU em parênteses para indicar expressamente o órgão da União em tela; também se alerta que o Termo será assinado pelo Coordenador-Geral do NAJ/SP e se insere toda a legislação utilizada.

64 *CLÁUSULA PRIMEIRA* – aqui deve ser feita referência exata às inscrições/ matrículas do registro de imóveis que contemplam os cerca de 620 hectares dos quais a União pode dispor por lhe pertencerem.

65 *‘CLÁUSULA SEGUNDA:* a descrição deve ser precisa, contemplando a metragem excluindo a área desapropriada.

66 *CLÁUSULA TERCEIRA:* [...] é feita a *Cessão Provisória de Uso Gratuito* do imóvel descrito na *CLÁUSULA SEGUNDA*, que terá vigência até a decisão final no processo administrativo que trata da destinação definitiva do bem, que se destina a programa de reforma agrária, na forma da proposta contida no *Estudo de Viabilidade Técnica e Financeira* apresentada pelo *INCRA* e que é parte integrante deste Termo como anexo. É fundamental que o *Estudo de Viabilidade Técnica e Financeira* integre o presente Termo para atender o disposto no art. 18, § 3º, da Lei nº 9.636/1998.

CLÁUSULA QUARTA: A presente *Cessão Provisória de Uso Gratuito* tornar-se-á nula, independentemente de ato especial e sem direito à indenização, se ao imóvel cedido, no todo ou em parte, vier a ser dada aplicação diversa da prevista no ato autorizativo e conseqüente termo. Essa redação segue exatamente o previsto no art. 18, § 3º, da Lei nº 9.636/1998.

67 *CLÁUSULA QUARTA:* ainda na cláusula quarta realizar as seguintes correções [...] c) se o outorgado Cessionário renunciar [...]. d) se em qualquer época o *OUTORGANTE Cedente* necessitar do Imóvel ou se *interesse público superveniente assim exigir.* Ainda no item “c”, é importante mencionar após a palavra “extinto”, a qual extinção se refere.

68 *CLÁUSULA QUINTA:* [...] terá validade pelo prazo necessário à incorporação do imóvel *ao patrimônio da União* e à sua substituição por instrumento definitivo de destinação. Nesta cláusula é necessário

inserir a qual incorporação se refere e aproveitar e deve-se acentuar a letra “a” (crase).

69 CLÁUSULA SEXTA: *NESTE ATO E TENDO EM VISTA A PREMENTE NECESSIDADE DE PROTEÇÃO E MANUTENÇÃO DO IMÓVEL, COM VISTAS A EVITAR A INTENSIFICAÇÃO DOS GRAVES E NOTÓRIOS CONFLITOS SOCIAIS EXISTENTES E DEVIDAMENTE RESPALDADA*... *(aqui, o termo “respaldada” se refere somente à outorgante, por isso respaldada deve ser escrita no singular. Quanto às demais alterações, vide comentários do item 34 deste Parecer). “[...] formaliza a cessão provisória de uso gratuito ao OUTORGADO que ficará responsável pela administração, uso, conservação e demais responsabilidades sobre as despesas oriundas do imóvel. [...] juntamente com as testemunhas abaixo assinadas, presentes a todo o ato”.*

70 *RECOMENDO INSERIR UMA CLÁUSULA SUSPENSIVA nos seguintes termos: a presente cessão temporária de uso gratuito do Horto Florestal do Tatu será efetivada apenas quando cassada ou revogada a liminar nos autos judiciais nº 2007.61.09.00581-19 – Vara Federal de Piracicaba/SP.*

71 É o parecer que submeto à apreciação do Coordenador-Geral do NAJ/SP.

São Paulo, 04 de dezembro de 2008.

Viviane Vieira da Silva
Advogada da União

PARECER

PGFN/CRJ/Nº 2527/2009

Karol Teixeira de Oliveira
Procuradora da Fazenda Nacional

Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009 - Nova disciplina do mandado de segurança, em suas modalidades individual e coletiva.

Análise das principais inovações que repercutem na representação judicial da Fazenda Nacional.

I

DO OBJETO DA CONSULTA

O presente parecer consiste em uma primeira leitura da *Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009*, estatuto que confere *nova disciplina ao mandado de segurança*, nas modalidades individual e coletiva do remédio constitucional, ao passo em que *revogou as leis que antes regiam a matéria* - Leis nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, nº 4.166, de 4 de dezembro de 1962, nº 4.348, de 26 de junho de 1964, nº 5.021, de 9 de junho de 1966 – além de outros dispositivos (art. 29 da *Lei nº 12.016, de 2009*).

2. Como mencionado, trata-se de uma primeira análise, em que se busca, essencialmente, chamar a atenção para alguns novos dispositivos, e traçar algumas diretrizes, sem descuidar que, por se tratar de novo diploma, apenas o tempo possibilitará uma sólida construção doutrinária e jurisprudencial acerca das modificações implementadas pela nova lei.

3. Informamos que esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional/CRJ também já está estudando possíveis medidas visando propor alteração/revogação de dispositivos constantes da *Lei nº 12.016, de 2009*, que, em seu entender, implicam retrocesso quanto às prerrogativas dos representantes judiciais da Fazenda Pública, bem como em relação às normas de direito processual de uma forma geral, por ter desconsiderado alterações promovidas no Código de Processo Civil e em outras leis esparsas após a propositura do projeto de lei que deu origem à *Lei nº 12.016, de 2009*.

4. Antes de passar propriamente ao objeto da consulta, parece-nos importante fazer um breve relato acerca da tramitação do projeto de lei que deu origem à *Lei nº 12.016, de 2009*, nesta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional.

5. Conforme se pode depreender da Mensagem nº 824, de 07 de agosto de 2001, que transmitiu a Exposição de Motivos do mencionado projeto ao Congresso Nacional, tratava-se de texto elaborado naquele ano de 2001. Não obstante tratar-se de projeto antigo, apenas foi submetido à apreciação da Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional/CRJ quando tramitava no Senado Federal em regime de urgência.

6. Esta Coordenação-Geral, atendendo à consulta formulada, e dentro dos limites que a urgência requerida na apreciação da

matéria pôde permitir, elaborou o *Parecer PGFN/CRJ nº 1302, de 2009*, que foi encaminhado, juntamente com o *Parecer PGFN/CRJ nº 2192, de 2007*, à Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, no intuito de contribuir com a redação do texto original.

7. É importante mencionar que foi pontuada pela CRJ/PGFN a necessidade de reformulação de vários dos dispositivos constantes do mencionado projeto de lei, e que, nesse sentido, a tão só possibilidade de vetar, e não poder reformular os dispositivos legais, não seria suficiente à correção e releitura que a matéria indiscutivelmente merecia.

8. Em seguida, esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional elaborou o *Parecer PGFN/CRJ nº 1486/2009*, com argumentos para embasar a exclusão dos artigos cuja imperatividade de veto se mostrava inquestionável, sendo importante consignar a firme posição desta Coordenação-Geral no sentido de que os vetos propostos representavam apenas uma parte das modificações de que o projeto de lei carecia. Todavia, ao final, conforme se pode extrair do sítio eletrônico da Presidência da República, apenas dois vetos foram, de fato, apresentados, de forma que o projeto de lei original foi aprovado com poucas ressalvas.

9. Postas estas informações, passamos ao estudo dos assuntos que, inicialmente, merecem atenção, pedindo vênua, desde já, para transcrever dos pareceres já elaborados algumas observações pontuadas por ocasião da análise feita antes da aprovação do projeto de lei.

II

DA ANÁLISE DA LEI Nº 12.016/2009

10. Neste primeiro estudo, merecem atenção os arts. 6º, §3º, 7º, 9º e 13 da Lei nº 12.016, de 2009, por conterem disposições que repercutem na atuação judicial por parte das unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Vejamos, inicialmente, o conceito de autoridade coatora constante da nova lei:

Art. 6º

§3º Considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para sua prática. [...]

11. O parágrafo 3º do art. 6º da Lei nº 12.016, de 2009, conceitua a autoridade coatora como “aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática”, incluindo na definição aquele agente que foi mero executor do ato, inobstante não deter nenhum poder decisório para ordenar a prática ou desfazimento do ato apontado como coator.

12. Por ocasião da análise do projeto de lei, sugerimos a exclusão do dispositivo, ao argumento de que a nova redação ampliava, indevidamente, o conceito de autoridade a ser apontada como a coatora, alertando que, na prática, a definição, da forma em que posta, poderá ensejar situações em que agentes públicos serão compelidos – por vezes, sob pena de multa ou prisão – a dar cumprimento a ordens cujos atos não estão sequer compreendidos dentre suas atribuições, gerando situações de embaraço, ou mesmo de ilegalidade (em razão do desvio de competência), mas que deverão ser cumpridas por força de decisão judicial. Nesse sentido, reproduzimos abaixo parte das observações constantes do Parecer PGFN/CRJ nº 1302, de 2009:

[...]

17. A despeito de não haver um conceito legal de *autoridade coatora*, observa-se que a doutrina e nossos Tribunais convergem na idéia de que a definição de *autoridade coatora* pressupõe poder decisório para fazer ou desfazer o ato que se visa impugnar pela especial via do mandado de segurança.

18. Nos termos da melhor doutrina, invocamos as lições do professor *CASSIO SCARPINELLA BUENO*, em cujos termos a “*autoridade coatora é, pois, a pessoa que ordena a prática concreta ou a abstenção impugnáveis. Não quem fixa as diretrizes genéricas para a produção dos atos individuais. Tampouco o mero executor material do ato, que apenas cumpre as ordens que lhe são dadas. A autoridade coatora deve ter a competência para o desfazimento do ato. Trata-se, pois, de verificar quem tem função decisória ou deliberatória sobre o ato impugnado no mandado de segurança e não, meramente, função executória*”¹. Consoantes estes ensinamentos, fica bastante claro que o agente que tão-somente cumpre ordens, implementando comandos recebidos de outrem, é apenas executor, não se enquadrando no conceito de autoridade coatora cujos atos possam ser atacados por meio do mandado de segurança.

19. Outrossim, também os e. Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça assim vêm entendendo, conforme ementas extraídas de seus julgados abaixo transcritas:

¹ In BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23

EMENTAS: 1. *LEGITIMIDADE. Passiva. Mandado de segurança. Autoridade tida por coatora. Pensão previdenciária. Cancelamento. Ato determinado em acórdão do Tribunal de Contas da União. Legitimação passiva exclusiva deste. Execução por parte do Gerente Regional de Administração do Ministério da Fazenda. Irrelevância. Autoridade tida por coatora, para efeito de mandado de segurança, é a pessoa que, in statu assertionis, ordena a prática do ato, não o subordinado que, em obediência, se limita a executar-lhe a ordem. [...]*

(Supremo Tribunal Federal. MS 24927, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/2005, DJ 25-08-2006)

EMENTA: *Mandado de segurança regularmente remetido ao Supremo Tribunal com base na letra n do art. 102, I, da Constituição e requerido contra ato do Presidente de Tribunal Regional do Trabalho, como executor material de decisão terminativa do Tribunal de Contas da União (CF, art. 71, IX). Ilegitimidade passiva do impetrado, visto partir da Corte de Contas a causa eficiente da coação. Conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, insubsistente a liminar concedida na instância de origem. (Supremo Tribunal Federal AO 168, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 16-04-1999)*

[...]

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – MANDADO DE SEGURANÇA – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO EXECUTOR MATERIAL DO ATO IMPUGNADO – GRATIFICAÇÃO DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA – EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA OS OCUPANTES DE CARGOS REMUNERADOS COMO CARGO COMMISSIONADO.

1. O Presidente do TRF da 1ª Região agiu por força da determinação do Conselho da Justiça Federal, sendo portanto mero executor do ato impugnado.

2. *Somente a autoridade que tem poder para praticar e desfazer o ato é parte legítima para figurar como impetrado.*

3. Os antigos chefes de secretaria, cujo cargo era comissionado, mas de provimento efetivo, foram equiparados aos ocupantes de cargo em comissão, passando a serem similares, em termos de remuneração, aos DAS.5, depois transformado em FC 09 e, por fim, em CJ-3.

4. A Lei 10.475/2002, no parágrafo único do art. 8º, excluiu da incidência da gratificação de atividade judiciária os ocupantes de cargo remunerados como sendo em comissão ou função gratificada.

5. Em literal interpretação, temos que os impetrantes não fazem jus à GAI.

6. Segurança denegada. (MS 11.052/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, *CORTE ESPECIAL*, julgado em 04/10/2006, DJ 18/12/2006 p. 276)

[...]

20. A redação do *parágrafo 3º do artigo 6º* - indevidamente - amplia o conceito de autoridade a ser apontada como a coatora, vez que também menciona aquela *que tenha praticado o ato impugnado*. Na prática, a definição, da forma em que posta, dará ensejo a situações em que agentes públicos serão compelidos - por vezes, sob pena de multa ou prisão - a dar cumprimento a ordens cujos atos não estão sequer compreendidos dentre suas atribuições, gerando situações de embaraço, ou mesmo de ilegalidade (em razão do desvio de competência), mas que deverão, de alguma forma, ser cumpridas por força de decisão judicial.

21. Nesse sentido, e acompanhando as lições do emérito professor *CASSIO SCARPINELLA BUENO*, entendemos que se poderia aplicar a mesma definição constante do artigo 1º, parágrafo 2º, inciso III da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em cujos termos autoridade é “*o servidor ou agente público dotado do poder de decisão*”. Na hipótese de não ser possível a emenda ao projeto, sugere-se a exclusão/ou veto do dispositivo, para que seja aplicado por analogia o conceito da lei nº 9.784, de 1999, ou as definições já consolidadas doutrinária e jurisprudencialmente.”

13. O dispositivo foi mantido na nova lei de mandado de segurança. Contudo, não obstante a nova previsão legal, caso seja apontada autoridade coatora manifestamente ilegítima – seja porque não detém poder decisório sobre o ato apontado como coator, de acordo com suas atribuições legais ou regimentais, seja porque sequer participa da prática

do ato – recomenda-se ao Procurador da Fazenda Nacional suscitar, em sua manifestação, *preliminar de ilegitimidade passiva*, visando demonstrar que a autoridade pública impetrada não tem poderes deliberatórios sobre a prática do ato ou omissão impugnados, não correspondendo, tampouco, à teleologia do instituto (que busca obter a justificativa estatal do ato atacado, em face da autoridade sobre a qual recai poder decisório para fazer ou mandar fazer).

14. Para subsidiar a argumentação, sugere-se invocar o conceito de autoridade contido na *lei especial* do processo administrativo no âmbito da *Administração Pública Federal* (art.1º, § 2º, inc. III, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 - autoridade é “*o servidor ou agente público dotado do poder de decisão*”), bem como os conceitos consolidados pela doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

15. Também o professor Cássio Scarpinella, acima invocado, reitera suas lições após a edição da nova lei, firmando que:

importa, contudo, conjugar a previsão legal não só com o que já entendiam a respeito do tema doutrina e jurisprudência, mas também com o art. 1º, §2º, III, da Lei n. 9.784/1999, que ‘regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal’².

16. Passemos, em seguida, às importantes alterações promovidas pelo art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009:

Art. 7º Ao despachar a inicial, o juiz ordenará:

I – que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos a fim de que, no prazo de 10 (dez dias), preste as informações;

II – que se dê *ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito;*

[...]

17. O art. 7º manteve, em seu inciso I, a notificação da autoridade coatora para a apresentação de informações, ao passo em que determinou que se dê *ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica*

2 in BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 28-29

interessada. O dispositivo legitima os seguintes questionamentos quanto à atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, fazendo-se necessário fixar as seguintes orientações:

- (i) Quando a Procuradoria da Fazenda Nacional é intimada para, querendo, ingressar no feito, trata-se de faculdade ou obrigação?
- (ii) Qual a manifestação a ser apresentada pelo Procurador, e qual o prazo?

18. A redação do inciso II do art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009, dispôs que, ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, será dada ciência para que este, *querendo*, ingresse no feito. A leitura literal do dispositivo revela que não se trata de uma obrigação. Nesse sentido, verifica-se que a nova lei não previu sanção em face do não ingresso do órgão de representação judicial naquela oportunidade.

19. Não obstante a redação do dispositivo conduza ao entendimento de que se trata de uma faculdade, parece-nos que *a Procuradoria da Fazenda Nacional deve, sim, ingressar no feito quando intimada, após o despacho da inicial*.

20. A “*faculdade*” de ingresso, nessa hipótese, consiste em um “poder-dever”, ou, consoante as lições do professor Celso Antonio Bandeira de Melo, trata-se de um “*dever-poder*”, implicando uma prerrogativa da qual o órgão de representação judicial da União não pode (não deve) abrir mão. A despeito de não haver uma sanção, pode ou não decorrer prejuízo em face da ausência da manifestação do órgão jurídico, em razão do que é interesse da União que seus representantes judiciais atuem no feito desde o início.

21. Como sabido, a antiga lei do mandado de segurança (Lei nº 1.553, de 1951) determinava fosse intimada tão somente a autoridade impetrada para prestar informações quanto ao fato apontado como coator. Esta dinâmica possibilitava que as informações fossem produzidas unicamente pelas autoridades administrativas.

22. No caso da Secretaria da Receita Federal do Brasil, quando os Delegados são apontados como autoridades coatoras, as informações nos mandados de segurança podem ser elaboradas diretamente pelos próprios Delegados, ou com auxílio de outros servidores destacados para aquela função, não havendo obrigatoriedade de tramitação dos autos

do mandado de segurança pela Procuradoria da Fazenda Nacional. E, nessas situações, não obstante o zelo dos agentes públicos que elaboram aquelas informações, não é impossível que lhes escapem detalhes (jurídicos) que ao operador do direito não passariam despercebidos.

23. Antes, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional só ingressava na defesa da União quando intimada da concessão de liminares/ antecipações de tutela, ou, não sendo este o caso, somente após a prolação da sentença, relegando a momento posterior a possibilidade de a União suscitar, por exemplo, preliminares de prescrição, decadência, litispendência, coisa julgada, etc, matérias estas essencialmente jurídicas e em cuja defesa é especializado o órgão de representação judicial. Não obstante em muitos órgãos já existisse uma atuação conjunta entre a Receita Federal do Brasil e as respectivas unidades da Procuradoria da Fazenda Nacional, parece-nos que, agora, a novel redação conclama a presença dos órgãos de representação judicial para acompanhar as ações de segurança desde o início.

24. No Parecer PGFN/CRJ nº 2192/2007, do então Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, foram formuladas diversas sugestões visando aperfeiçoar a normatização dos mandados de segurança, com propostas de alteração legislativa, e já se apontava que, hoje, o uso do mandado de segurança massificou-se, conduzindo verdadeiras ações tributárias, não havendo mais fundamento para que a resposta da União não seja elaborada pelo próprio órgão de representação judicial. Nesse sentido, transcrevemos os seguintes trechos do elucidativo parecer, lembrando que se trata de estudo elaborado antes da nova Lei nº 12.016, de 2009:

III - A RESPOSTA AO MANDADO DE SEGURANÇA

12. De acordo com a legislação vigente, a resposta ao mandado de segurança dá-se com as *informações* prestadas pela autoridade impetrada (art. 7º, I, Lei 1.533/53). A lógica que determinou que a resposta às alegações do autor (impetrante) tenha a forma de *informações* e não de *contestação*, como no processo comum ordinário, imbrica-se com a finalidade originária dessa garantia constitucional: a proteção do cidadão contra o Estado. Ora, se o que se buscava era reprimir ou prevenir o abuso estatal, nada mais plausível que buscasse o juiz a justificativa estatal do ato atacado, em vez de se citar a pessoa jurídica de direito público para defender o ato em questão.

13. Todavia, como já dissemos na introdução, o mandado de segurança massificou-se, passando a englobar lides de massa, cuja nota comum é a incidência do direito público. Como lide que é, *o mais adequado é a apresentação propriamente de defesa pela pessoa jurídica que se encontra no pólo passivo da ação, e não de meras informações*. Essa defesa, inclusive, deveria ser técnica, de responsabilidade de advogado, profissional capaz de defender interesses em juízo, por obediência ao princípio do devido processo legal e da ampla defesa. A prática, em grande parte das vezes, consolidou esse mandamento lógico, sendo bastante comum que o advogado público do órgão pertinente elabore as “informações” que serão apresentadas – e assinadas – pela autoridade supostamente coatora. É o que extrai da prática Roberto ROSAS: “Quem tem vivência com o mandado de segurança sabe que as informações solicitadas pelo juiz ‘informam’ muito mais; até defendem o ato, contestando a impetração; quando, por vezes, são anexados pareceres jurídicos e peças eminentemente de reforço. Tecnicamente as informações deveriam cingir-se ao esclarecimento dos fatos. Mas o vizo da contestação, e não da informação, transformou o mandado de segurança em ação, onde a pessoa jurídica impetrada é ré”³.

14. Com a feição atual do *mandamus*, não há mais qualquer justificativa lógica que imponha revestir a resposta do Poder Público a forma de “informações” e não de contestação. *Pensemos no exemplo do mandado de segurança que visa à declaração de inexistência de obrigação tributária, em que se alega a inconstitucionalidade da lei que majorou um tributo qualquer. Trata-se de típica ação tributária, utilizada em massa pelos contribuintes. Existiria razão para determinar que a defesa fosse feita pela autoridade administrativa do Fisco e não, diretamente, por seu órgão de representação judicial? Cremos que não. Não há razão jurídica nem prática para a manutenção desse sistema de resposta. Considerando, inclusive, que o representante judicial da pessoa jurídica de direito público deve ser comunicado da eventual concessão de medida liminar ou mesmo da ordem em sentença, inclusive para que possa interpor o recurso que entenda cabível, não é adequado que permaneça a resposta sob a responsabilidade de órgão distinto da advocacia pública, principalmente se se observar que o prequestionamento da matéria legal e constitucional, para o fim de se conduzir futuramente o processo à instância extraordinária, por meio dos recursos especial e extraordinário, deve ser feito desde a inauguração da instância ordinária.”*

3 *Direito Sumular*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 253.

25. Outrossim, como sabido, existe importante discussão na doutrina sobre quem seria o verdadeiro réu na ação mandamental, se a autoridade impetrada, ou a pessoa jurídica em cujo nome o agente público, indicado como autoridade coatora, exerce suas funções, sendo mais razoável a segunda corrente. Ademais, diversos doutrinadores já defendiam que deveria ser afastada a notificação da autoridade coatora, e efetivada a citação da própria pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, quando no exercício de funções públicas.

26. Quanto a este ponto, o professor Cássio Scarpinella Bueno antecipa sua opinião no sentido de que a prescrição de que se dê “ciência ao órgão de representação judicial” prevista no inciso II do art. 7º, é verdadeira citação, e que o dispositivo prevê dupla citação, implicando verdadeiro litisconsórcio passivo necessário. Nas lições do eminente mestre, *in verbis*:

[...] A citação, nos precisos termos do art. 213 do Código de Processo Civil, é o ato pelo qual se dá ciência a alguém de que há um processo em seu desfavor, viabilizando a oportunidade de se defender. Há consenso na doutrina quanto a ser ônus do réu exercitar sua defesa, o que, nessa perspectiva, explica suficientemente o verbo “querendo” utilizado pelo legislador mais recente.

[...]

O que se extrai da previsão atual, contudo, é que a Lei n. 12.016/2009, mesmo que involuntariamente, acabou cedendo à prática do foro e retornando ao sistema da Lei n. 191/1936 e do Código de Processo Civil de 1939 [...] ao estabelecer um litisconsórcio passivo e necessário entre a autoridade coatora e o órgão ou pessoa jurídica a que pertence. Aquela, a autoridade, será notificada para prestar as informações que entender necessárias, isto é, para justificar o ato que praticou ou que está na iminência de praticar. Este, o órgão ou pessoa jurídica, será cientificado para, querendo, apresentar a defesa que entender importante em seu próprio nome, secundando, ou não, o ato coator tal qual individuado na petição inicial.⁴

27. Por todos estes argumentos, *recomendamos que a Procuradoria da Fazenda Nacional, intimada nos moldes do art. 7º, inciso II, da Lei nº 12.016, de 2009, ingresse no feito, naquela oportunidade. Parece-nos tratar-se de simples manifestação, na qual a Procuradoria da Fazenda Nacional complementa, se*

4 BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. pg. 36/39

entender necessário, as informações elaboradas pela autoridade coatora; caso contrário, se entender que as informações já elaboradas são suficientes, orientase ingressar no feito para informar ao Juízo que representa judicialmente a União, solicitando ser intimada de todas as decisões proferidas.

28. É preciso, em seguida, refletir sobre *qual a manifestação a ser apresentada pelo Procurador da Fazenda Nacional, e em que prazo deverá fazê-lo*. A nova lei não descreveu qual o tipo de manifestação cabível neste momento, dispondo apenas que se trata de oportunidade para, querendo, ingressar no feito; outrossim, não firmou expressamente qual o prazo para essa manifestação do órgão de representação judicial da União. Considerando tais circunstâncias, devemos optar pela solução que, por cautela, com mais fidelidade atenda à inteligência da lei.

29. Automaticamente, três possibilidades podem ser vislumbradas: aplicação (a) do prazo para contestação previsto no Código de Processo Civil, ou (b) do prazo de cinco dias, nos termos do art. 185 do CPC; ou, ainda, (c) 10 dias, prazo este concedido pela Lei nº 12.016, de 2009, à autoridade coatora para prestar suas informações, e ao Ministério Público para, querendo, se manifestar no *mandamus*.

30. Podemos descartar, desde já, o item (a). A Lei nº 12.016, de 2009, não falou em contestação, resposta do réu que implicaria o prazo de 15 dias, conforme art. 297 do CPC, ou ainda, de 60 dias, decorrentes da leitura conjunta dos artigos 188 e 297 daquele Código. Além de implicar prazos mais extensos que aqueles conferidos à autoridade coatora e ao MPF para manifestação, a sistemática da contestação não pode simplesmente ser transposta ao mandado de segurança, por exercício de interpretação.

31. Também não nos parece ser o caso de aplicação do art. 185 do Código de Processo Civil, o qual prevê que “*não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte*”. Veja-se que a aplicação deste prazo, como parâmetro, na presente situação levaria à esdrúxula situação de descompasso, em que a autoridade apontada como coatora teria o prazo de 10 dias - eleito como razoável pela lei - para apresentar suas informações, e o órgão de representação judicial teria de o fazer na metade do tempo, quando a lógica do procedimento é inversa, ou seja, as informações elaboradas sobre o ato coator é que, muitas vezes, contêm subsídios necessários à defesa judicial da União.

32. Outrossim, veja-se, ainda, que a Lei nº 12.016, de 2009, não remeteu - ao menos expressamente - ao Código de Processo Civil a

disciplina de todas as suas lacunas, sendo plausível que assim só se faça quando não for incompatível e/ou não for possível extrair da própria lei que rege o *mandamus* uma melhor compreensão.

33. Portanto, para manter coerência e conservar a celeridade imposta pela dinâmica do mandado de segurança, entendemos seja adotado o *prazo de 10 dias* para a manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional. É o prazo que a Lei nº 12.016, de 2009, elegeu como razoável, eis que determinou expressamente que a autoridade coatora deverá apresentar suas informações em 10 dias (art. 7º, inc. I), e que o Ministério Público poderá, se entender necessário, manifestar-se também em 10 dias. Corroborando esta opção, valem-nos, mais uma vez, dos ensinamentos do professor Cássio Scarpinella, em cujas lições “à falta de previsão expressa, o prazo para que o órgão ou pessoa jurídica se manifeste no processo de mandado de segurança só pode ser o de dez dias reservado às “informações da autoridade coatora”⁵.”

34. Passemos à análise do art. 9º, que tem a seguinte redação:

Art. 9º. As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou órgão a que se acham subordinadas e ao Advogado-Geral da União ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou da entidade apontada como coatora *cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para a eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.*

35. O art. 9º da nova lei de mandado de segurança é um dos que merece especial atenção, pois, em nosso entender, implementou importante modificação *em desfavor dos órgãos de representação judicial* da União.

36. A leitura primeira do dispositivo conduz ao seguinte questionamento: a intimação pessoal dos órgãos de representação judicial, feita diretamente pelo Juízo, prevista no art. 3º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964 (com redação alterada pela Lei nº 10.910, de 2004), foi substituída por uma obrigação atribuída à autoridade administrativa de remeter o expediente, em 48 horas, à Procuradoria da Fazenda Nacional, para adoção de eventuais providências a cargo da defesa judicial (suspensão da medida liminar e defesa do ato apontado como

5 BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 40.

coator); *ou* representa o art. 9º da nova lei do mandado de segurança tão somente obrigação interna imposta à autoridade coatora consistente em encaminhar as decisões liminares e informações e elementos necessários à defesa do ato impugnado aos órgãos de representação judicial, sem que isso, todavia, implique em intimação dos órgãos de defesa?

37. É importante contextualizar as mencionadas modificações, para, apenas em seguida, extrair as conclusões. O art. 9º da nova lei do mandado de segurança repetiu, com algumas pequenas alterações, a redação *original* do art. 3º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, revogada pela Lei nº 12.016, de 2009, e que assim dispunha, *in verbis*:

Art. 3º As autoridades administrativas, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da notificação da medida liminar, remeterão ao Ministério ou ao órgão a que se acham subordinadas e ao procurador-geral da República ou a quem tiver a representação judicial da União, do Estado, do Município ou entidade apontada como coatora, cópia autenticada do mandado notificatório, assim como indicações e elementos outros necessários às providências a serem tomadas para eventual suspensão da medida e defesa do ato apontado como ilegal.

38. Em seguida, a Lei nº 10.910, de 2004, deu nova redação ao dispositivo, que passou a prever que:

Art. 3º Os representantes judiciais da União, dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios ou de suas respectivas autarquias e fundações serão *intimados pessoalmente pelo juiz* no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, das decisões judiciais em que suas autoridades administrativas figurem como coatoras, com a entrega de cópia dos documentos nelas mencionados, para eventual suspensão da decisão e defesa do ato apontado como ilegal ou abusivo de poder.

39. A nova redação conferida ao art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, não foi recuperada pela Lei nº 12.016, de 2009, possivelmente devido ao fato de o projeto de lei que deu origem à nova lei do mandado de segurança ser anterior à Lei nº 10.910, de 2004. O “esquecimento” da nova redação, como o chamou o professor Cássio Scarpinella⁶, implica nítido retrocesso em relação às prerrogativas de intimação dos órgãos de representação judicial da União, e demais entes federados, por

6 BUENO, Cassio Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 60

causar confusão na identificação do momento em que deve ser considerado intimado o órgão de representação judicial.

40. Isto porque, por ocasião da vigência da redação original do art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, somente a autoridade coatora era notificada da propositura do mandado de segurança. Esta autoridade encarregava-se da remessa das decisões judiciais e informações correlatas às Procuradorias competentes, e, já nessa época, a redação do dispositivo implicou dificuldade para a Administração Pública, eis que a atuação de seus órgãos de defesa dependia da pronta e eficaz tramitação procedimental dos expedientes nos órgãos públicos.

41. Posteriormente, reconhecendo o sistema a necessidade de assegurar a inequívoca ciência dos órgãos de representação judicial, para defesa dos atos praticados por suas autoridades administrativas, a nova redação do art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, chancelou a prerrogativa dos advogados públicos de serem intimados pessoalmente das decisões judiciais proferidas nas ações de segurança. Tomamos, mais uma vez, emprestadas as lições do professor Cássio Scarpinella, que esclareceu tratarem tais modificações “da criação de condições mais concretas e seguras de os advogados públicos atuarem em juízo”, isto sem prejuízo da notificação da autoridade coatora⁷.

42. A redação do artigo 9º da Lei nº 12.016, de 2009, com o “*esquecimento*” da nova redação conferida ao art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, nos permite observar que não foi plenamente atingida uma das principais metas da nova lei do mandado de segurança – consolidar, em um único diploma, as normas que disciplinam as ações de segurança – pois o regresso à antiga disciplina, sem necessidade de maiores explicações, é um regresso *tout court*.

43. Em termos práticos, a nova lei dispõe que, ao despachar a inicial, o juiz ordenará a ciência do órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, para, querendo, ingressar no feito, e, de outro lado, o art. 9º retoma a redação original do art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964.

44. Como conciliar? A princípio, parece claro que, se o órgão de defesa judicial informa o interesse em ingressar no feito desde o início, deverá ser intimado de todas as decisões judiciais. Ademais, estão em vigor as leis que traduzem as prerrogativas de intimação dos membros da AGU

⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. *Mandado de segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 245

(art. 6º da Lei nº 9.028, de 1995), e, mais especificamente, dos membros da Procuradoria da Fazenda Nacional (art. 20 da Lei nº 11.033, de 2004. “As intimações e notificações quando dirigidas a Procuradores da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista”); bem como o § 4º, do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, com nova redação dada pela Medida Provisória nº 2.180/2001, determinando que “nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado”.

45. Dizemos “*a princípio*”, porque não podem ser desconsideradas as seguintes variáveis:

- (i) o ato de “dar ciência” previsto no art. 7º da Lei nº 12.016, de 2009, não implica a “citação” dos órgãos de defesa, e, assim, por ora, não se pode antecipar qual será a dinâmica aplicada pelo Poder Judiciário;
- (ii) certamente não faltará quem tente transmutar o “esquecimento” do legislador – em considerar o art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, após a alteração de sua redação em 2004 – em verdadeiro intuito de superar a prerrogativa conferida aos advogados públicos;
- (iii) há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação do art. 3º da Lei nº 4.348, de 1964, implicava a desnecessidade de intimação pessoal dos representantes judiciais das pessoas jurídicas interessadas das decisões liminares.

46. Não obstante os argumentos que garantem as prerrogativas dos Procuradores da Fazenda Nacional de serem intimados pessoalmente com vista dos autos, considerando a realidade acima exposta, e eventual possibilidade de que alguns órgãos do Poder Judiciário encampem o argumento de (volta à) desnecessidade de intimação direta da defesa judicial, *parece-nos seja mais recomendável a adoção, por esta PGFN, do caminho mais cauteloso, implicando considerar a intimação para recorrer das decisões liminares a data da intimação feita à autoridade coatora.*

47. E, nesse sentido, mesmo quando as liminares forem concedidas/denegadas antes do despacho da petição inicial, dever-se-á considerar que a Fazenda Nacional foi intimada na data da notificação da autoridade

coatora, atentando-se que esta dispõe de 48 horas para encaminhar o expediente à PFN, prazo este que deverá ser abatido do prazo de que dispõe o órgão de representação judicial para recorrer.

48. Assim, é importante que as unidades da PFN, em sintonia com os órgãos da Secretaria da Receita Federal do Brasil, operacionalizem a entrada e rápida tramitação de tais decisões para pronta atuação dos órgãos de defesa judicial; bem como continuem defendendo, em tais casos, as nossas prerrogativas de intimação pessoal. Por oportuno, esta CRJ informa que trabalha em proposta de revogação do mencionado dispositivo, dentre outros desta nova lei do mandado de segurança.

Art. 13 Concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada.

49. Quanto a este dispositivo, apenas chamamos atenção para a possibilidade de intimação dos órgãos de representação judicial, para ciência da sentença proferida, por oficial de justiça ou *por correio*, disposição esta que ignorou as prerrogativas dos Procuradores da Fazenda Nacional, constantes de outras leis. Importante frisar que, por ocasião da tramitação do projeto, esta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional pediu a exclusão do dispositivo, conforme se depreende do Parecer PGFN/CRJ nº 1302/2009, nos seguintes termos, *verbis*:

30. Em relação ao *artigo 13*, veja-se que o dispositivo dispõe que 'concedido o mandado, o juiz transmitirá em ofício, por intermédio do oficial do juízo, ou pelo correio, mediante correspondência com aviso de recebimento, o inteiro teor da sentença à autoridade coatora e à pessoa jurídica interessada', desprezando a prerrogativa – que, como sabido, não se confunde com mero privilégio - de intimação pessoal dos órgãos de representação judicial da União. Neste ponto, somos pela exclusão do dispositivo no que diz respeito à possibilidade de intimação da autoridade coatora, e *principalmente* do órgão de representação judicial da pessoa jurídica ré, de forma que permaneçam em vigor o artigo 6º da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995 (a intimação de membro da Advocacia-Geral da União, em qualquer caso, será feita pessoalmente), o *art. 20 da Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004 (As intimações e notificações quando dirigidas a Procuradores*

da Fazenda Nacional, dar-se-ão pessoalmente mediante a entrega dos autos com vista) e o artigo 17 da Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004 (Nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, os ocupantes dos cargos das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil serão intimados e notificados pessoalmente).

50. Todavia, mantido o dispositivo, e ante a necessidade de acompanhamento das intimações para contagem dos respectivos prazos recursais, cabe tão somente alertar às unidades da PFN sobre a importância de sistematização do recebimento das intimações que venham a ser recebidas por correio, a exemplo de algumas unidades que assim o fizeram por Ordem de Serviço.

51. A par disso, orienta-se às unidades da PFN manter a defesa das prerrogativas de intimação pessoal com vista dos autos, ao argumento da especialidade das leis próprias, que deverão prevalecer sobre a regra geral contida na nova lei de mandado de segurança. Consignamos, ainda, que também este artigo será objeto do projeto de alteração de dispositivos contidos na nova lei.

52. A Lei nº 12.016, de 2009, propôs-se, ainda, a regulamentar o mandado de segurança coletivo, o que fez nos artigos 21 e 22, a seguir transcritos, *in litteris*:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

§ 2º No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

53. Por ocasião da análise do Projeto de Lei nº 125, de 2006 (nº de tramitação na Câmara dos Deputados), que deu origem à Lei nº 12.016, de 2009, manifestamo-nos pela exclusão dos dispositivos referentes ao mandado de segurança coletivo, tendo em vista a existência do *Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*, que disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências, atualmente submetido à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados.

54. Alertamos, naquela oportunidade, que o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, visa, essencialmente, consolidar em texto único a disciplina das ações para tutela coletiva, e que a aprovação de uma lei versando sobre mandado de segurança coletivo, aprovada anteriormente àquele projeto de lei de ações coletivas, poderia trazer sérias implicações em relação aos avanços que se procurava implementar.

55. Considerando que o art. 22 do então Projeto de Lei nº 125, de 2006, mantido na Lei nº 12.016, de 2009, menciona que o mandado de segurança coletivo se destina à tutela de interesses coletivos e *individuais homogêneos*, e que, sendo as matérias atinentes ao direito tributário, essencialmente, modalidades de direito individual homogêneo disponível, conjugado à inexistência de vedação expressa de utilização de mandado de segurança coletivo para veicular pretensões envolvendo

tributos, buscou-se alertar quanto ao uso do mandado de segurança coletivo na esfera fiscal. Aqui, vale a pena revermos as considerações expostas no Parecer PGFN/CRJ nº 1486/2009:

43. A tutela coletiva dos direitos coletivos *lato sensu* – englobando os direitos coletivos *stricto sensu*, direitos difusos e direitos individuais homogêneos – é matéria das mais relevantes no âmbito de uma sociedade de massa, em que os direitos meramente individuais cedem espaço cada vez maior à discussão dos direitos metaindividuais.

44. E até se compreende o intuito em trazer, pela primeira vez, disciplina normativa expressa do mandado de segurança coletivo.

45. Todavia, não é novidade a existência de diversas propostas de elaboração de um código de processo coletivo. E, nesse sentido, ganha destaque o projeto de lei que *disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências*, que já tramita na Câmara dos Deputados (*Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*), e que foi objeto de estudos e reuniões, inclusive no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, reunindo diversos estudiosos do tema, bem como órgãos públicos interessados, dentre eles, esta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

46. Saliente-se que *um dos objetivos primordiais do projeto de lei que disciplina as ações para tutela coletiva é consolidar em texto único a disciplina da matéria*. Hoje, a doutrina entende que o *microsistema processual para as ações coletivas* é formado pelas normas processuais coletivas do *Código de Defesa do Consumidor* e da *Lei de Ação Civil Pública*. Conforme ensinam os professores Fredie Didier Junior e Hermes Zanetti Junior:

‘Há um procedimento-padrão para as causas coletivas: é o previsto de forma integrada na lei de ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor (Leis Federais nº 7.347/85 e nº 8.078/90). Esse procedimento funciona como o procedimento comum da tutela coletiva.

Além dele, é possível referir ao procedimento especial do mandado de segurança coletivo (aplicação da Lei Federal 1.533/51 e demais diplomas referentes ao writ individual em conjunto e no que não contrastar com o procedimento-padrão do processo

coletivo, preservada a regra da legitimação constitucionalmente referida no art. 5º, LXX da CF/88), a ação popular, (Lei Federal nº 4.717/65), as ações previstas no CDC [...], o mandado de injunção coletivo (para o qual se aplica, no que couber e enquanto não editada legislação específica, o regramento processual do mandado de segurança, nos termos do art. 24, parágrafo único da Lei Federal nº 8.038/1992). [...].

47. Os professores apontam ainda outros estatutos legislativos que contêm normas que visam a tutela coletiva em matérias específicas, a exemplo da Lei nº 7.853/1989, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; da Lei nº 7.913/1989, para proteção dos investidores em valores mobiliários; da Lei nº 8.069, de 1990, para defesa das crianças e dos adolescentes; e da Lei nº 10.741, de 2003, dispondo sobre o Estatuto do Idoso.

48. Uma das novas propostas do novo projeto de lei de ações coletivas é, portanto, a consolidação da matéria em um único texto, e, nesse sentido, desde já se visualiza que a disposição de regras acerca do mandado de segurança coletivo vai de encontro a esta vertente que busca unificar e harmonizar a matéria em uma só norma.

49. O Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, prevê, em seu art. 67, que as *disposições desta Lei aplicam-se ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas*. Quer dizer, o próprio projeto faz a ressalva da possibilidade de existência de normas próprias ao mandado de segurança coletivo.

50. Contudo, aqui cabe fazer uma importante observação. Como já frisado, o Projeto de Lei nº 5.139, de 2009 – e que não é objeto de estudo nesse momento – é fruto de longos estudos e reuniões, trazendo novidades na disciplina das ações coletivas.

51. A possibilidade de uma lei versando sobre mandado de segurança coletivo, aprovada anteriormente àquele projeto de lei de ações coletivas – o PL tramita em fase de urgência no Senado Federal, que abriu prazo para apresentação de emendas até 10/07/2009 – poderá trazer sérias implicações em relação aos avanços que se procurava implementar.

52. Inicialmente, é preciso alertar que, se o Projeto de Lei nº 125, de 2006, for aprovado com os dispositivos que disciplinam o

mandado de segurança coletivo, certamente dará ensejo a teses no sentido de que as novas regras trazidas pelo Projeto de Lei nº 5.139, de 2009, não se aplicarão ao mandado de segurança coletivo, por já haver lei específica anterior regulando a matéria, já que, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil, *lei geral posterior não revoga lei específica*.

53. Nessa linha de raciocínio, e apenas para evidenciar o prejuízo que daí poderá advir, ressalte-se que hoje o *mandado de segurança coletivo* vem sendo utilizado no intuito de submeter diversas teses em matéria tributária ao Poder Judiciário, em que *o interessado opta pela via do mandado de segurança somente em razão de seu rito, ou mesmo dos “privilégios” que a jurisprudência reconhece aos autores nessa espécie de ação*. A Fazenda Pública vem se insurgindo contra o uso indiscriminado do *mandamus* na sua modalidade coletiva, pois as conseqüências podem causar desastroso impacto na arrecadação dos entes federados – ao prejuízo não apenas das pessoas jurídicas de direito público, mas dos cidadãos que, superando a autotutela, a elas transferem o poder de gestão da sociedade.

54. Todavia, o art. 22 do Projeto de Lei nº 125, de 2006, menciona que o mandado de segurança coletivo se destina à tutela de interesses coletivos e *individuais homogêneos*. *Sabendo-se que o direito tributário enquadra-se na modalidade de direito individual homogêneo disponível*, e ante a inexistência de vedação expressa a sua utilização para defesa da ordem tributária, dará fundamento aos que tentam se valer do mandado de segurança coletivo na esfera fiscal.

55. Será extremamente difícil às representações judiciais das Fazendas Públicas sustentar a aplicação da Lei de Ação Civil Pública, *que não contempla a possibilidade de seu uso para defesa da ordem tributária*, aos mandados de segurança coletivo, quando sobrevier lei posterior, específica, que prevê expressamente a viabilidade de uso do *mandamus coletivo* para defesa de direitos individuais homogêneos.

56. E qual o impacto de tais formulações?

57. É de se observar que o PL em comento não contém norma análoga ao art. 16 da atual Lei 7347/85, (que prevê que a sentença em ação coletiva faz coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator).

58. Valendo-nos de estudos elaborados nesta Coordenação-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional, pela i. Procuradora da Fazenda Nacional, Dra. Luana Vargas Macedo, se se passar a considerar tão-somente o novo estatuto normativo específico do mandado de segurança coletivo:

‘[...] O cabimento de ação coletiva em matéria tributária permitirá que decisões proferidas em cognição superficial por um único juiz federal, de qualquer Estado da Federação, determinem, ainda que em caráter provisório, a suspensão do pagamento de um determinado tributo em todo o território nacional.

Basta imaginar a hipótese em que uma ação coletiva seja ajuizada com o intuito de se obter, liminarmente, a suspensão da exigibilidade de tributo, e, ao final, a declaração da inexistência de relação jurídica tributária, tudo sob o argumento de que a correspondente norma de incidência é inconstitucional. Em hipóteses desse jaez, será plenamente possível que o juízo federal no qual tramita a ação coletiva, considerando inconstitucional determinada lei tributária, suspenda, liminarmente, a sua exigibilidade, o que provocará a *suspensão do pagamento do tributo, de uma só vez, em todo o território nacional*.

Ora, é inegável o incalculável impacto que esse tipo de situação poderá causar aos cofres públicos: veja-se que será possível a paralisação de toda a arrecadação, no país inteiro, de um determinado tributo. Também são inegáveis os transtornos, provavelmente incontornáveis, que liminares e sentenças com esse teor causarão no que diz respeito ao orçamento público, sujeito, como se sabe, ao princípio da previsibilidade das despesas e das receitas públicas.

E ainda que, atualmente, o Poder Público disponha de mecanismos processuais diferenciados para obter a neutralização de provimentos de urgência, de que é exemplo a “suspensão de segurança”, disciplinada, em grande parte, pela Lei n. 8.437/92, não há, por óbvio, qualquer garantia de que o manejo de tais mecanismos será suficiente para, diante das incontáveis situações concretas verificáveis na prática, subtrair, a tempo, os efeitos de uma medida liminar gravosa e injusta aos interesses públicos.

A verdade é que, até que essa liminar que determinou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em todo o País seja, enfim, suspensa, os prejuízos causados aos cofres públicos certamente já estarão concretizados. E, caso, ao fim, a ação coletiva seja julgada improcedente, a “reposição” dos valores que

deixaram de ser pagos durante a vigência dessa medida liminar, na melhor das hipóteses, apenas ocorrerá depois de anos. Fala-se em “na melhor das hipóteses” por que, na realidade, mostra-se pouco crível que, havendo a revogação da liminar que suspendeu, no País inteiro, o pagamento de um determinado tributo, a Receita Federal do Brasil tenha condições, inclusive materiais, de efetivar autuações fiscais contra *todos os contribuintes* do país que, beneficiados com os efeitos *erga omnes* da decisão concessiva da liminar, deixaram de pagar o tributo. Enfim, o que deixou de ser recolhido durante o período em que esteve em vigor a liminar, que poderá corresponder a toda a arrecadação do tributo durante alguns ou vários meses, ou, quiçá, anos, dificilmente será reposto aos cofres públicos.’

59. Outrossim, veja-se que o *Projeto de Lei nº 5.139, de 2009*, implica em grande avanço, ao prever expressamente, em seu art. 1º, que:

‘Art. 1º

§ 1º *Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.*

§ 2º *Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.’*

60. Ou seja, se aprovado nos termos em que proposto, a leitura conjugada dos diversos dispositivos indica que não será permitido o uso de ações coletivas para veicular pretensões que envolvam tributos. Em outras palavras, valendo-nos unicamente deste projeto de lei, poder-se-ia facilmente extrair que o mandado de segurança coletivo *não* poderá ser utilizado para obter tutela coletiva em matéria tributária.

61. Entretanto, a aprovação do Projeto de Lei nº 125, de 2006, possivelmente causará dúvida que não deveria mais existir com a aprovação do PL de ações coletivas, pois, certamente, não faltará quem alegue que a disciplina especial do mandado de segurança coletivo prevista no PL sob análise se sobrepõe àquela outra – do PL nº 5.139, de 2009.

62. Por todos estes fundamentos, somos pela *exclusão ou veto dos artigos 21 e 22 do Projeto de Lei nº 125, de 2006, que disciplinam o mandado de segurança coletivo.*

56. O fato é que os artigos 21 e 22 foram mantidos na Lei nº 12.016, de 2009. Entretanto, também é fato que a leitura e interpretação sistemática dos diversos dispositivos em vigor que normatizam as ações para tutela coletiva afasta a possibilidade do uso de tais ações para submeter pretensões de ordem tributária (afastando-se a leitura isolada da Lei nº 12.016, de 2009, para suplantar vedação expressa contida na lei de ação civil pública).

57. Assim, deparando-se com mandado de segurança coletivo discutindo matéria tributária, recomenda-se ao Procurador da Fazenda Nacional manter a defesa de seu descabimento para veicular pretensões envolvendo tributos, podendo, para tanto, valer-se, inclusive, dos seguintes argumentos:

- O entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o *microssistema processual para as ações coletivas* é formado pelas normas processuais coletivas do *Código de Defesa do Consumidor* e da *Lei de Ação Civil Pública* (Lei nº 7.347, de 1985).
- A Lei de Ação Civil Pública, no parágrafo único do art. 1º, prevê expressamente que ‘não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados’. Esta disciplina continua sendo aplicável ao mandado de segurança coletivo, pois, seguindo a regra de hermenêutica de que norma geral não revoga norma especial, positivada no art. 2º, §2º da Lei de Introdução ao Código Civil (*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*), a *regra especial* que impede o cabimento de ação coletiva para veicular pretensões que envolvam tributos não é revogada pela norma geral contida no inciso II do parágrafo único do art. 21 da Lei nº 12.016, de 2009.
- Outra limitação pode ser encontrada na própria Lei nº 12.016, de 2009, pois o art. 21, ao mesmo tempo em que fixa os legitimados à propositura do mandado de segurança coletivo, restringiu o seu uso para defesa de direitos líquidos e certos da totalidade ou de parte dos membros ou associados, na

forma dos estatutos e desde que pertinentes às finalidades das entidades legitimadas a sua propositura.

58. Por fim, em razão de questionamento suscitado em nossa lista virtual de discussão, é importante retomar o §2º do art. 22 (no mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, apenas para frisar que a intimação da PFN feita nos termos deste dispositivo *não* se confunde com a intimação do inciso II do art. 7º. Ou seja, no caso do §2º do art. 22, a PFN é intimada não para manifestar interesse em ingressar no feito, mas já para se pronunciar acerca da questão trazida naquele mandado de segurança coletivo, ocasião em que poderá verificar a possibilidade de oposição dos argumentos acima expostos.

59. São essas as considerações e recomendações que, por ora, submetemos à superior apreciação, no intuito de fornecer elementos e orientações para a representação judicial da Fazenda Nacional nos autos das ações de mandado de segurança.

60. Relembramos que este parecer é fruto de uma primeira leitura da nova legislação, em que se procurou responder aos principais questionamentos relacionados à atuação judicial da carreira. Por se tratar de lei nova, certamente outras dúvidas surgirão, e, nesse contexto, o presente estudo já começa incompleto, em razão do que esperamos contar com a valiosa participação dos colegas Procuradores da Fazenda Nacional para identificar outras questões que mereçam estudo.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,

em 17 de novembro de 2009.

KAROL TEIXEIRA DE OLIVEIRA

Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À apreciação do Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 18 de novembro de 2009.

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO
Coordenador de Consultoria Judicial

De acordo. À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 18 de novembro de 2009.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Coordenador-Geral da Representação Judicial da Fazenda Nacional

Aprovo. Encaminhem-se cópias do parecer às unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, bem como às Delegacias da Secretaria da Receita Federal do Brasil, em face das importantes orientações contidas no presente estudo.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 23 de novembro de 2009.

FABRÍCIO DA SOLLER
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário

**JURISPRUDÊNCIA COMENTADA
DA CONSTITUCIONALIDADE DA
LIMITAÇÃO DA RENDA NO AUXÍLIO-
RECLUSÃO PELA DECISÃO NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO Nº 587.365**

Luís Paulo Suzigan Mano

Procurador Federal

Pós-graduado lato sensu em direito penal e processual penal pela UEL

Pós-graduando lato sensu em direito previdenciário pela Uniderp

SUMÁRIO: Introdução; 1 Importância Econômica da Decisão; 2 Da Legislação Sobre o Auxílio-Reclusão; 3 Análise da Decisão no Recurso Extraordinário nº 587.365; 4 Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A jurisprudência a ser analisada é a decisão proferida no RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 587365/SC¹, assim ementada:

PREVIDENCIÁRIO.CONSTITUCIONAL.RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. LIMITAÇÃO DO UNIVERSO DOS CONTEMPLADOS PELO AUXÍLIO-RECLUSÃO.BENEFÍCIO RESTRITO AOS SEGURADOS PRESOS DE BAIXA RENDA. RESTRIÇÃO INTRODUZIDA PELA EC 20/1998. SELETIVIDADE FUNDADA NA RENDA DO SEGURADO PRESO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes.

II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários.

III - Diante disso, o art. 116 do Decreto 3.048/1999 não padece do vício da inconstitucionalidade.

IV - Recurso extraordinário conhecido e provido.

Trata-se de *leading case* publicado em 08-05-2009, onde, por 7 votos a 3, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a renda a ser considerada para a concessão de auxílio-reclusão é a renda do segurado recluso, e não a renda de seus dependentes.

Por fim, cumpre esclarecer que, no mesmo sentido, também foi proferida decisão no Recurso Extraordinário 486.413.

1 IMPORTÂNCIA ECONÔMICA DA DECISÃO

Inicialmente, a importância social e econômica da referida decisão se verifica pelo fato do referido recurso ter sido admitido pelo

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REx 587365/SC*. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, data do julgamento: 25/03/2009, Publicação: DJ 08-05-2009 - DJe-084. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01/04/2010.

STF como sendo possuidor *Repercussão Geral*, conforme determina a regra do artigo 102, § 3º da Constituição Federal, inserida pela Emenda Constitucional 45.

Além disso, para demonstrar a importância econômica desta decisão, interessantes as considerações que constam do *Caderno de Memoriais de 2009 da Procuradoria-Federal Especializada do INSS*², apresentados pelo referido órgão da AGU no Recurso Extraordinário Nº 587.365/SC. Vejamos:

3 DO IMPACTO FINANCEIRO

Para se estimar o impacto financeiro de uma possível fixação da renda do dependente na aferição do requisito de “baixa renda” para fins de concessão do auxílio-reclusão, levou-se em consideração as seguintes premissas:

- População carcerária em 2007: 440.013
- Potenciais segurados do RGPS presos: 176.005 (40% da população carcerária)
- para se chegar a esse percentual foi observado que os contribuintes do RGPS (36.421.009) representam 40% da população ocupada (90.786.019), em 2007.
- nº de auxílios-reclusão em manutenção em 11/2008: 22.796.
- nº de presos cujos dependentes não possui auxílio-reclusão: 153.209.
- renda média dos benefícios em 10/2008 – R\$ 584,12.
- multiplicando o nº de encarcerados que não geraram benefícios aos seus dependentes pela renda média de outubro chega-se: R\$ 89.492.441,08 por mês.
- em um ano tem-se: R\$ 1.163.401.734,04.
- A previsão orçamentária de 2009 para pagamento dos benefícios de auxílio-reclusão é de R\$ 159.787.194,24

² Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=83125&id_site=1116>. Acesso restrito via REDEAGU. Acesso em: 01/04/2010.

Assim, Nobre Julgador, na remota hipótese do INSS vir a ser sucumbente nessa demanda, é dizer, caso seja decidido que o requisito de “baixa renda” a ser observado é a do dependente do segurado, o INSS terá de desembolsar a mais, anualmente, cerca de *R\$ 1 bilhão de reais*. (grifo nosso)

Assim, resta evidente a enorme repercussão financeira desta decisão, pois, caso tivesse sido proferida em sentido contrário, poderia elevar os gastos públicos com o referido benefício dos atuais R\$ 160 milhões por ano, para cerca de *R\$ 1 bilhão anuais*, contribuindo para aumentar o tão conhecido *déficit* da previdência.

2 DA LEGISLAÇÃO SOBRE O AUXÍLIO-RECLUSÃO

Primeiramente, interessante observar que o auxílio-reclusão existe no ordenamento pátrio há mais de 50 anos³, tendo inicialmente sido concedido apenas pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos e posteriormente também pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Bancários. Após, passou a ter maior amplitude de concessão ao ser incluído na Lei nº 3.807/60, conhecida como Lei Orgânica da Previdência Social.

Atualmente, o auxílio-reclusão é benefício destinado aos dependentes de segurado recluso, estando regrado pelo artigo 80 da Lei nº 8.213/91:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

Interessante notar que legislador ordinário tratou individualmente do auxílio-reclusão em apenas um único artigo na Lei 8213/81, sendo o mesmo mencionado mais algumas poucas vezes em outros artigos

3 BRASIL. Ministério da Previdência Social. Disponível em: < <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=922>> Acesso em: 01/04/2010.

gerais da mesma norma, sem que, contudo, tenha sido nela tratada a questão da limitação da renda.

Tal limitação restou delegada ao Anexo do Decreto 3048/99, conhecido como Regulamento da Previdência Social, que tratou deste benefício no seu artigo 116:

Art. 116. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço, desde que o seu último salário-de-contribuição seja inferior ou igual a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais). (grifo nosso)

Cumprе esclarecer que o *valor* da referida limitação tem sido anualmente atualizado, pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social, por sucessivas portarias que estabelecem os seguintes valores⁴:

PERÍODO	SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO TOMADO EM SEU VALOR MENSAL
De 1º/6/2003 a 31/4/2004	R\$ 560,81 - Portaria nº 727, de 30/5/2003
De 1º/5/2004 a 30/4/2005	R\$ 586,19 - Portaria nº 479, de 7/5/2004
De 1º/5/2005 a 31/3/2006	R\$ 623,44 - Portaria nº 822, de 11/5/2005
De 1º/4/2006 a 31/3/2007	R\$ 654,61 - Portaria nº 119, de 18/4/2006
De 1º/4/2007 a 29/2/2008	R\$ 676,27 - Portaria nº 142, de 11/4/2007
De 1º/3/2008 a 31/1/2009	R\$ 710,08 - Portaria nº 77, de 11/3/2008
De 1º/2/2009 a 31/12/2009	R\$ 752,12 - Portaria nº 48, de 12/2/2009
A partir de 1º/1/2010	R\$ 798,30 - Portaria nº 350, de 30/12/2009

⁴ BRASIL. Ministério da Previdência Social. Disponível em: < <http://www.previdenciasocial.gov.br/conteudoDinamico.php?id=22> > Acesso em: 01/04/2010.

Tal limitação, todavia, não está restrita ao Decreto 3.048/99, mesmo porque é princípio básico de direito que o decreto não pode, por si só, criar ou restringir direitos.

Inicialmente, tal restrição aparece na Emenda Constitucional nº 20/98, que dedicou um artigo ao referido benefício:

Art. 13 - Até que a lei discipline o acesso ao salário-família e *auxílio-reclusão* para os servidores, segurados e seus dependentes, *esses benefícios serão concedidos apenas àqueles que tenham renda bruta mensal igual ou inferior a R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais)*, que, até a publicação da lei, serão corrigidos pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social. (grifo nosso)

A mesma também se encontra prevista no artigo, 201, IV da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela citada Emenda:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

IV - salário-família e *auxílio-reclusão* para os dependentes dos *segurados de baixa renda*; (grifo nosso)

Todavia, a interpretação do referido artigo constitucional, incluído pela Emenda Constitucional Nº 20, de 15 de Dezembro de 1998, gerou inúmeras divergências por parte da doutrina e jurisprudência. Somente, agora, mais de *10 anos após o início de sua vigência*, restou firmada sua correta interpretação pelo Supremo Tribunal Federal com a decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 587.365.

Assim, passamos a analisar a referida decisão.

3 ANÁLISE DA DECISÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 587.365

No referido Recurso Extraordinário, a controvérsia restringiu-se a hermenêutica constitucional do dispositivo que trata do auxílio-reclusão.

O referido benefício é devido aos dependentes de segurado recolhido à prisão, no regime fechado e semi-aberto.

Todavia, diferente da grande maioria dos benefícios mantidos pelo Regime Geral de Previdência Social, o referido benefício não é destinado a todos indistintamente.

Pelo *princípio da seletividade*⁵ deve a seguridade social delimitar quais as contingências sociais deverão, preferencialmente, ser protegidas, levando em conta as restrições orçamentárias do sistema. Trata-se da chamada “*Reserva do Possível*”.

Em atenção aos referido princípio, o poder constituinte derivado, através da Emenda Constitucional nº 20/1998, inseriu um *limitador econômico* como requisito para concessão deste benefício.

Importante lembrar que, antes da referida alteração constitucional, o benefício era concedido aos dependentes de todo e qualquer segurado preso⁶.

Assim, o referido benefício passou a ter previsão constitucional no artigo, 201, IV da carta magna, cuja redação atual garante a concessão do “[...] auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda.”

A divergência, no caso em tela, recai justamente sobre requisito da “*baixa-renda*”, previsto no citado art. 201, IV.

Debateu-se na doutrina⁷ e na jurisprudência se tal expressão se referia à renda do *segurado recluso ou à renda de seus dependentes*.

O INSS, autarquia que responsável pela concessão e pagamento dos benefícios previdenciários, aplica o disposto no art. 116 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, já citado, onde expressamente previu-se que a renda a ser considerada será o *ultimo salário-de-contribuição do segurado recolhido a prisão*.

5 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, p. 68.

6 SOMARIVA, et al. *Salário-família, salário-maternidade, auxílio-reclusão e seguro-desemprego*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1099, 5 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8599>>. Acesso em: 25 abr. 2010. P.01.

7 IBRAHIM, op. cit., p. 682.

Entretanto, predominava na jurisprudência brasileira de forma quase unânime que a *renda dos dependentes* é que deveria servir de base para a concessão ou não do auxílio-reclusão.

A título de exemplo, a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região chegou a editar a *Súmula nº 05* sobre o tema, com a seguinte redação: “*Para fins de concessão do auxílio-reclusão, o conceito de renda bruta mensal se refere à renda auferida pelos dependentes e não a do segurado recluso.*”

Tal súmula, todavia, restou cancelada⁸ na sessão de 04-12-2009, no Processo nº 2008.71.95.001809-3, como reflexo da decisão do Supremo Tribunal Federal ora analisada.

Tal fato reafirma a importância deste *leading case*, o qual passamos a analisar.

Para correta compreensão do tema, imprescindível a análise dos votos e do inteiro teor da referida decisão.

Especial atenção merece o voto do relator⁹, Ministro Ricardo Lewandowski, que primeiramente faz uma *interpretação literal ou gramatical* da referida norma:

Ora, basta uma leitura perfunctória da norma em questão para concluir que o Estado tem o dever constitucional de conceder auxílio-reclusão aos “dependentes” dos presos que sejam, ao mesmo tempo, “segurados” e de “baixa renda”. *Do contrário constaria no dispositivo constitucional, como bem observou o recorrente, a expressão ‘auxílio-reclusão para os dependentes de baixa renda dos segurados’.*

[...]

caso o constituinte derivado tivesse pretendido escolher a renda dos dependentes do segurado como base de cálculo para concessão do auxílio-reclusão, não teria ele inserido o texto a expressão “baixa renda” como *adjetivo para qualificar os “segurados”*, mas para caracterizar os “dependentes”. (grifo nosso)

8 Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/institucional/institucional.php?id=cojef_sumulas_TRU>
Acesso em: 01/04/2010

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **REx 587365/SC**. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, data do julgamento: 25/03/2009, Publicação: DJ 08-05-2009 - DJE-084. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em: 01/04/2010.

Realmente, a interpretação gramatical do referido artigo constitucional não deixa dúvidas de que o requisito baixa renda pertence ao segurado, ante a posição, na frase, do adjetivo “*baixa renda*”.

Mas nem sempre a interpretação literal consegue extrair o fiel significado da norma, razão pela qual o Ministro Relator explana também sobre a *interpretação teleológica ou finalística* da mesma:

Ou seja, o constituinte derivado, a evidência, buscou circunscrever o universo dos beneficiários do auxílio-reclusão apenas aos dependentes dos presos segurados de baixa renda, não a estendendo a qualquer detento, independente da renda auferida por este, *quicá como medida de contenção de gastos.* (grifo nosso)

A “contenção de gastos” citada pelo nobre Ministro Relator nada mais é do que a aplicação do já citado *Princípio da Seletividade*, previsto no Art.194, parágrafo único, III da Carta Magna.

Mais adiante, continua o Ministro Relator:

Verifico , assim, que um dos escopos da referida Emenda Constitucional foi o de *restringir o acesso ao auxílio-reclusão*, utilizando, para tanto, a renda do segurado. Quer dizer: o constituinte derivado amparou-se no *critério de seletividade* que deve reger a prestação dos benefícios e serviços previdenciários, a teor do art.194, III, da Constituição, para identificar aqueles que efetivamente necessitam do auxílio em tela.

Tal desiderato somente pode ser alcançado se a seleção tiver como parâmetro a renda do próprio preso segurado. Outra interpretação que tome em conta a renda dos dependentes, a qual forçosamente teria de incluir no rol daqueles os menores de 14 anos – impedidos de trabalhar, por força do art. 227, §3º, I, da Constituição – levaria a distorções indesejáveis.

Com efeito, caso o critério de seleção fosse baseado na renda dos dependentes, *o auxílio-reclusão alcançaria qualquer segurado preso*, independente de sua condição financeira, *que possuíse filhos menores de 14 anos.* (grifo nosso)

Assim, esclarece o Ministro Relator que não estaria atendido o princípio da seletividade se considerada a renda do dependente, pois todo

filho menor de 14 anos dependente de qualquer segurado preso faria jus ao benefício, já que há vedação constitucional ao trabalho do menor.

A fim de respaldar tal entendimento o Ministro Relator busca também a *interpretação doutrinária* da referida norma, ao citar renomados autores pátrios que comungam do mesmo entendimento, entre eles Roberto Luis Luchi Demo, Fábio Zambitte Ibrahim e Wladimir Novaes Martinez.

Aprofundando ainda mais o processo hermenêutica, o brilhante voto do relator busca uma *interpretação histórica ou evolutiva* da norma em comento, analisando a redação anterior da Constituição Federal, ao citar que:

[...] o texto original do art.201 da Lei Maior dispunha sobre o assunto em termos genéricos, conforme segue:

‘Art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a:

[...]

II- ajuda e manutenção dos dependentes dos *segurados de baixa renda*
(grifo no original)

Tal observação mostra-se muito interessante, pois se conclui que a existência de um limitador para a concessão do auxílio-reclusão já encontrava um embrião na redação original do art. 201 da Constituição Federal, ainda que de forma genérica.

Mais adiante, o Ministro Relator, com base na interpretação história, ensina que: “Então, do ponto de vista histórico – e nós verificamos isto, na previdência social –, lamentavelmente – até podemos exteriorizar essa expressão –, *o constituinte derivado vem limitando os benefícios*, como aconteceu neste caso.” (grifo nosso).

O Ministro Relator busca ainda uma *interpretação autêntica*¹⁰ da norma, ao citar a Exposição de Motivos da Emenda Constitucional nº 20/98 :

10 Não se ignora que a doutrina majoritária entende que a “exposição de motivos” não é considerada *interpretação autêntica*, mas sim *interpretação doutrinária*, uma vez oriunda do autor do projeto e não do legislador. Todavia, peço vênica para discordar deste entendimento, pois toda exposição de motivos,

Essa foi, também, a meu sentir, a intenção daqueles que elaboraram a EC 20/1998, conforme comprova a seguinte passagem da Exposição de Motivos encaminhada ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo:

‘O pagamento de salário-família, bem como do *auxílio reclusão* [...] *dirigidos hoje indiscriminadamente, a todos os segurados, passará a obedecer a critérios de seletividade baseados na efetiva necessidade*’.
(grifo no original)

Analisando-se a exposição de motivos da referida Emenda Constitucional, verifica-se claramente que a intenção da mesma era acabar com a concessão indiscriminada deste benefício “*a todos os segurados*”, limitando, desse modo, os *segurados* (e não os *dependentes*) que seriam destinatários da norma.

Dando continuidade a interpretação teleológica, o Ministro Relator conclui que:

Para os fins desse dispositivo constitucional transitório, a Portaria Interministerial MPS/MF 77, de 11 de março de 2008, estabeleceu o salário-de-contribuição equivalente a R\$ 710,08 (setecentos e dez reais e oito centavos) para efeito de aferir-se a baixa renda do segurado, segundo informa o INSS em memorial apresentado para sustentar suas razões recursais, *montante esse que supera em muito o do salário-mínimo* hoje em vigor, que corresponde a 465,00 (quatrocentos e sessenta e cinco reais).

Tal informação constitui mais um dado a demonstrar que não se mostra razoável, ao menos tendo em conta o atual contexto das finanças previdenciárias, admitir como dependente econômico do segurado preso aquele que auferir rendimentos até o valor de R\$ 710,08 (setecentos e dez reais e oito centavos). (grifo nosso)

Por fim, concluindo seu voto, o ilustre Ministro Relator Ricardo Lewandowski termina afirmando que “*O art.116 do Decreto 3.048/1999, destarte, não afrontou a Constituição...*” (grifo nosso).

apesar de não ser submetida à votação como parte do texto legal, indiscutivelmente norteia o processo legislativo, servindo para formação da convicção do legislador, razão pela qual não pode, a meu ver, ser reduzida meramente a uma fonte doutrinária.

Assim, nota-se claramente do voto do Ministro Relator, que restou seguido pela maioria dos ministros do STF, que a única interpretação possível do dispositivo constitucional em análise é a de que a renda a ser verificada deve ser a do segurado recluso.

No mesmo sentido foram às ponderações prestadas no voto do *Ministro Carlos Brito*, que acrescentaram outros relevantes argumentos:

O destinatário da norma é o segurado de baixa renda. O beneficiário é o dependente ou conjunto de dependentes.

O que a Constituição protege não é o preso por estar preso, é o segurado que está preso e é pobre.

Mais adiante, continua o Ministro Carlos Brito em sua explanação:

Subjacente ao ‘pra quê da norma’ está a necessidade de recompor a renda doméstica, de recolocar a família no status financeiro anterior, no mínimo. Busca-se suprir a falta de quem está faltando, lógico. O que é que está faltando? É a renda do segurado, que foi preso. [...] *A Constituição está protegendo a família do segurado de baixa renda, recolocando a família no estado financeiro anterior.* (grifo nosso)

O referido Ministro esclarece ainda ser possível a utilização da *interpretação topográfica*, para determinar o alcance do referido dispositivo constitucional:

Exatamente isso: há um elemento hermenêutico que favorece a interpretação de Vossa Excelência, a conclusão a que Vossa Excelência chegou, *é o topográfico*. Quando a Constituição quer beneficiar o segurado ou a sua família, *o faz em capítulo próprio da Previdência Social*, ou seja, o auxílio-reclusão se dá num contexto de contribuição/redistribuição.

[...]

É um direito do segurado, uma contrapartida da previdência, propiciar à família, aos dependentes do segurado o auxílio-reclusão num contexto contributivo/retributivo, ou seja, de previdência social. Quando o contexto não é de previdência social, o capítulo constitucional é outro, é da assistência social, aí independe de contribuição. (grifo nosso)

Por fim, o Ministro Carlos Brito faz ainda uma *interpretação analógica* com o benefício homônimo previsto no artigo 229 da Lei 8.122/91, Regime Jurídico dos Servidores Públicos, onde a renda do servidor preso é mencionada por diversas vezes.

Por outro lado, de igual importância, a análise do *voto em sentido contrário*, do *Ministro Cezar Peluso*:

Quando a Constituição se refere a dependentes de segurado de baixa renda, isso pode ser lido assim: *dependentes do segurado que tenham baixa renda*. Porque, se o caso for de segurado de baixa renda, mas cujos não necessitam de auxílio nenhum, a *previsão do auxílio-reclusão é, sim, um gasto inútil e incompreensível do Estado*.

Aliás, a Exposição de Motivos faz referência – e o eminente Ministro-Relator a transcreveu – ao critério da necessidade. Ora, o *critério da necessidade* não se põe em relação ao segurado, cujo antigo salário de contribuição é tomado como critério de outorga do benefício, mas apenas em relação aos *dependentes*. Esses, sim, *é que podem encontrar-se em situação de necessidade*.

[...]

Evidentemente, a meu ver, o benefício não pode ser do segurado de baixa renda, *porque o recluso, de acordo com a lei, não pode ter renda ou não deve estar em gozo de nenhum daqueles benefícios a que se refere o artigo 80 da Lei nº 8.213*. (grifo nosso)

Mais adiante, conclui o Ministro Cezar Peluso:

Aí, acho que a *interpretação deve centrar-se na renda familiar*, isto é, é preciso verificar se a renda familiar atinge, ou não, aquele limite. Não importa se um ou mais do conjunto de dependentes tenham, ou não, renda. O que interessa, a meu ver, é a renda familiar, porque, se *o total da renda familiar não atingir aquele teto mínimo necessário para a subsistência condigna dos dependentes*, têm eles direito ao benefício independentemente do que o segurado recebia antes e, portanto, independente do valor do seu salário de contribuição. (grifo nosso)

Assim, nota-se que a interpretação que pretende dar o Ministro César Peluso, a fim de ser considerada a renda do dependente, é voltada

para análise da *necessidade dos dependentes*, bem semelhante aos critérios de concessão do Benefício de Prestação Continuada previsto na Lei Orgânica da Assistência Social.

O principal equívoco desta interpretação é apontado no voto do *Ministro Marco Aurélio*, onde esclarece que o benefício em análise é *previdenciário* e não assistencial:

Não há, Presidente, benefício sem fonte de custeio. E as balizas previstas na Carta hão de ser respeitadas. Decorre do inciso IV, do artigo 201 do Diploma Maior que o benefício – e não a prestação de assistência social, *faço a distinção* – é devido ao segurado. Ante a norma constitucional que não se tornou de eficácia plena, veio à balha a Emenda Constitucional nº 20/98 sinalizando em que termos é devido esse benefício. Que queiramos ou não, a não ser que imaginemos até a possibilidade de avançar no campo normativo, o legislador fixou parâmetro, ou seja, o que percebido pelo preso – e a ordem natural das coisas indica que qualquer preso fica impossibilitado, de início, é a regra, e prover a subsistência da família. Previu que o valor necessário, relativamente ao quantitativo para chegar-se a esse direito, é o valor do salário do segurado que tenha dependentes – dependentes, considerada a natureza, o sentido vernacular do vocábulo -, no mês antecedente à própria reclusão, à própria impossibilidade de continuar produzindo para proporcionar o sustento da família.

[...]

Por mais que vise ao sustento dos dependentes – e *existem inúmeras prestações de assistência social*, sendo citada aqui a bolsa-família-, não tenho como fugir desses ditames. (grifo nosso)

Assim, resta claro que o equívoco do voto divergente reside justamente sobre a análise do artigo constitucional do ponto de vista exclusivo da *necessidade*, o que se mostra descabido em se tratando de benefício previdenciário, onde prevalece, como já dito, a “*Reserva do Possível*”, em atendimento ao *princípio da seletividade*.

4 CONCLUSÃO

Primeiramente, impossível deixar de mencionar que a referida decisão reveste-se de uma verdadeira aula de hermenêutica jurídica,

pois, conforme se extrai dos votos dos Ministros acima colacionados, os mesmos utilizaram-se de todos os critérios e formas de interpretação jurídica conhecidos, a fim de tentar extrair o mais correto sentido e alcance de norma sob julgamento.

Em segundo lugar, conclui-se também que se trata de uma das mais relevantes vitórias em matéria previdenciária da Advocacia-Geral da União, através de sua Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Federal Especializada do INSS, visto que o voto condutor do acórdão adota quase que integralmente as razões expostas no Caderno de Memoriais de 2009¹¹ apresentado pela PFE-INSS.

Assim, após a decisão proferida no referido Recurso Extraordinário, pacificou-se na jurisprudência que a expressão “baixa renda” prevista no inciso IV do artigo 201 da Constituição Federal refere-se à renda do segurado, e não a de seus dependentes, conforme critério que já vinha sendo adotado pelo INSS.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios Previdenciários*. 4. ed. São Paulo: Leud 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOMARIVA, Maria Salute; DEMO, Roberto Luis Luchi. Benefícios previdenciários e seu regime jurídico. Salário-família, salário-maternidade, auxílio-reclusão e seguro-desemprego. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1099, 5 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8599>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

11 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=83125&id_site=1116>. Acesso restrito via REDEAGU. Acesso em: 01/04/2010.