

REVISTA DA **AGU**

## Colaboradores:

## Institucional

- Gabriel Felipe de Souza

## Artigos

- André Emmanuel Batista Barreto Campello
- Cid Roberto Almeida Sanches
- Danielle Aleixo Reis do Valle Souza
- Flávia Danielle Santiago Lima
- Jessé Torres Pereira Júnior
- Kaline Ferreira Davi
- Luciano Pereira Vieira
- Marinês Restelatto Dotti
- Márcio Villela Machado
- Omar Serva Maciel

## Parecer

- João Francisco Aguiar Drumond

## Jurisprudência

- Grace Maria Fernandes Mendonça

16

REVISTA DA  
**AGU**

ANO VII Nº 16 - JUNHO DE 2008 - Brasília - DF

# 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) 4009-3970 e 4009-3968  
e-mail: escoladaagu@agu.gov.br

**ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
Ministro José Antonio Dias Toffoli

**DIRETOR DA ESCOLA DA AGU**  
Mauro Luciano Hauschild

**COORDENADORA-GERAL**  
Juliana Sahione Mayrink Neiva

**COORDENADORES DA REVISTA DA AGU**  
Mauro Luciano Hauschild  
Juliana Sahione Mayrink Neiva

## CONSELHO EDITORIAL

Membros Efetivos: Evandro Costa Gama - Substituto do AGU  
Jefferson Carlos Carús Guedes - Procurador-Geral da União  
João Ernesto Aragonés Vianna - Procurador-Geral Federal  
Luís Inácio Lucena Adams - Procurador-Geral da Fazenda Nacional  
Ronaldo Jorge Araújo Viera Junior - Consultor-Geral da União  
Aldemário Araújo Castro - Corregedor-Geral da AGU  
Grace Maria Fernandes Mendonça - Secretária-Geral de Contencioso  
Mauro Luciano Hauschild - Diretor da Escola da AGU.

Membros Executivos: Arnaldo Godoy, Antônio de Moura Borges, Denise Lucena Cavalcante, Fabiano André de Souza Mendonça, Regina Linden Ruaro, José Tadeu Neves Xavier, Fernando Boiteux, Francisco Humberto Cunha Filho, Sérgio Augusto Pavani, Sarizza Sampaio Silva, Marcelo Ferés, Maria Rosa Guimarães Loula.

Membros Eletivos - Alexandre Bernardino Costa, Carlos José de Souza Guimarães, Daniela Ferreira Marques, Kaline Davi e Sueli Valentin Moro Miguel

<b>Secretaria Editorial</b>	Antonio Barbosa da Silva
	Niuzza Gomes Barbosa de Lima
<b>Diagramação</b>	Niuzza Gomes Barbosa de Lima
<b>Revisão</b>	Edna Santos de Lima
<b>Capa</b>	Fabiana Marangoni Costa do Amaral

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União  
Ano VII – Número 16 - Brasília, abr./jun. 2008

Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035

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

CDD 341.05  
CDU 342(05)

Apresentação .....	5
Editorial.....	7

**INSTITUCIONAL**

O Papel de uma Ouvidoria no Âmbito da Administração Pública Federal: A Experiência da Ouvidoria-Geral da AGU <i>Gabriel Felipe de Souza</i> .....	9
--	---

**ARTIGOS**

Reforma Tributária: Uma Breve Análise da Pec N° 233/2008 <i>André Emmanuel Batista Barreto Campello</i> .....	27
Natureza do Decreto Presidencial que declara área de interesse Social para Fins de Reforma Agrária <i>Cid Roberto Almeida Sanches</i> .....	63
O Estado Brasileiro e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Reflexões sobre O Multilateralismo em Direitos Humanos no Âmbito da Organização dos Estados Americanos <i>Danielle Aleixo Reis do Valle Souza</i> .....	79
Da Celebração de Convênios Administrativos: Uma Análise a Partir das Decisões do Tribunal de Contas da União <i>Flávia Danielle Santiago Lima</i> .....	99
O Tratamento Diferenciado Às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nas Contratações Públicas, Segundo as Cláusulas Gerais e os Conceitos Jurídicos Indeterminados Acolhidos na Lei Complementar nº 123/06 E No Decreto Federal nº 6.204/07 <i>Jessé Torres Pereira Júnior</i> <i>Marinês Restelatto Dotti</i> .....	117
Composição de Litígios pela Administração Pública sem Intervenção do Judiciário <i>Kaline Ferreira Davi</i> .....	183
Sustentação Oral em Agravo Interno e <i>Fair Trial</i> nos Julgamentos Colegiados dos Tribunais <i>Luciano Pereira Vieira</i> .....	197
Da Imprescritibilidade dos Bens da Extinta RFFSA <i>Márcio Villela Machado</i> .....	229

A Advocacia-Geral da União como Fomentadora de Política Pública Ambiental: Um Enfoque na Apa da Mantiqueira (Uma Apa de “Papel”?)  
*Omar Serva Maciel*..... 241

**PARECER**

Recurso Administrativo. Admissibilidade À Luz Do Parecer nº AGU/Gm-19  
*João Francisco Aguiar Drumond* ..... 257

**JURISPRUDÊNCIA**

AGU Suspende no STF Decisão que Impedia a Licitação da Primeira Floresta Pública  
*Grace Maria Fernandes Mendonça* ..... 285

## APRESENTAÇÃO

É com grande prazer que apresentamos a edição de número 16 da Revista da AGU, que corresponde ao segundo trimestre de 2008 e vem consolidar o espaço dedicado à jurisprudência, com comentários a respeito da recente decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos da Suspensão de Antecipação de Tutela n.º 235.

Esta edição busca, assim como nas anteriores, além de disseminar o debate interno, trazer ao conhecimento do público externo o trabalho dos membros das carreiras da AGU, tal como ocorre com o parecer da Consultoria-Geral da União analisando a hipótese de cabimento de recurso administrativo, à luz do Parecer n.º AGU/GM-19, a ser apreciado pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

Destaca-se, neste número 16, o espaço institucional dedicado à veiculação de atividades das mais diversas áreas da Advocacia-Geral da União, que engrandece e fortalece a Revista da AGU como instrumento, a um só tempo, da carreira e da academia.

Espero que os leitores encontrem nesta edição, material para consulta, reflexão e crítica; e que os leitores de hoje sejam os articulistas de amanhã.

José Antonio Dias Toffoli  
Advogado-Geral da União



## EDITORIAL

### A AGU e os vinte anos da Constituição Federal

A edição n.º 16 da Revista da AGU vem consolidar as alterações de forma e conteúdo introduzidas por sua edição anterior, além de trazer, no ano em que se completam os 20 anos da Constituição Federal, artigos que versam a respeito das mais diversas áreas de atuação dos membros da Advocacia-Geral da União e dos avanços institucionais conquistados ao longo desse período.

Agrega-se, nesta edição, a introdução de um espaço institucional, que o artigo da Ouvidoria-Geral da AGU inaugura, mostrando seu importante papel como “*ferramenta de cidadania participativa*” para o público interno e externo, ainda que conte com apenas 1 (um) ano do início de sua criação.

Tem-se, ainda, a análise da Proposta de Emenda Constitucional n.º 233/2008, em trâmite perante a Câmara dos Deputados e que cuida da alteração do Sistema Tributário Nacional, a denominada Reforma Tributária, importante reflexo da preocupação dos operadores do direito com as constantes alterações do texto constitucional, que hoje conta com mais de 50 (cinquenta) significativas modificações.

A revista apresenta, também, estudo direcionado aos atores comprometidos e diretamente responsáveis pelo bom funcionamento do sistema judicial, no que diz respeito à necessidade – atualmente imperiosa – de se buscar soluções extrajudiciais para composição de conflitos, considerando não apenas a necessidade de desafogamento do poder judiciário mas, principalmente, a responsabilidade da administração pública pelo cumprimento de seu papel no Estado Democrático de Direito, como garantidora da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental insculpido no art. 1º da Constituição Federal.

Além de diversos outros temas, como a atuação nos Tribunais Superiores, direito ambiental, defesa do patrimônio público e assessoramento aos órgãos do Poder Executivo, destaca-se, ainda, o trabalho elaborado a respeito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentado no ano em que se comemoram os 60 (sessenta) anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Revista da AGU, assim, dá mais um passo rumo ao seu objetivo, que é ser o reflexo, em artigos, da essência da Advocacia-Geral da União.



**O PAPEL DE UMA OUVIDORIA NO  
ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA FEDERAL: A EXPERIÊNCIA DA  
OUVIDORIA-GERAL DA AGU**

*Gabriel Felipe de Souza, Ouvidor-Geral da AGU,  
Advogado da União, Especialista em Direito do Trabalho*

**RESUMO:** O presente artigo versa sobre o papel da ouvidoria no âmbito da administração pública federal. Para analisar sua importância, a exposição do tema está dividida em dois momentos. Na primeira etapa pretende-se descrever o processo de implantação desse instituto na administração pública brasileira - a partir do processo de democratização política, iniciado na década de 80 do século passado - e suas idiossincrasias em relação ao instituto *ombudsman*, surgido na Suécia do século XVIII. Na segunda parte do artigo objetiva-se apresentar a criação da Ouvidoria-Geral da AGU como um exemplo concreto de atuação de uma ouvidoria pública federal.

Conclui-se o presente artigo com a constatação de que a expansão das ouvidorias públicas, tanto na esfera federal, como no âmbito estadual e municipal, deve-se ao reconhecimento desse instituto como importante ferramenta de cidadania participativa e de gestão da qual a máquina pública em geral e a AGU em particular não mais podem prescindir.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ouvidoria. Administração Pública. Eficiência. Advocacia-Geral da União. Democracia Participativa. Direitos Fundamentais. Cidadania. Mediação.

## INTRODUÇÃO

Qual é o papel de uma Ouvidoria Pública? Que contribuições uma Ouvidoria pode trazer para a administração pública? Qual é o impacto da implantação de uma ouvidoria num órgão público como a AGU?

Esses questionamentos norteiam não só as reflexões apresentadas ao longo deste artigo, mas também a implementação e o funcionamento da Ouvidoria-Geral da AGU, criada por meio do Ato Regimental n. 03, de 15 de agosto de 2007 e objeto deste artigo.

Para respondê-los a exposição do tema dá-se em duas etapas. Na primeira, realiza-se uma apresentação do instituto Ouvidoria, descreve-se o processo de implantação do instituto na administração pública brasileira - a partir do processo de democratização política, iniciado na década de 80 do século passado - suas idiossincrasias em relação ao instituto *ombudsman*, surgido na Suécia do século XVIII, bem como sua relação com os direitos fundamentais e a mediação.

Na segunda parte do artigo apresenta-se a criação, as atribuições e o funcionamento da Ouvidoria-Geral da AGU como um exemplo concreto de atuação de uma ouvidoria pública federal.

## 1 O QUE É UMA OUVIDORIA?

Ouvidoria é o nome que se dá, no Brasil, ao instituto internacionalmente conhecido como *ombudsman* que, tradicionalmente é entendido como

[...] um instituto do direito administrativo de natureza unipessoal e não contenciosa, funcionalmente autônomo e formalmente vinculado ao Legislativo, destinado ao controle da administração e, nessa condição, voltado para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão.<sup>1</sup>

As ouvidorias públicas brasileiras são descentralizadas e até mesmo setorizadas, como, por exemplo, as ouvidorias das agências reguladoras. Por isso, na esfera pública interna, tem-se ouvidorias instaladas no Poder Executivo e no Legislativo, nas esferas Federal, Estadual e Municipal, no Judiciário, Ministério Público e Defensorias Públicas, conforme estabelecido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Nesse tocante o modelo brasileiro difere do modelo europeu e latino-americano, que “[...] não aceitam a setorização, sob a alegação que assim o poder do Ombudsman unipessoal é reduzido”.<sup>2</sup>

No Brasil, Ouvidoria é instrumento de participação popular que tem como meta exercer o controle da administração pública, por intermédio da recepção de demandas apresentadas pelos cidadãos, como veremos adiante.

Apesar de ter nascido para coibir práticas abusivas da administração pública contra particulares, a atividade de ouvidoria também é desenvolvida na iniciativa privada, com vistas ao atendimento do cidadão enquanto consumidor. Assim, compete ao ombudsman/ouvidor fazer a interface com o consumidor, na medida em que:

[...] incrustado na organização, está inteiramente disponível para contato com clientes, usuários e consumidores, para ouvir seus

---

1 GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. In: BATISTA, Gustavo Barbosa de; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; LYRA, Rubens Pinto. Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2004. p. 42.

2 OLIVEIRA, João Elias de. Ouvidoria Pública Brasileira: a evolução de um modelo único. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/textos2.asp?vpro=joaoelias2>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

problemas e *dar encaminhamento agilizado, desburocratizado e não rotineiro às suas demandas.*<sup>3</sup> (grifo nosso).

Cabe, aqui, destacar dois pontos. Primeiramente, a rapidez e a informalidade devem ser características inerentes ao trabalho desenvolvido por qualquer ouvidoria, seja ela pública ou privada, pois têm como um dos seus objetivos contribuir para o aperfeiçoamento da atividade desenvolvida pela empresa ou órgão público. Outro aspecto que merece atenção é o fato de que as empresas brasileiras ou internacionais que aqui atuam geralmente adotam a expressão estrangeira *ombudsman*, enquanto o termo ouvidoria está mais vinculado àquelas que desenvolvem suas atividades na administração pública.

A ouvidoria se distingue dos serviços de atendimento ao consumidor (SAC) e fale conosco. O SAC:

é um serviço de relacionamento com o cliente, presencial ou a distância, destinado ao contato por meio de processo de trabalho pré-estabelecido (scripts) e que trata de questões ou problemas de menor complexidade. Caracteriza-se pela impessoalidade, não desenvolve atendimento personalíssimo, nem promove a tomada de decisão interna da instituição em virtude do conteúdo do atendimento. Geralmente, o SAC é utilizado como serviço de contato pós-venda.<sup>4</sup>

Os serviços da modalidade “Fale Conosco”, disponíveis tanto na iniciativa privada como na pública, é um canal de comunicação virtual, acessível por meio do site da empresa ou órgão público, que possibilita:

uma maior aproximação com o usuário, permite o tratamento mais específico dos problemas, mas raramente intermedia soluções que extrapolem o poder decisório do gerente do atendimento. Procura registrar os contatos e dar tratamento estatístico às informações tratadas, no entanto não tem função de propor alterações na gestão estratégica da instituição. Geralmente, a sua esfera de atuação se limita à análise de dados.<sup>5</sup>

Da mesma forma que o modelo brasileiro de ouvidorias públicas difere do modelo europeu e latino-americano, as atividades

3 CENTURIÃO, Alberto. *Ombudsman: a face da empresa cidadã*. São Paulo: Educator, 2003. p.23.

4 MINISTÉRIO DA FAZENDA (Brasil). *Ouvidoria-Geral do Ministério da Fazenda*. Conceituação Técnica da Ouvidoria do Ministério da Fazenda. Brasília: Ministério da Fazenda, 2002. p.13.

5 Ibidem.

da **ouvidoria** também não se confundem com as da **corregedoria**. Ouvidoria e corregedoria são institutos que possuem competências e atuações distintas. Compete às corregedorias, guardadas as peculiaridades inerentes às suas áreas de atuação, abrangência duas funções fundamentais: coibir e apurar os desvios de conduta praticados por servidores públicos, tais como magistrados, advogados públicos, agentes públicos em sentido amplo e zelar pelo bom desempenho dos serviços desenvolvidos pelo órgão. As ouvidorias públicas brasileiras são canais de comunicação entre o cidadão e a administração pública.

### 1.1 O SURGIMENTO DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

A concepção contemporânea do papel do *ombudsman* surgiu na Suécia do século XIX, com a promulgação da Constituição de 1809.<sup>6</sup>

Esse instituto foi desenvolvido, como já dito, com o propósito de fiscalizar e controlar a atuação da administração pública, bem como defender os direitos e interesses do povo contra os abusos de poder perpetrados por governantes e servidores públicos. Por isso, o *ombudsman* - também denominado “*defensor del pueblo*” (Espanha e Países da América Latina, como Guatemala, Argentina, México, Honduras), Controlador do Estado (Israel), Provedor de Justiça (Portugal), Mediador (França) e Defensor Cívico (Itália) – é um instituto previsto no ordenamento jurídico-constitucional desses países.<sup>7</sup>

Para que se possa compreender sua trajetória, no Brasil, trazemos alguns dados históricos acerca do seu surgimento.

No Brasil, a primeira ouvidoria pública brasileira foi implantada em 1986 no município de Curitiba/PR<sup>8</sup>. Durante os debates da Assembléia Nacional Constituinte (1987-1988) a proposta de criação de um *ombudsman* ou defensor do povo no Brasil, ao estilo sueco, não prosperou. Apesar disso, em 1992 é criada a primeira ouvidoria pública federal, a Ouvidoria-Geral da República, situada na estrutura regimental do Ministério da Justiça, conforme estabelecido na lei n. 8.490/1992.

---

6 ANTECEDENTES históricos de la institución. Disponível em: <[www.defensordelpueblo.es/documentacion/otrosdocumentos/25Aniversario/Antecedentes.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/otrosdocumentos/25Aniversario/Antecedentes.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2008.

7 Ibidem.

8 GOMES, op.cit., p. 60-61.

A Ouvidoria-Geral da República foi, em 2004, transformada em Ouvidoria-Geral da União pela lei n. 10.689/2004. A Ouvidoria-Geral da União, que se encontra atualmente inserida na estrutura da Controladoria-Geral da União, tem como principal atribuição coordenar tecnicamente a atuação das ouvidorias do Poder Executivo Federal, que até o mês de junho de 2008, perfazem um total de 144 (cento e quarenta e quatro) ouvidorias.

Acreditamos que três são as razões que contribuíram para que surgisse, no Brasil, uma cultura de ouvidoria<sup>9</sup>. A primeira delas é de ordem política e consiste no restabelecimento da democracia brasileira, que amplia, por exemplo, a participação popular na administração pública. Outra razão é de caráter administrativo. O Estado brasileiro está adotando um novo modelo de organização e gestão pública, a administração pública gerencial, com vistas à eficiência. A terceira razão é de ordem jurídica, na medida em que decorre “[...] da ampliação conceitual do Estado de Direito”<sup>10</sup>

## 2 O PAPEL DAS OUVIDORIAS PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

Assim como nos demais países da América Latina, no Brasil, a democracia participativa se apresenta como uma possibilidade com o fim da ditadura militar e a consagração do Estado Democrático de Direito.<sup>11</sup>

A Constituição Federal de 1988, ao acolher a democracia participativa, no seu art. 1º, traz uma série de instrumentos jurídicos e políticos que asseguram o direito à participação ativa dos cidadãos – singular ou coletivamente considerados – na administração pública direta ou indireta, enquanto observância ao princípio da participação.

---

9 PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática**: institutos de participação popular na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25.

10 *Ibidem*.

11 Para maior aprofundamento sobre a experiência latino americana de implantação do instituto de ombudsman leia: VOLIO, Lorena González. **The institution of the ombudsman**: the latin american experience. Disponível em: <[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr9.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr9.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2008.

Apesar de a ouvidoria não se encontrar expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 e nem se encontrar regulamentada por lei ordinária, sua existência e atuação encontra amparo nos arts. 5º, XXXIII; 37, § 3º; art. 74, § 2º da referida Lei Maior. Esses dispositivos constitucionais asseguram ao particular, singularmente ou em grupo, o direito de participar da vida pública, fiscalizando a atuação do poder público. Por isso, o art. 37, no seu § 3º, prevê a edição de lei para disciplinar o modo como o particular poderá apresentar:

[...]

I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;

III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Apesar de o Princípio da participação ser diferente do direito à informação, ambos se relacionam, como se pode depreender da leitura do art. 37, § 3º, II da Constituição, pois o particular não tem como intervir, ativamente, no processo decisório da administração pública sem informação, que se apresenta, por sua vez, como “[...] subsídio fundamental para a participação, isto é, não se pode participar do que não se conhece”<sup>12</sup>

### 3 OUVIDORIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O *ombudsman* surgiu na Suécia como uma forma de proteção dos direitos individuais dos particulares contra abusos perpetrados por governantes e demais servidores públicos. Em outras palavras, as ouvidorias nasceram para zelar pela observância dos direitos dos cidadãos e coibir violações a esses direitos fundamentais. E, é com essa missão, que as ouvidorias da América Latina, denominadas “*defensores del pueblo*” ou “*defensores de los habitantes*”, começaram a ser implantadas na América Latina, sobretudo a partir da década de 80 do século XX.

12 FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **Direito Ambiental Brasileiro: princípio da participação**. Recife: Nossa Livraria, 2006. p. 23.

Apesar de a defesa dos direitos fundamentais<sup>13</sup> do cidadão não ser a única razão de existir das ouvidorias públicas brasileiras, tal como na Europa, no Canadá e demais países da América Latina, esse objetivo permeia suas ações e sua existência, em conformidade com o disposto no art. 3º, IV da Carta Magna, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. A exceção à regra brasileira é a ouvidoria da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), por se tratar de uma ouvidoria temática ou setorializada cuja atribuição é receber demandas que versem sobre o desrespeito aos direitos fundamentais de populações vulneráveis.

#### 4 OUVIDORIA E MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

As relações havidas entre a Administração Pública e os cidadãos são, como as demais relações sociais, potencialmente, geradoras de conflitos.

Uma vez instalado o conflito de interesses entre a Administração Pública e o servidor ou a Administração Pública e o cidadão ou, ainda, entre servidores públicos do mesmo órgão ou de órgãos distintos, a sua solução pode ser buscada por intermédio de um meio de composição extrajudicial de conflitos, tais como a arbitragem e a mediação.

A mediação é um método por meio do qual uma terceira pessoa, imparcial, especialmente formada, auxilia as partes a ampliarem a comunicação por meio de uma maior compreensão das raízes dos conflitos que se apresentam.<sup>14</sup>

De acordo com Selma Lemes<sup>15</sup> a arbitragem “[...] é um modo extrajudiciário de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral.” A decisão exarada por

13 A expressão direitos fundamentais é adotada pelos ordenamentos jurídicos internos inclusive, o brasileiro, e foi acolhida pela Constituição Federal de 1988 para tratar dos direitos “[...] ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material [...]” (MIRANDA, 1998, t. IV, p. 7). Já no Direito Internacional, a expressão direitos humanos é privilegiada nos documentos internacionais.

14 BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle. **Mediação e acesso à justiça**. Carta Forense, São Paulo, ano 1, n. 8, nov. 2003.

15 LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 59.

esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial<sup>16</sup>. Essa decisão das partes (convenção de arbitragem) vincula as partes e, em princípio, a um primeiro plano, impede que o Judiciário conheça a questão. Somente poderá fazê-lo, posteriormente, em caso de ação de anulação ou em defesa (embargos do devedor) à execução da sentença arbitral.

A mediação é o instrumento de composição de conflitos por excelência das ouvidorias públicas, apesar de não haver uma cultura consolidada acerca da sua utilização. Por isso, sua adoção deve ser estimulada pelos gestores e adotada pelos ouvidores, na medida em que uma escuta sensível às necessidades do(s) outro(s) é um diferencial numa sociedade regida pelo individualismo, pela violência e pelo desrespeito e uma exigência da atividade.

## 5 A EXPERIÊNCIA DA OUVIDORIA-GERAL DA AGU

A Ouvidoria-Geral da AGU foi a 136ª criada no âmbito da administração pública federal. Seus trabalhos iniciaram-se em maio de 2007, 14 anos após a implantação da Advocacia-Geral da União.

Nessa fase introdutória, a Ouvidoria-Geral era denominada “Canal do Cidadão” e sua atuação precípua era voltada para o recebimento de denúncias sobre o funcionamento ilegal de bingos. Nesse período, competia à Ouvidoria-Geral da AGU a gestão do já mencionado Canal do Cidadão e do Fale conosco, o que implicava numa atuação reativa, ainda distante do papel propositivo pretendido pela Administração.

A criação formal da Ouvidoria-Geral deu-se em 15 de agosto de 2007, por intermédio do Ato Regimental n. 03. De acordo com o art. 1º e seu parágrafo único, do referido ato regimental, a Ouvidoria-Geral funciona “junto ao Gabinete do Advogado-Geral da União”, que designará um de seus adjuntos para exercer a função de Ouvidor-Geral.

A localização da Ouvidoria-Geral no gabinete do AGU é um importante indicador da importância que a Instituição atribui ao recém-criado órgão. A interlocução entre a Ouvidoria-Geral e os órgãos de direção é imprescindível para a tomada de decisão e a eleição de questões prioritárias dentro da gestão institucional e, uma maior proximidade entre a Ouvidoria-Geral e esses órgãos é estratégica para o desenvolvimento das suas atividades, dentre as quais destacamos:

---

16 Art. 31 da Lei n. 9.307, de 23.09.1996.

Art. 2º Compete à Ouvidoria-Geral da Advocacia Geral da União:

[...]

III - subsidiar os órgãos da Advocacia-Geral da União com propostas de melhorias na execução das atividades de gestão administrativa, representação judicial e extrajudicial da União e consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo;

IV - representar os interesses dos demandantes, externos ou internos, perante a Advocacia-Geral da União, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Procuradoria-Geral Federal;

V - propor a adoção de medidas para correção e prevenção de falhas e omissões na prestação do serviço público, bem como sugerir a expedição de atos normativos e de orientações que objetivem a melhoria da prestação do serviço;

VI - informar adequadamente aos dirigentes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda e da Procuradoria-Geral Federal sobre os indicativos de satisfação dos usuários;

VII - funcionar como instrumento de interlocução entre os órgãos da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e da Procuradoria-Geral Federal e o público externo e interno; e

VIII - responder aos cidadãos e às entidades quanto às providências tomadas pela instituição sobre os procedimentos administrativos de seu interesse.

A Ouvidoria-Geral da AGU é uma ouvidoria mista, ou seja, recebe demandas dos membros das suas carreiras e dos seus servidores técnico-administrativos, estagiários e colaboradores, além das demandas daqueles que fazem uso dos serviços prestados pela Instituição ou pelos órgãos a ela vinculados.<sup>17</sup>

Essas demandas são classificadas pela equipe da Ouvidoria-Geral como denúncia, reclamação, elogio, solicitação ou sugestão e, de acordo com seu conteúdo, são adotados os seguintes procedimentos: a)

<sup>17</sup> Art. 2º, I e II do Ato Regimental n. 03.

a demanda é respondida pela própria equipe da Ouvidoria-Geral da AGU;  
b) a demanda é encaminhada para o setor competente (órgão interno ou vinculado à AGU), que enviará para a Ouvidoria-Geral a resposta à demanda;  
c) a demanda é encaminhada para outra ouvidoria ou órgão público, quando versar sobre matéria estranha às atribuições da Instituição.

As demandas recebidas por carta, e-mail, atendimento pessoal e por meio do 0800 e, mais recentemente, via sistema, representam um termômetro da atuação institucional, tanto para o público interno como para o externo. O número de reclamações, sugestões e elogios acerca do desempenho do órgão ou dos órgãos a ele vinculados pode indicar tanto a qualidade da performance deste em seu setor de abrangência quanto o grau de consciência dos cidadãos em relação aos serviços por ele prestados.

O recebimento de uma denúncia, por parte da Ouvidoria-Geral da AGU, exige uma análise mais detida tanto em termos de atuação do setor como em relação a essa exposição.

Primeiramente, cabe aqui, efetuar uma distinção entre as competências da Ouvidoria-Geral e da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. A Ouvidoria-Geral da AGU não é um órgão de correição. Essa atribuição é exclusiva da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, a quem compete, em conformidade com o disposto no art. 5º da lei complementar n. 73/1993:

[...]

I - fiscalizar as atividades funcionais dos Membros da Advocacia-Geral da União;

II - promover correição nos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União, visando à verificação da regularidade e eficácia dos serviços, e à proposição de medidas, bem como à sugestão de providências necessárias ao seu aprimoramento;

III - apreciar as representações relativas à atuação dos Membros da Advocacia-Geral da União;

IV - coordenar o estágio confirmatório dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União;

V - emitir parecer sobre o desempenho dos integrantes das Carreiras da Advocacia-Geral da União submetidos ao estágio confirmatório, opinando, fundamentadamente, por sua confirmação no cargo ou exoneração;

VI - instaurar, de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos contra os Membros da Advocacia-Geral da União.

Outro aspecto importante e polêmico é a questão do sigilo acerca da identidade do denunciante, assegurada nos arts. 4º, § 2º e 6º do Ato Regimental n. 03/2007. Apesar de ser correlato, o sigilo da identidade do denunciante não se confunde com a denúncia anônima ou apócrifa, proibida por violar preceito constitucional (art. 5º, IV e XXXIV da Constituição Federal de 1988).

No âmbito internacional, de acordo com Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes,<sup>18</sup>

O anonimato é postergado em todas as legislações, embora o ombudsman possa exercer suas atribuições de ofício, o que faz com que as denúncias anônimas, *quando de real interesse*, sejam apreciadas pelos membros do órgão. (grifo nosso).

A problemática do recebimento e encaminhamento de denúncias anônimas por órgãos públicos e, em especial, por ouvidorias foi e ainda é objeto de intenso debate, tanto internamente como externamente. Essa preocupação se intensificou com a edição do Despacho do Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União, de 26 de novembro de 2007, que aprova o Despacho n. 396/2007, do Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União, que versa sobre o recebimento de denúncia anônima no âmbito da administração pública federal.

Na esfera institucional, o diálogo entabulado entre a Ouvidoria-Geral da AGU e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União deu ensejo à ordem de serviço n. 002, de 30 de abril de 2008, de lavra da Corregedoria-Geral da Advocacia da União e que também pauta a atuação da Ouvidoria-Geral.

Após a publicização e debate, entre as ouvidorias públicas federais, do já mencionado Despacho, as denúncias anônimas e apócrifas

<sup>18</sup> GOMES, op. cit., p. 44.

passaram a receber o seguinte disciplinamento, conforme orientação expressa por meio do ofício-circular n. 52/2008/OGU/CGU-PR, da Ouvidoria-Geral da União:

Nenhuma manifestação anônima pode justificar, isoladamente, a abertura de processo ou procedimento formal na unidade de Ouvidoria.

Poderá ser adotada medida sumária informal de verificação da ocorrência do(s) fato(s) alegado(s). Encontrando elemento de verossimilhança poderá a unidade de Ouvidoria abrir o processo ou procedimento cabível.

A manifestação anônima não deverá ser conhecida no processo ou procedimento formal da Unidade de Ouvidoria (não deve ser juntada aos autos), sendo este baseado tão somente nos fatos efetivamente verificados na ação sumária realizada previamente.

Manifestação anônima que apenas veicula conteúdo calunioso, difamatório ou injurioso contra agente público deverá ser arquivada de ofício.

Assim como a Ouvidoria-Geral da AGU não se constitui em um órgão correicional, ela também não se investe de um caráter investigativo. Assim, sua função, ao receber uma denúncia, é identificar o órgão competente para tratar a questão – interna ou externamente – e acompanhar o andamento da demanda até a sua conclusão, zelando para que o Interessado seja informado sobre o seu andamento, sempre que possível.

O trabalho da Ouvidoria-Geral da AGU, como ouvidoria externa, ou seja, voltada para o público que não compõe os quadros da Instituição é realizado na medida em que são recebidas demandas de cidadãos em sentido amplo, servidores, advogados, estudantes que não atuam no âmbito das unidades da AGU.

A Ouvidoria Interna representa uma das vertentes do trabalho desenvolvido pela Ouvidoria-Geral da AGU e simboliza o canal de comunicação direta dos membros das carreiras, servidores, estagiários e empregados terceirizados da Instituição com os seus órgãos de direção.

Enquanto meio de comunicação, a Ouvidoria Interna busca inserir as demandas recebidas na definição das políticas de gestão e

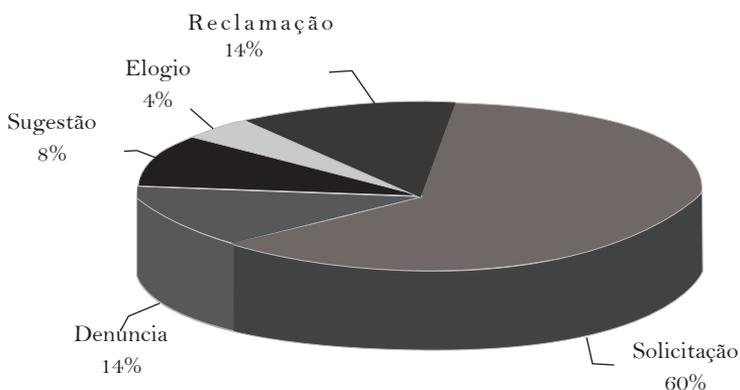
responsabilidade socioambiental, a fim de humanizar as relações interpessoais no ambiente de trabalho e incrementar a qualidade da prestação dos seus serviços.

Os objetivos da Ouvidoria interna são os seguintes:

- a) Propor mecanismos de democratização das relações de trabalho;
- b) Contribuir para a construção de um ambiente de segurança, confiança e valorização do público interno;
- c) Estimular a participação dos membros das carreiras, servidores, estagiários e empregados terceirizados nas políticas e práticas de gestão de pessoas e responsabilidade socioambiental;
- d) Propor a adoção de medidas para a correção e prevenção de falhas e omissões na prestação do serviço público, pela AGU, bem como sugerir a expedição de atos normativos e orientações que objetivem a melhoria da prestação de serviço.

Até o mês de junho de 2008 a Ouvidoria-Geral da AGU recebeu um total de 4.354 (quatro mil trezentas e cinquenta e quatro) demandas internas e externas, entre denúncias, reclamações, solicitações, elogios e sugestões, conforme gráfico abaixo.

#### **PORCENTAGEM DE ATENDIMENTOS POR TIPO DE DEMANDA DE MAIO DE 2007 A JUNHO DE 2008**



O atendimento dessas demandas possibilitou a realização de diagnósticos que já trouxe resultados positivos para a Instituição, tanto em termos de gestão, como em relação à qualidade das relações interpessoais e com o público externo.

## 6 CONCLUSÃO

Apesar de ser um mecanismo recente de controle da administração pública, pelo particular, a cultura da ouvidoria está se consolidando no Brasil.

Sob a perspectiva do cidadão, englobando tanto o público interno como o externo, a ouvidoria se apresenta como um instrumento efetivo de controle da administração pública e de defesa dos seus direitos fundamentais – individuais ou coletivos – o que contribui para sua inclusão social, sua cidadania e, por conseguinte, sua emancipação.

Pela ótica da administração pública federal, a ouvidoria é uma ferramenta ágil de gestão, que fornece subsídios para a tomada de decisão e para uma gestão mais eficiente tanto dos seus recursos humanos e financeiros, com vistas à eficiência e à transparência da sua prestação de serviços à população. A ouvidoria também é um instrumento de solução de conflitos internos e/ou externos e contribui para a consolidação da democracia participativa.

Na Advocacia-Geral da União, a instalação da Ouvidoria-Geral possibilitou a ampliação do acesso, pela população, às atividades e serviços desenvolvidos pelo órgão e suas unidades. As demandas apresentadas ao longo desse período permitiram identificar realizar um levantamento das principais questões objeto de demandas, que foram levadas ao conhecimento da direção e/ou dos responsáveis pelos respectivos setores. Internamente, a Ouvidoria-Geral apresenta-se como um canal de comunicação direto e rápido entre os servidores e os órgãos de direção, além de estar despontando como instrumento de mediação de conflitos.

## 7 REFERÊNCIAS

ANTECEDENTES históricos de la institución. Disponível em: <[www.defensordelpueblo.es/documentacion/otrosdocumentos/25Aniversario/Antecedentes.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/documentacion/otrosdocumentos/25Aniversario/Antecedentes.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2008.

BARBOSA, Águida Arruda; GROENINGA, Giselle. **Mediação e acesso à justiça. Carta Forense**, São Paulo, ano 1, n. 8, nov. 2003.

CENTURIÃO, Alberto. **Ombudsman: a face da empresa cidadã**. São Paulo: Educator, 2003.

FERREIRA, Maria Augusta Soares de Oliveira. **Direito Ambiental Brasileiro: princípio da participação**. Recife: Nossa Livraria, 2006.

HENON, Jorge. El defensor del vecino y su relación com La negociación y La mediación. ¿ tiene competencia em conflictos comerciales? Disponível em: <[www.sapiens.com/pdf/comunidades/ppcontem/OMBUDSMAN\\_Punta\\_del\\_Este.pdf](http://www.sapiens.com/pdf/comunidades/ppcontem/OMBUDSMAN_Punta_del_Este.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2008.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. Do instituto do ombudsman à construção das ouvidorias públicas no Brasil. *In*: BATISTA, Gustavo Barbosa de; CAMARGO E GOMES, Manoel Eduardo Alves; LYRA, Rubens Pinto. **Autônomas x obedientes: a ouvidoria pública em debate**. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2004.

LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MINISTÉRIO DA FAZENDA (Brasil). Ouvidoria-Geral do Ministério da Fazenda. **Conceituação Técnica da Ouvidoria do Ministério da Fazenda**. Brasília: Ministério da Fazenda, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. IV.

OLIVEIRA, João Elias de. Ouvidoria Pública Brasileira: a evolução de um modelo único. Disponível em: <<http://www.abonacional.org.br/textos2.asp?vpro=joaoelias2>>. Acesso em: 15 ago. 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. **A Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VOLIO, Lorena González. The institution of the ombudsman: the latin american experience. Disponível em: <[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr9.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/37/pr/pr9.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2008.



# REFORMA TRIBUTÁRIA: UMA BREVE ANÁLISE DA PEC Nº 233/2008

*André Emmanuel Batista Barreto Campello*  
*Procurador da Fazenda Nacional no Estado do Maranhão*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Essência da Reforma Tributária: A Criação de Novas Competências Tributárias para Instituição do novo ICMS; 3 O Iva Federal: Principais Características da Competência Tributária; 4 Alterações na Repartição das Receitas Tributárias; 5 Outras Alterações Introduzidas pela PEC nº 233/2008; 6 Conclusão; 7 Referências.

**RESUMO:** O presente artigo buscou analisar o Projeto de Emenda à Constituição nº 233/2008, que pretende alterar o Sistema Tributário Nacional. Almeja-se, de forma sistematizada, realizar estudo acerca da estrutura da PEC e suas principais inovações. Por meio do estudo do conteúdo da PEC nº 233/2008, à luz da doutrina e jurisprudência pátria, teceu-se análise acerca dos seus principais tópicos: o novo ICMS federal, o Imposto sobre Valor Agregado federal (IVA-F), e as alterações na forma de repartição de receitas, com a criação de novos fundos constitucionais. No estudo desta proposta de alteração da Carta Magna, foi realizado estudo acerca das alterações das regras determinantes das competências tributárias, suas conseqüências jurídicas, questionando-se, inclusive, acerca da existência de agressão ao pacto federativo. Pelo emprego de método dedutivo, tendo como premissa maior a nossa carta magna e como menor as propostas de inovações constitucionais, aplicou-se interpretação integrativa, a fim de demonstrar a constitucionalidade da PEC nº 233/2008. Por fim, conclui-se pela adequação destas inovações constitucionais, em face da necessidade de racionalização do Sistema Tributário Nacional

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma Tributária. PEC nº 233/2008. ICMS. IVA-F.

## 1 INTRODUÇÃO

O Presidente da República, no exercício das suas competências constitucionais (art. 60, II e art. 84, III, da CF), enviou ao Congresso Nacional, por meio da mensagem nº 81/2008, Projeto de Emenda à Constituição Federal (PEC nº 233, apresentada em 28.02.2008), alterando o Sistema Tributário Nacional.

A análise de qualquer projeto de criação de normas constitucionais é sempre um trabalho baseado no estudo da “lei que virá”, de lege ferenda.

Pode-se afirmar que tal análise passa por três etapas distintas: analisa-se o direito existente, vislumbra-se a proposta de alteração e busca-se inferir quais as conseqüências destas modificações legislativas.

Sem sombras de dúvida exige-se do operador do Direito a utilização plena dos métodos interpretativos lógicos e sistemáticos, a fim de se verificar como as normas se introduzirão no ordenamento, em face das demais normas já existentes, e como estas novas disposições deverão ser interpretadas, sem que se produzam absurdos.

Esta advertência fica mais evidente quando se verifica que, na interpretação das disposições constitucionais, não é possível a realização da mesma a ponto de subverter a própria existência da Constituição, sob pena de obtenção de absurdo resultado, já que o legislador reformador constitucional (poder constituído) jamais poderia implodir a própria Constituição (resultado do exercício do poder constituinte)<sup>1</sup>.

Neste sentido os ensinamentos de Barroso, ao analisar o princípio da unidade da constituição, como princípio orientador para o intérprete da nossa Carta Magna:

---

1 “O poder constituinte derivado, ou de reforma da Constituição, é derivado, pois provém de outro poder, que é o originário; é subordinado, por se vincular ao poder constituinte originário, e é condicionado, já que o seu exercício se verifica dentro de limites e condições estabelecidos na própria Constituição.” CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. ver. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 233-234. BONAVIDES oferece interessante advertência acerca dos limites da interpretação constitucional: “[...] a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que se há de conter, quando cria ou “inventa” contra a lei, posto que aparentemente ainda af a sombra da lei, é pernicioso, assim à garantia como à certeza das instituições. Faz-se mister, por conseguinte, ponderar gravemente nas conseqüências que advêm de um irrefletido alargamento do raio de interpretação constitucional, como a observação tornou patente desde que se introduziram métodos desconhecidos na hermenêutica das Constituições” BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 483.

O papel do princípio da unidade é o de reconhecer as contradições e tensões - reais ou imaginárias - que existam entre normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas. Cabe-lhe, portanto, o papel de harmonização ou “otimização” das normas, na medida em que se tem de produzir um equilíbrio, sem jamais negar por completo a eficácia de qualquer delas.<sup>2</sup>

Portanto, ao se analisar os dispositivos existentes na PEC nº 233/2008, que procura alterar o Sistema Tributário Nacional, alerta-se que o presente autor não busca extrair conclusões que desconstruam a nossa Carta Magna, ao contrário, busca harmonizar as proposições de lege ferenda ao sistema constitucional atualmente vigente. Ou seja, neste texto busca-se interpretar os dispositivos da PEC nº 233/2008, conforme a Constituição Federal, isto é:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.<sup>3</sup>

Evidente que tal artigo não pretende esgotar o tema, mas tão somente torná-lo de mais fácil compreensão ao operador do direito, concatenando os temas correlatos, que estão dispersos pela PEC, e sistematizando-os, a fim de melhor esclarecê-los ao leitor.

## 2 A ESSÊNCIA DA REFORMA TRIBUTÁRIA: A CRIAÇÃO DE NOVAS COMPETÊNCIAS TRIBUTÁRIAS PARA INSTITUIÇÃO DO NOVO ICMS

### 2.1 O ICMS FEDERAL: INTRODUÇÃO

Se fosse possível resumir a reforma tributária a ser implementada pela aprovação da PEC nº 233/2008, ela poderia ser sintetizada da

2 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 192.

3 MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.45.

seguinte forma: trata-se de uma profunda alteração das competências tributárias, em que haverá repercussão, também da repartição das receitas tributárias.

Por esta razão, para se realizar reforma tributária de tal porte era necessária a utilização da emenda constitucional, tendo em vista a necessidade de alteração destas competências tributárias.

Como sabido, a competência tributária é definida como:

O poder de criar tributos é repartido entre os vários entes políticos, de modo que cada um tem competência para impor prestações tributárias, dentro da esfera que lhe é assinalada pela Constituição. Temos assim, que Competência Tributária, ou seja, a aptidão para criar tributos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todos tem dentro de certos limites, o poder de criar determinados tributos e definir o seu alcance, obedecidos os critérios de partilha estabelecidos pela Constituição<sup>4</sup>

O núcleo desta reforma reside, sem dúvidas, na criação do novo ICMS federal e na instituição do Imposto sobre o Valor Agregado Federal (que surgirá para substituir diversos tributos), e também nas novas formas de repartir as receitas decorrentes da arrecadação de tributos.

A Constituição Federal de 1988, originariamente, atribuiu a competência tributária para instituição do ICMS aos Estados Membros:

Em 1987 advém a Assembléia Nacional Constituinte, e nela planta-se com extraordinário vigor os anseios dos estados de “independência e autonomia financeiras” nas estiras da descentralização do poder Central.

Opera-se, então, a construção do maior conglomerador tributário de que se tem notícia na história do país, com a adesão de deputados “expertos” em tributação. As constituintes modernas, que seguem a rupturas inconstitucionais, são radicais. As que seguem “acordos de transição” são compromissórias, embora em ambas existam sempre o “elemento radical” e a “componente compromissória”. Sobre a nossa Constituinte – compromissória aqui e radical acolá – convergiram pressões altíssimas de todas as partes. Dentre os

<sup>4</sup> AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 93.

grupos de pressão há que destacar o dos Estados-Membros em matéria tributária, capitaneada pela tecnoburocracia das secretarias de fazenda dos estados. E surge o ICMS, outra vez à revelia das serenas concepções dos juristas nacionais, senhores das experiências europeias e já caldeados pela vivência de 23 anos de existência do ICM. Suas proposições não foram aceitas. Prevaleceu o querer dos estados. A idéia era, à moda dos IVAs europeus, fazer o ICM englobar o ISS municipal ao menos nas incidências ligadas aos serviços industriais e comerciais. O ISS municipal restou mantido. Em compensação, os três impostos únicos federais sobre (a) energia elétrica, (b) combustíveis e lubrificantes líquidos e gasosos e (c) minerais do país passaram a integrar o fato gerador do ICM, ao argumento de que são tais bens “mercadorias” que circulam. Certo, são mercadorias, mesmo a energia elétrica equiparada a “coisa móvel” pelo Direito Penal para tipificar o delito de furto. Ocorre que são mercadorias muito especiais, com aspectos específicos que talvez não devam ser submetidas à disciplina genérica do ICMS. Além de englobar os impostos únicos federais da Carta de 1967, o ICM acrescentou-se dos serviços de (a) transporte e (b) comunicações em geral, ainda que municipais, antes tributados pela União, tornado-se ICM + 2 serviços = ICMS. A rigor, o ICMS é um conglomerado de seis impostos, se computando o antigo ICM, a que se pretende dar um tratamento fiscal uniforme a partir do princípio da não cumulatividade, ao suposto de incidências sobre um ciclo completo de negócios (plurifasia impositiva).<sup>5</sup>

O que existe atualmente é um tributo, que engloba pelo menos cinco hipóteses de incidência diferentes<sup>6</sup>, cuja competência tributária é atribuída a cada um dos 27 Estados e ao Distrito Federal. Cada um destes entes da Federação pode criar, no exercício da sua competência tributária privativa<sup>7</sup>, uma legislação própria (obedecendo a algumas

5 COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 331-332.

6 “O ICMS abrange, pelo menos, cinco hipóteses diferentes: a) sobre operações mercantis; b) sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal; c) sobre serviços de comunicação; d) sobre lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos e energia elétrica; e) sobre minerais. O primeiro, de longe, é o economicamente mais importante.” CASTRO, Aldemário Araújo. **Direito Tributário**. Brasília: Fortium, 2005. p. 104.

7 “Competência legislativa plena [art. 6º do CTN] significa competência para prever todos os aspectos da hipótese de incidência (antecedente) e do mandamento (consequente) da norma jurídica que institui o tributo. Assim sendo, ao receber da Constituição Federal a competência para instituir determinado imposto, a pessoa jurídica de direito público, de natureza política, seja ela a União, os Estados ou os Municípios, terão competência para prever o núcleo da hipótese de incidência, os critérios espacial e

balizas federais), e estas 27 legislações (já que cada Estado institui seu próprio ICMS) repercutem em fatos geradores ocorridos fora dos seus próprios territórios, interferindo no comércio jurídico nacional.<sup>8</sup>

O ponto de partida do presente estudo da PEC nº 233/2008, portanto, será a criação do novo ICMS federal, cuja competência legislativa passou a ser atribuída à União e cuja regulamentação e gestão se dará por meio de órgãos colegiados compostos por representantes da União e dos Estados (e DF).

Em outras palavras, o novo ICMS passa a ter uma regulamentação federal, já que a PEC nº 233/08 acrescenta à competência tributária da União, a atribuição para, por meio de lei complementar, instituir o novo ICMS federal.

Desde já, afirma-se que não há agressão ao pacto federativo (cláusula pétrea: art. 60, §4, I, da CF), tendo em vista que o que se busca não é suprimir competências tributárias para agredir a autonomia<sup>9</sup> dos Estados membros (arts. 18 e 25 da CF).

---

temporal (coordenadas espaço e tempo), determinar o sujeito passivo e fixar os aspectos quantitativos do mandamento (base de cálculo e alíquota).” LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Comentário ao Código Tributário Nacional**. Marcelo Magalhães Peixoto e Rodrigo Santos Messet Lacombe, (coord.) São Paulo: MP Editora, 2005. p. 62.

8 Tais distorções do atual sistema levaram, inclusive, à criação da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir, que regulamentou art. 155, §2º, XII, na redação atual da CF), logo, já existe uma legislação atual que buscar harmonizar os diversos ICMS estaduais, além de que, também há órgãos supraestaduais que tem atribuições, inclusive, para fixar algumas alíquotas e dispor sobre isenções e benefícios referentes ao ICMS, trata-se do CONFAZ (art. 155, §2º, XII, “g” e §4º, IV, na redação atual da CF).

9 “Por autonomia entende-se a capacidade de que é dotado cada Estado federado para estabelecer regras básicas de organização política, dentro, naturalmente, de princípios emanados da Constituição Federal e de leis nacionais.” CARVALHO, op. cit., p. 111. Bastantes lúcidas as palavras de COELHO, ao tratar da autonomia e a relação dela com a obtenção de receitas: “A característica fundamental do federalismo é a autonomia é a autonomia do Estado-Membro, que pode ser mais ou menos ampla, dependendo do país de que esteja a cuidar. No âmbito tributário, a sustentar a autonomia política e administrativa do estado-membro e do Município – que no Brasil, como vimos, tem dignidade constitucional – impõem-se a preservação da autonomia financeira dos entes locais, sem a qual aquelas não existirão. Esta autonomia resguarda-se mediante a preservação da competência tributária das pessoas políticas que convivem na Federação e, também, pela equidosa discriminação constitucional das fontes de receita tributária, daí advindo a importância do tema referente à repartição das competências no estado federal, assunto inexistente, ou pouco relevante, nos Estados unitários [...]”. Sendo a federação um pacto de igualdade entre as pessoas políticas, e sendo a autonomia financeira o penhor da autonomia dos entes federados, têm-se qualquer agressão, ainda que velada, a estes dogmas, constitui inconstitucionalidade. Entre nós a federação é pétrea e indissolúvel, a não ser pela força bruta de uma revolução cessionista ou de outro Estado, vencedor de uma guerra inimaginável.” COELHO. op.cit. p. 62-63.

A intenção da reforma é tão-somente racionalizar a tributação, sobretudo em relação ao ICMS (art. 155, II, da CF), o qual, apesar de ser um tributo cuja atribuição legislativa para instituí-lo (poder de tributar) foi conferida aos Estados (e ao DF: art. 147 da CF), em verdade, o mesmo possui características de tributo “federal”<sup>10</sup>, já que o seu fato gerador é a circulação de mercadoria de bens (e de determinados serviços) dentro do território nacional, não havendo razão para existência de diferentes regimes de tributação, em cada ente regional da nossa República.

Tal desiderato é manifestado, inclusive, pela exposição de motivos nº 16 que acompanhava o anteprojeto desta PEC, enviada ao Chefe do Poder Executivo federal, em 26 de fevereiro de 2008, pelo Ministro do Estado da Fazenda:

No tocante ao imposto de competência estadual sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), tem-se, atualmente, um quadro de grande complexidade da legislação. Cada um dos Estados mantém a sua própria regulamentação, formando um complexo de 27 (vinte e sete) diferentes legislações a serem observadas pelos contribuintes. Agrava esse cenário a grande diversidade de alíquotas e de benefícios fiscais, o que caracteriza o quadro denominado de “guerra fiscal”.

Para solucionar essa situação, a proposta prevê a inclusão do art. 155-A na Constituição, estabelecendo um novo ICMS em substituição ao atual, que é regido pelo art. 155, II, da Constituição, o qual resta revogado.

A principal alteração no modelo é que o novo ICMS contempla uma competência conjunta para o imposto, sendo mitigada a competência individual de cada Estado para normatização do tributo. Assim, esse imposto passa a ser instituído por uma lei complementar, conformando uma lei única nacional, e não mais por 27 leis das unidades federadas.<sup>11</sup>

---

10 “O ICM [antecessor do ICMS], por ser na genealogia dos IVAs, um imposto nacional que difunde os seus efeitos pelo território inteiro do país, em razão principalmente, do seu caráter não-cumulativo, viu-se – o imposto deveria ser da União – na contingência de ser retalhado em termos de competência impositiva entre os diversos Estados-Membros da Federação, o que antecipou sérias dificuldades no manejo do gravame que deveria ter “perfil nacional” uniforme.” COELHO, Sacha Calmon Navarro. op.cit., p. 330.

11 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm), acesso em: 8 mar. 2008.

## 2.2 O NOVO ICMS FEDERAL (ART. 155-A, DA PEC Nº 233/08)

### 2.2.1 PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PARA INSTITUIR O ICMS FEDERAL

A PEC nº 233/08 acresce, à nossa Carta Magna, o art. 155-A, artigo único de uma nova Seção intitulada “o imposto de competência dos Estados e do Distrito Federal”.

Por meio desta proposta, atribui-se aos Estados e ao DF, conjuntamente, a receita do produto da arrecadação do imposto incidente sobre “operações relativas à circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.”

Tal tributo também incidirá sobre “as importações de bem, mercadoria ou serviço, por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a finalidade” e “o valor total da operação ou prestação, quando as mercadorias forem fornecidas ou os serviços forem prestados de forma conexa, adicionada ou conjunta, com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios”. (art. 155-A, §1º, III, “a” e “b”).

Cria-se uma nova competência tributária para a União, a qual deverá ser exercida por meio de lei complementar<sup>12</sup>, utilizando-se o fato gerador do antigo ICMS (art. 155, II, da CF), atribuindo-se aos Estados e ao DF o produto da arrecadação deste tributo.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a alteração da competência tributária proposta pela PEC nº 233/2008 acarreta, implicitamente, no fato de que os Estados e o DF receberão delegação, pela própria Constituição Federal, para fiscalizar e arrecadar este novo ICMS federal<sup>13</sup>. Ao se utilizar a expressão “implicitamente” o que se pretende dizer é que, nesta PEC não há a previsão expressa desta delegação (como ocorre, por exemplo, com o ITR, em relação aos

12 Para mais detalhes acerca da natureza da lei complementar v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 5. ed. ver., ampl. e atual, São Paulo: Saraiva, 2002. p. 245-249.

13 “As hipóteses ressalvadas no art. 7º do código não são, propriamente, exceções a indelegabilidade, dado que não comportam o exercício de nenhuma atividade inovadora dos pressupostos legais definidores do tributo, mas apenas de funções de fiscalizar ou arrecadar os tributos, ou executar normas ou atos sobre matéria tributária, sem nenhum poder para modificar o alcance ou a expressão dos tributos.” AMARO. op.cit, p. 100.

Municípios, por exemplo, no art. 153, §5º, III, da CF), mas dela pode se inferir, já que não se pretende que os Estados e o DF desmontem suas estruturas fiscalizadoras (do ICMS) e também pelo fato de que em inúmeras passagens se vislumbra a possibilidade desta dupla atuação por estes entes da federação. Note-se que haverá inclusive um período de transição (art. 3º e art. 12, II, da PEC nº 233/2008).

Quando se fala que a o art.155-A atribui aos Estados tão-somente a receita do produto da arrecadação, diz-se isto porque a competência legislativa plena para a instituição do tributo (art. 6º do CTN) foi conferida à União, que deverá exercê-la por meio de lei complementar.

A iniciativa legislativa<sup>14</sup> para deflagrar o processo legislativo da lei complementar<sup>15</sup> que disporá sobre o novo ICMS é atribuída, exclusivamente, na forma do art. 61, §3º, (contido na PEC nº 233/2008), aos seguintes órgãos:

I - a um terço dos membros do Senado Federal, desde que haja representantes de todas as Regiões do país;

II - a um terço dos Governadores de Estado e Distrito Federal ou das Assembleias Legislativas, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros, desde que estejam representadas, em ambos os casos, todas as Regiões do País;

III - ao Presidente da República.

As explicações para esta restrição em relação à competência para iniciativa legislativa é dada pela exposição de motivos nº 16, que acompanhava

---

14 "Iniciativa de lei é a faculdade que se atribui a alguém ou a algum órgão para apresentar projetos de lei ao Legislativo, podendo ser parlamentar ou extra-parlamentar e concorrente ou exclusiva." MOARES. op.cit., p. 528.

15 "Em princípio todas as leis integrativas da constituição são complementares, por que se destinam a complementar princípios fundamentais nela enunciados. Mesmo aquelas que completam a eficácia de normas auto-aplicáveis, contendo-as, podem compreender-se entre as leis complementares, em sentido amplo. Porém, a referência a elas feita na constituição diz respeito àquelas expressamente nela previstas, sujeitas a quorum especial de votação e hierarquicamente superiores às demais leis. Tais leis destinam-se a atuar apenas as normas constitucionais que as prevêem expressamente, ou melhor, as leis complementares são apenas aquelas requeridas expressamente pela Constituição." SOUZA, Hamilton Dias. **Lei complementar em matéria tributária**. Curso de Direito Tributário. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). São Paulo: Saraiva, Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1982. p. 29.

o anteprojeto desta PEC, enviada ao Chefe do Poder Executivo federal, em 26 de fevereiro de 2008, pelo Ministro do Estado da Fazenda:

Dada a peculiaridade dessa lei complementar, que vai além da norma geral, fazendo as vezes de lei instituidora do imposto para cada Estado e o Distrito Federal, são propostas, no § 3º do art. 61 da Constituição, regras especiais para a iniciativa dessa norma, que ficará a cargo do Presidente da República ou de um terço dos Senadores, dos Governadores ou das Assembléias Legislativas, sendo que nessas hipóteses deverão estar representadas todas as Regiões do País. Tal configuração tem o objetivo de prover maior estabilidade à legislação do imposto, que, com isso, estará sujeita a um menor volume de propostas de alteração.<sup>16</sup>

Isto posto, necessário agora vislumbrar pontos específicos do novo ICMS, os quais, para fins didáticos, são expostos em tópicos, a fim de melhor compreensão das propostas de inovação constitucional:

#### **2.2.1.1 LEI COMPLEMENTAR FEDERAL DESCRIVERÁ OS ELEMENTOS NUCLEARES DESTA TRIBUTO**

O §6º, do art. 155-A, da PEC nº 233/08, prescreve que competirá à lei complementar nacional definir os seguintes aspectos nucleares deste novo tributo:

- I - definir fatos geradores e contribuintes;
- II - definir a base de cálculo, de modo que o próprio imposto a integre;
- III - fixar, inclusive para efeito de sua cobrança e definição do estabelecimento responsável, o local das operações e prestações;
- IV - disciplinar o regime de compensação do imposto;
- V - assegurar o aproveitamento do crédito do imposto;
- VI - dispor sobre substituição tributária;

---

<sup>16</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2008.

VII - dispor sobre regimes especiais ou simplificados de tributação, inclusive para atendimento ao disposto no art. 146, III, “d”;

VIII - disciplinar o processo administrativo fiscal;

IX - dispor sobre as competências e o funcionamento do órgão de que trata o §7º, definindo o regime de aprovação das matérias;

X - dispor sobre as sanções aplicáveis aos Estados e ao Distrito Federal e seus agentes, por descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto, especialmente do disposto nos §§ 3º a 5º;

XI - dispor sobre o processo administrativo de apuração do descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto pelos Estados e Distrito Federal e seus agentes, bem como definir órgão que deverá processar e efetuar o julgamento administrativo.

Os elementos nucleares da norma tributária (art. 97 do CTN) deverão vir contidos, pela PEC, na lei complementar nacional, que criará um ICMS único a vigor em toda a Federação.

A hipótese de incidência, a definição da base de cálculo, os elementos referentes à qualificação do contribuinte, bem como as hipóteses para extinção do crédito tributário e a padronização do procedimento administrativo tributário, serão todos objeto de disposição desta lei. Procura-se conferir um tratamento uniforme, para uma matéria que está fragmentada entre os Estados da Federação.

#### **2.2.1.2 REGULAMENTAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR QUE CRIA O ICMS**

As atribuições para promover a regulamentação deste tributo (art. 99 do CTN), sem poderes de inovação, serão conferidas a órgão colegiado composto por agentes públicos dos Estados e Distrito Federal, presidido por representante da União (sem direito à voto), que terão atribuições para dispor sobre: parcelamento; hipóteses de anistia, remissão, moratória e transação; fixar prazos para recolhimento do tributo; bem como critérios e procedimentos fiscalizatórios que ultrapassem o território de cada Estado da federação (art. 155-A, §7º).

Na verdade, trata-se do Confaz, que passará a ter poderes para promover a regulamentação do ICMS federal.

O regulamento do novo Confaz, bem como suas atribuições e procedimentos de deliberação, deverão vir previstos na lei complementar que criar o ICMS, na forma do art. 155-A, §6º, IX.

### 2.2.1.3 AGRESSÕES À COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA: SANÇÕES

O §8º, do art. 155-A da PEC nº 233/08, cria, também sanções por eventual agressão às competências tributárias inseridas no texto constitucional, permitido-se que, se agredidas tais disposições, seja possível a aplicação de penalidades, na forma da lei complementar, tanto ao ente político violador (Estados e DF), com sujeição deste a multas, retenção dos recursos oriundos das transferências constitucionais e seqüestro de receitas; quanto ao agente público que a perpetrar, que poderá se sujeitar às seguintes sanções: multas, suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário (o que nos poderia levar a crer que se pretende que tal prática seja compreendida como um ato de improbidade administrativa).

A União poderá reter as transferências constitucionais aos Estados, ou ao DF, nas hipóteses de agressão às competências tributárias estabelecidas em relação ao novo ICMS (art. 155-A, §8º, I c/c art. art. 160, §2º, com a redação conferida pela PEC nº 233/2008).

A lei complementar que instituir o novo ICMS também deverá dispor sobre as sanções aplicáveis aos Estados e ao Distrito Federal e seus agentes, por descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência deste tributo (art. 155-A, §6º, X) e também estabelecerá o processo administrativo de apuração do descumprimento das normas que disciplinam o exercício da competência do imposto pelos Estados e Distrito Federal e seus agentes, bem como definir órgão que deverá processar e efetuar o julgamento administrativo (art. 155-A, §6º, XI)

### 2.2.1.4 ALÍQUOTAS

As alíquotas<sup>17</sup> deste tributo federal serão fixadas pelo Senado Federal, por meio de Resolução (art. 155-A, §2º, I, da PEC nº 233/08), o qual também terá atribuição para, por meio da mesma espécie legislativa, definir “a alíquota padrão aplicável a todas as hipóteses

---

17 “Sobre a base de calculo aplica-se a alíquota, para determinar o montante do tributo devido. A alíquota, geralmente, é representada por um percentual, cuja aplicação sobre a base de calculo revela o *quantum debeat*.” AMARO. op.cit., p. 265.

não sujeitas a outra alíquota”, bem como o “enquadramento de mercadorias e serviços nas alíquotas diferentes da alíquota padrão” (art. 155-A, §2º, II, da PEC nº 233/08).

A lei complementar nacional, que instituir o novo ICMS, definirá sobre quais mercadorias (e serviços) os Estados (e o DF) poderão, por meio de lei própria, alterar as alíquotas do ICMS federal incidente sobre aqueles bens (e serviços), indicando também os limites e as condições para o exercício desta competência (art. 155-A, §2º, V, da PEC nº 233/2008). Nestas hipóteses o Senado Federal não poderá fixar tais alíquotas por meio de Resolução.

### 2.2.1.5 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

As alíquotas poderão ser reduzidas ou restabelecidas por atos do órgão colegiado, o que por si só constitui uma exceção à legalidade (art. 150, I, CF), como previsto no art. 155-A, §7º, da PEC nº 233/2008.

Será possível a criação de isenções, por meio de convênios interestaduais, na forma do §4º, I, do art. 155-A c/c art 150, §6º, da CF. Todas as demais isenções deverão estar prevista na lei complementar que cria tal tributo.

Ademais é importante frisar as importantes imunidades tributárias<sup>18</sup> que excluem a incidência deste tributo, elencadas no §1º, IV, do art. 155-A, da CF:

- a) as exportações de mercadorias ou serviços, garantida a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;
- b) o ouro, nas hipóteses definidas no art. 153, § 5o;

---

18 “Na perspectiva da espécie normativa que as exteriorizam, as imunidades possuem a dimensão normativa de regra, na medida em que descrevem o comportamento a ser adotado pelo Poder Legislativo, delimitando o conteúdo das normas que este não poderá editar. Na perspectiva da sua dimensão enquanto limitações ao poder de tributar, as regas de imunidade qualificam-se do seguinte modo: quanto ao nível em que se situam, caracterizam-se como *limitações de primeiro grau*, porquanto se encontram no âmbito das normas que serão objeto de aplicação; quanto ao objeto, qualificam-se como *limitações negativas*, na medida em que proíbem a tributação de determinados fatos; quanto à forma, revelam-se como *limitações expressas e materiais*, na medida em que, sobre serem expressamente previstas na Constituição Federal (art. 150, VI, especialmente), predeterminam o conteúdo do exercício de competência pelos entes federados.” ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**: de acordo com a emenda constitucional nº 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 210.

c) as prestações de serviço de comunicação nas modalidades de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita.

Não se aplica, ao novo ICMS federal, o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF), nem a “noventena” (prevista no art. 150, III, “c”, da CF), até o prazo de dois anos a contar da sua exigência, por força do disposto no art. 4º, da PEC nº 233/08. Se norma tributária, no prazo de dois anos, vier a aumentar o referido tributo, ela só produzirá efeitos 30 dias após a sua publicação, nos termos do parágrafo único, do art. 4º, da PEC nº 233/08.

### 2.2.1.6 NÃO-CUMULATIVIDADE E SELETIVIDADE

O novo ICMS federal será não-cumulativo<sup>19</sup> (na forma da lei complementar) e, nas operações em que estejam sujeitas a “alíquota zero, isenção, não-incidência e imunidade”, não haverá surgimento de crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações

19 “O conceito da *não-cumulatividade* melhor se expressa na voz abalizada do Procurador de Estado/RJ, João Guilherme Sauer<sup>(6)</sup>: “Consiste ele na compensação do valor do ICMS incidente em cada operação com o do incidente nas operações anteriores, independentemente de ser o sujeito ativo da obrigação tributária exurgente de cada uma dessas incidências o mesmo Estado ou outros. Portanto, a não-cumulatividade<sup>(6)</sup> do ICMS pressupõe a existência de mais de uma fase do ciclo alcançável pelo imposto, ou, em outras palavras, de mais de uma operação tributável no processo de circulação. Devem acontecer operações anteriores a posteriores sujeitas à tributação.”. Para a concretização desse princípio, necessário se faz a sua operacionalização mediante o *método contábil de compensação de débitos e créditos*, previsto no artigo 155, § 2º, inciso I, da CF/88. Por meio dessa técnica, o contribuinte procede à escrituração contábil no livro fiscal de registro de apuração de ICMS dos débitos e créditos do imposto. Vale dizer, como regra geral, a cada “entrada” de mercadoria em seu estabelecimento (operação anterior) gera um crédito contábil e a cada “saída” de mercadoria de seu estabelecimento gera um débito contábil (operação posterior), excepcionando-se os casos de isenção e não-incidência previstos no inciso II, § 2º, do artigo 155 da CF/88. Ao final de cada período de apuração, confrontam-se os débitos com os créditos, por meio de uma operação matemática dentro da contabilidade da empresa. Após essa operação o tributo será apurado na conta-corrente do ICMS, conta de resultado.<sup>(7)</sup> O imposto é apurado pelo valor incidente sobre as vendas (saídas), deduzido do imposto sobre as compras (entradas). Se houver mais débitos (saídas ou vendas) do que créditos (entradas ou compras), implicará na existência de saldo devedor. Esse é o valor efetivamente a ser pago pelo contribuinte. Já se houver mais créditos (entradas ou compras) do que débitos (saídas ou vendas), implicará na existência de saldo credor, indicando créditos acumulados, direito do contribuinte, que poderão ser levados para o próximo período de apuração. Nesse caso, não haverá imposto a pagar pelo contribuinte. Essa compensação pode ser feita por dois métodos. O primeiro é o *base on base* (base sobre base). Nesse sistema compensam-se as bases de cálculo, isto é, da base de cálculo do imposto devido na fase posterior subtrai-se o que foi base de cálculo na fase anterior. O segundo método é o *tax on tax* (imposto sobre imposto). Aqui compensa-se o valor do imposto. O imposto da fase seguinte é confrontado com o imposto da fase anterior e apurado se há saldo a pagar ou saldo a recuperar. Este é o sistema brasileiro.” ESTRELLA, André Luiz Carvalho. O crédito financeiro do ICMS: art. 20, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96. Bens de uso, consumo e ativo permanente e o seu regime no IVA do Mercado Comum Europeu. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3980>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

seguintes (salvo se a lei complementar dispuser em contrário) (art. 155-A, §1º, I e II). Em outras palavras, o legislador constitucional tenta evitar futuros litígios decorrentes da natureza não-cumulativa deste tributo.

O novo ICMS poderá ser seletivo, isto é suas alíquotas (fixadas por Resolução do Senado Federal, na forma do art. 115-A, §2º, I, da PEC nº 233/2008) poderão variar em face da quantidade e do tipo de consumo (art. 155-A, §2º, IV).

#### **2.2.1.7 PRODUTO DA ARRECAÇÃO DO NOVO ICMS E A CÂMARA DE COMPENSAÇÃO**

Nos termos do art. 155-A, §1º, III, “a”, c/c art. 155-A, §3º, I contido na PEC nº 233/2008, o produto da arrecadação do imposto, nas operações interestaduais, competirá ao Estado de destino da mercadoria, salvo em relação à parcela equivalente a 2% sobre a base de cálculo do imposto, que será atribuída ao Estado de origem (art. 155, §3º, II, da CF). Nas operações em que o valor do tributo seja irrisório, a totalidade deste pertencerá ao Estado de origem (art. 155, §3º, II, “a”).

Observe-se que nas operações com petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica, o imposto pertencerá integralmente ao Estado de destino (art. 155, §3º, II, “b”).

Pelo texto da PEC nº 233/2008, fica criada também uma câmara de compensação (entre os estados federados) com a finalidade de obrigar o Estado de origem a transferir, ao Estado de destino, o montante global do imposto. A esta câmara de compensação, também poderá ser atribuída parcela do produto da arrecadação deste imposto com a única finalidade de liquidar as obrigações do estado relativas a operações e prestações interestaduais (art. 155-A, §3º, III, da PEC nº 233/2008).

#### **2.2.1.8 FIM DO ICMS ESTADUAL**

O antigo ICMS vigorará até o 7º ano subsequente à promulgação desta PEC. No curso deste prazo haverá uma uniformização das alíquotas dos ICMS estaduais, com a padronização também de normas referentes à constituição de créditos fiscais, bem como lei complementar poderá

dispor, nas operações interestaduais, sobre a destinação do produto da arrecadação do tributo. (art. 3º, da PEC nº 233/2008)

### **3 O IVA FEDERAL: PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA**

A PEC nº 233/2008 acrescentou, ao rol de competências tributárias privativas<sup>20</sup> da União, o poder para que este ente da Federação institua imposto sobre “operações com bens e prestações de serviços, ainda que as operações e prestações se iniciem no exterior” (art. 153, VIII, da PEC nº 233/08).

O próprio legislador constitucional reformador nos apresenta indicativo para compreensão do que seria prestação de serviços: “considera-se prestação de serviço toda e qualquer operação que não constitua circulação ou transmissão de bens”, ou seja, poderá ser prestação de serviços tudo aquilo não constituir circulação de bens, ou que não esteja sob a incidência do novo ICMS federal (art. 155-A, a ser acrescentado pela PEC nº 233/2008).

Tal tributo também incidirá sobre as importações (art. 153, §6º, III, previsto na PEC nº 233/08) e integrará sua própria base de cálculo (art. 153, §6º, V, previsto na PEC nº 233/08).

É interessante assinalar que tal tributo não se sujeita ao princípio da anterioridade, por força da nova redação conferida pela PEC nº 233/2008, ao §1º, do art. 150, da CF, mas tão somente à noventena (art. 150, III, “c”, da CF).

Tal imposto não deverá incidir (ou seja, trata-se de uma hipótese de imunidade) sobre a exportação de operações com bens ou prestações de serviços, sendo garantida “a manutenção e o aproveitamento do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores” (art. 153, §6º, IV)

O IVA federal será não-cumulativo (na forma da lei) e, nas operações em que estejam sujeitas a “alíquota zero, isenção, não-incidência e

<sup>20</sup> “A reserva constitucional material é estabelecida *indiretamente* nos casos em que a Constituição, implementando a sua divisão de competências no Estado Federal, ao atribuir poder para uma entidade política tributar um fato, implicitamente atribui poder para outra entidade política tributar fato diverso.” ÁVILA. op.cit., p. 202.

imunidade”, não haverá surgimento de crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes (salvo se lei dispuser em contrário) (art. 153, §6º, I e II, contidos na PEC nº 233/2008). Em outras palavras, o legislador constitucional tenta evitar futuros litígios decorrentes da natureza não-cumulativa deste tributo.

Tal tributo terá por finalidade substituir a Cofins (art. 195, I, “b”, da CF), a CIDE (art. 177, §4º, da CF), o salário-educação (art. 212, §5º, da CF) e a contribuição para o PIS (art. 239, da CF), cujos respectivos dispositivos foram alterados, por força do disposto nos art. 8º e art. 13, bem como da nova redação dada ao “caput” do art. 239, da PEC nº 233/2008.

Esta intenção é manifestada, inclusive, na exposição de motivos nº 16 que acompanhara o anteprojeto desta PEC, enviada ao Chefe do Poder Executivo federal, em 26 de fevereiro de 2008, pelo Ministro do Estado da Fazenda:

No caso da União, propõe-se uma grande simplificação, através da consolidação de tributos com incidências semelhantes. Neste sentido, propõe-se a unificação de um conjunto de tributos indiretos incidentes no processo de produção e comercialização de bens e serviços, a saber: a contribuição para o financiamento da seguridade social (Cofins), a contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível (Cide-Combustível).

Tal unificação seria realizada através da criação de um imposto sobre operações com bens e prestações de serviços – que, nas discussões sobre a reforma tributária vem sendo denominado de imposto sobre o valor adicionado federal (IVA-F) –, consubstanciada na inclusão do inciso VIII e dos parágrafos 6º e 7º no art. 153 da Constituição, bem como pela revogação dos dispositivos constitucionais que instituem a Cofins (art. 195, I, “b” e IV, e § 12 deste artigo), a CIDE-Combustíveis (art. 177, § 4º) e a contribuição para o PIS (modificações no art. 239).

Além da simplificação resultante da redução do número de tributos, esta unificação tem como objetivo reduzir a incidência cumulativa ainda existente no sistema de tributos indiretos do País. Esta redução da cumulatividade resultaria da eliminação de um tributo que impõe

às cadeias produtivas um ônus com características semelhante ao da incidência cumulativa, a Cide-Combustíveis, e da correção de distorções existentes na estrutura da Cofins e da contribuição para o PIS, as quais, pelo regime atual, têm parte da incidência pelo regime não-cumulativo e parte pelo regime cumulativo.

Vale destacar que, na regulamentação do IVA-F, será possível desonerar completamente os investimentos, através da concessão de crédito integral e imediato para a aquisição de bens destinados ao ativo permanente. Também será possível assegurar a apropriação de créditos fiscais, atualmente obstados, relativo a bens e serviços que não são diretamente incorporados ao produto final – usualmente chamados de “bens de uso e consumo” –, eliminando assim mais uma importante fonte de cumulatividade remanescente nos tributos indiretos federais.<sup>21</sup>

O produto da arrecadação do imposto sobre a renda (art. 153, III, da CF), do imposto IPI (art. 153, IV, da CF) e do IVA (art. 153, VIII) será repartido nos seguintes termos (art. 159, com a redação atribuída pela PEC nº 233/08):

- a) 38,2% será destinado ao financiamento da seguridade social;
- b) 6,7% será destinado ao financiamento do abono do PIS e o seguro-desemprego (nova redação do art. 239, dada pela PEC nº 233/08)
- c) lei complementar estabelecerá o percentual a ser utilizado para: (c.1) “o pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo, o financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás, e o financiamento de programas de infra-estrutura de transportes”; (c.2) “o financiamento da educação básica”.

O percentual 21,5% do IVA-F integrará o somatório das rendas para constituição o Fundo de Participação dos Estados (art. 159, II, “a”, com a redação dada pela PEC nº 233/08), enquanto que 22,5% deste tributo integrará o Fundo de Participação do Município (art. 159, II, “b”, com a redação dada pela PEC nº 233/08).

<sup>21</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2008.

Parcela (1,8%) deste tributo também será destinada para a constituição do Fundo de Equalização (art. 159, II, “d”), previsto no art. 5º da PEC nº 233/2008.

#### 4 ALTERAÇÕES NA REPARTIÇÃO DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS

Anteriormente ao CTN/66 (Lei nº 5172/66) vigorava no Brasil um Sistema Tributário tripartite que, em base essencialmente política, consistia na coexistência de três sistemas tributários autônomos (federal, estadual e municipal), cada qual com seus impostos privativos, cujo produto da arrecadação pertencia em sua totalidade à pessoa política competente para instituí-lo.

A Comissão da Reforma Tributária de 1965, ao elaborar o anteprojeto de que resultou a Emenda Constitucional nº 18/65, teve por escopo a criação de um Sistema Tributário uno e nacional, em que se consideram conjugados os sistemas individuais de cada nível de governo, como partes integrantes de um todo.<sup>22</sup>

A quase unanimidade dos autores considera o tema Repartição das Receitas Tributárias como inserido no campo de Estudo do Direito Tributário, entretanto, para Harada,

a repartição das receitas tributárias nenhuma relação tem com os contribuintes; interessa apenas às entidades políticas tributantes; insere-se no campo da atividade financeira do estado, objeto de estudo pelo Direito Financeiro.<sup>23</sup>

Neste mesmo sentido Coêlho:

De observar que esta questão da repartição de receitas fiscais ou, noutra giro, das participações das pessoas políticas no produto da arrecadação das outras, não tem, absolutamente nenhum nexos com o Direito Tributário. Em verdade são relações intergovernamentais, que de modo algum dizem respeito aos contribuintes. A inclusão da seção ou, por outro lado, do assunto por ela versado, no Capítulo do Sistema tributário, constitui evidente equívoco.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 200.

<sup>23</sup> HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.67.

<sup>24</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. op.cit., p.367.

Já é tradição nas Cartas Políticas brasileiras que, logo após a outorga das competências tributárias aos entes da federação (competência tributárias privativas), haja a fixação do mecanismo de repartição das receitas tributárias, isto é, a definição dos critérios de participação de um ente da federação na arrecadação dos tributos de outros entes. Nas palavras de Harada:

Esse critério visa, antes de mais nada, assegurar recursos financeiros suficientes e adequados às entidades regionais (estados-membros) e locais (Municípios) para o desempenho de suas atribuições constitucionais.<sup>25</sup>

Neste sentido:

[...] é uma das técnicas aptas a garantir a autonomia das ordens políticas parciais na forma federativa de Estado, uma vez que não é possível falar-se em autonomia política se inexistente a autonomia financeira.<sup>26</sup>

Outra técnica para assegurar a autonomia financeira dos entes da Federação é a distribuição das competências tributárias. Pode-se deduzir que ambas as técnicas são adotadas pela CF/88.

A PEC nº 233/2008 altera significativamente os critérios de repartição de receitas tributárias, a fim de, inclusive, evitar a guerra fiscal (com a criação de fundo para implementar o desenvolvimento regional), bem como perdas de arrecadação dos Estados em face da Reforma Tributária proposta, sobretudo com o advento do novo ICMS.

#### 4.1 IMPOSTOS RESIDUAIS DA UNIÃO

Nas palavras de Ávila, a competência tributária residual poderia ser assim vislumbrada:

A Constituição Brasileira prevê competência para a instituição de determinados tributos que só poderão ser instituídos mediante a edição de lei complementar: [...] impostos não previstos na competência ordinária da União Federal, a serem instituídos no exercício da sua

<sup>25</sup> HARADA. *op.cit.*, p.67.

<sup>26</sup> ALEXANDRINO; Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF**. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 234.

competência residual (art. 154, I). Essa exigência de lei complementar decorre do caráter extraordinário desses tributos.<sup>27</sup>

Na redação conferida ao art. 157 da CF, o percentual de 20% do produto da arrecadação dos impostos derivados do exercício da competência tributária residual da União (art. 154, I, da CF) são destinados aos Estados e ao DF.

Pela PEC nº 233/2008, o produto da arrecadação destes impostos, decorrentes do exercício desta competência tributária, deverão integrar os Fundos de Participação dos Estados e dos Municípios, nos termos da redação dada ao art. 159, II, da CF, por este Projeto.

#### **4.2 FUNDO DE EQUALIZAÇÃO DE RECEITAS E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL**

O Fundo de Equalização de Receitas (FER), a ser instituído por meio de lei complementar, tem por objetivo compensar a eventual redução de arrecadação dos Estados e do Distrito Federal em decorrência de alterações introduzidas por esta Emenda, em relação ao advento do novo ICMS (art. 155-A), na forma do art. 5º da PEC nº 233/08.

Para composição deste fundo, na forma do art. 159, II, “d” (pela PEC nº 233/08), será destinado 1,8% do produto da arrecadação do montante global do imposto sobre a renda (art. 153, III), do IPI (art. 153, IV), do IGF (art. 153, VII) e do IVA federal (art. 153, VIII), bem como dos impostos residuais da competência tributária da União (art. 154, I).

O Poder Executivo da União deverá enviar ao Congresso nacional, em até 180 dias, da data da promulgação da Emenda resultante da aprovação da PEC nº 233/2008, o projeto de lei complementar com a finalidade de instituir tal Fundo de Equalização (art. 5º, §6º, da PEC nº 233/08).

Até que esta lei complementar entre em vigor, “os recursos do Fundo de Equalização de Receitas serão distribuídos aos Estados e ao Distrito Federal proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados, sendo que a nenhuma unidade federada poderá ser destinada parcela superior a vinte por cento do total.” (art. 5º, §7º, da PEC nº 233/2008).

<sup>27</sup> ÁVILA. *op.cit.* p.138.

Os Estados (e o DF) somente terão direito à percepção dos recursos deste fundo se implementarem as medidas “concernentes à emissão eletrônica de documentos fiscais, à escrituração fiscal e contábil, por via de sistema público de escrituração digital” (previstas no art. 37, XXII, da CF), nos prazos definidos na lei complementar que cria o Fundo de Equalização de Receitas (FER) (art. 5º, §5º, da PEC nº 233/2008).

Para enfrentamento das desigualdades regionais, a PEC nº 233/2008, pretende instituir um Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (FNDR, art. 161, IV), o qual terá os seus recursos oriundos de percentual (4,8%) do total da arrecadação de tributos federais (art. 159, II, “c”, acrescentado pela PEC nº 233/2008).

Parte do montante arrecadado (5%) poderá ser utilizado em regiões menos desenvolvidas do Sul e do Sudeste, sendo que, no mínimo, 60% do montante do Fundo deverá ser utilizado para o financiamento de atividades produtivas, havendo até a possibilidade de parte do montante ser repassado para fundos estaduais de desenvolvimento (art. 161, IV, com a redação dada pela PEC nº 233/2008)

### 4.3 NOVAS ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O art. 161 da Constituição, por meio da PEC nº 233/08, passará a conferir novas atribuições ao Tribunal de Contas da União, o qual terá a missão de estabelecer normas para a entrega dos recursos para o Fundo de Participação dos Estados, para o Fundo de Participação dos Municípios<sup>28</sup> e para o Fundo de Equalização de Receitas, bem como estabelecerá a normatização para aplicação e distribuição de recursos para o Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional (art. 7º da PEC nº 233/2008):

Art. 161. *omissis*

I - estabelecer os critérios de repartição das receitas para fins do disposto no art. 158, parágrafo único, I;

<sup>28</sup> Pela PEC nº 233/2008, há uma alteração em relação à forma de distribuição dos valores entregues aos Municípios: o art. 158, IV, da Carta Magna estabelece que 25% do produto da arrecadação do ICMS pertence aos entes municipais. Deste montante de receitas pertencentes aos Municípios, pela redação dada pela PEC nº 233/2008, eles farão jus a três quartos do valor creditado, na forma prevista em lei complementar, não se observando mais o antigo critério que estabelecia a observância da proporção mínima “do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços”, realizadas nos territórios destes entes municipais, nos termos da nova redação conferida ao inciso I, do parágrafo único, do art. 158, pela PEC nº 233/2008.

II - estabelecer normas sobre a entrega dos recursos de que trata o art. 159, II, “a”, “b” e “d”, especialmente sobre seus critérios de rateio, objetivando promover o equilíbrio sócioeconômico entre Estados e entre Municípios;

III – *omissis*;

IV - estabelecer normas para a aplicação e distribuição dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional, os quais observarão a seguinte destinação:

a) no mínimo sessenta por cento do total dos recursos para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste;

b) aplicação em programas voltados ao desenvolvimento econômico e social das áreas menos desenvolvidas do País;

c) transferências a fundos de desenvolvimento dos Estados e do Distrito Federal, para aplicação em investimentos em infraestrutura e incentivos ao setor produtivo, além de outras finalidades estabelecidas na lei complementar.

§ 1º O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos a que alude o inciso II.

§ 2º Na aplicação dos recursos de que trata o inciso IV do caput deste artigo, será observado tratamento diferenciado e favorecido ao semi-árido da Região Nordeste.

§ 3º No caso das Regiões que contem com organismos regionais, a que se refere o art. 43,

§ 1º, II, os recursos destinados nos termos do inciso IV, “a” e “b”, do caput deste artigo serão aplicados segundo as diretrizes estabelecidas pelos respectivos organismos regionais.

§ 4º Os recursos recebidos pelos Estados e pelo Distrito Federal nos termos do inciso IV, “c”, do caput não serão considerados na apuração da base de cálculo das vinculações constitucionais.

## 5 OUTRAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA PEC Nº 233/2008

### 5.1 INTERVENÇÃO FEDERAL

Nas palavras de Slaibi Filho, a intervenção seria:

[...] a medida excepcional, decorrente da forma de Estado Federal, através da qual o nível federativo mais elevado assume temporariamente as funções executivas, legislativas e administrativas, total ou parcialmente, do ente federativo imediatamente inferior, visando defender o sistema federativo através do eficiente funcionamento dos órgãos públicos nos seus limites constitucionais e legais de competência.

O objetivo da intervenção é, assim, a assunção dos serviços do ente federativo inferior, de forma excepcional e temporária, de acordo com as estritas hipóteses previstas na Constituição.”<sup>29</sup>

A PEC nº 233 acrescenta nova alínea ao art. 34, V, ao estabelecer que a União poderá intervir nos Estados quando estes retiverem parcela do novo ICMS (*v.g.* art. 155-A, III, contido na PEC nº 233/2008) devida a outro ente da Federação da mesma natureza.

Nesta hipótese, para iniciar o procedimento interventivo, seria necessária a solicitação do Poder Executivo do Estado prejudicado pela retenção ilícita dos repasses (art. 36, V, contido na PEC nº 233/2008).

### 5.2 MEDIDAS PROVISÓRIAS

As medidas provisórias, são espécies legislativas, previstas no art. 59, V, da CF, assim analisadas por Moraes:

Apesar dos abusos efetivados com o decreto-lei, a prática demonstrou a necessidade de um ato normativo excepcional e célere, para situações de relevância e urgência. Pretendendo regularizar esta situação e buscando tornar possível e eficaz a prestação legislativa do Estado, o legislador constituinte de 1988 previu as chamadas medidas provisórias, espelhando-se no modelo italiano.

---

<sup>29</sup> SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 656-657.

Desde antes da EC nº 32/2001 (com a introdução do §2º, ao art. 62, da CF), o Supremo Tribunal Federal já admitia a possibilidade de Medida provisória dispor sobre tributos<sup>30</sup>, inexistindo, portanto, qualquer, limite material ao exercício da competência tributária por meio desta espécie legislativa, salvo nos casos de tributos que, para sua criação (ou alteração), fosse exigida lei complementar.

Ressalte-se que o art. 62, §2º, da CF, admite a instituição (ou majoração) de imposto por meio de medida provisória, estando a eficácia destes tributos, no exercício financeiro seguinte, condicionada à conversão em lei (publicação desta) da referida espécie legislativa (MP), no mesmo exercício financeiro de sua edição.<sup>31</sup>

Pela redação proposta nesta Reforma Tributária, não se aplica à instituição ou à majoração do IVA-F (art. 153, VIII, contido na PEC nº 233/2008), por meio de Medida Provisória, a necessidade de sua prévia conversão em lei, como requisito para a sua produção de efeitos (§2º, art. 62, com a redação apresentada pela PEC nº 233/2008).

### 5.3 UTILIZAÇÃO DA RECEITA DO NOVO ICMS COMO GARANTIA

Desde o advento da EC nº 03/2003, admitiu-se a possibilidade de vinculação, pelos Estados, Municípios e DF, de suas receitas geradas pelos seus impostos e dos seus repasses constitucionais (arts. 155 e 156, e arts. 157, 158 e 159, I, a e b, e II, da CF) para a prestação de garantia ou contragarantia à União e para pagamento de débitos para com esta (art. 167, §4º, da CF).

---

30 STF – Pleno ADI-MC nº 1667-9/DF, rel. Min Ilmar Galvão, Tribunal Pleno: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NOVA REDAÇÃO DADA AO PARÁGRAFO 2º DO ART. 21 DA LEI Nº 8.692/93, PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.520/93. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 62; 150, I, III, B E § 6º; E 236, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Contrariamente ao sustentado na inicial, não cabe ao Poder Judiciário aquilatar a presença, ou não, dos critérios de relevância e urgência exigidos pela Constituição para a edição de medida provisória (cf. ADIs 162, 526, 1.397 e 1.417). De outra parte, já se acha assentado no STF o entendimento de ser legítima a disciplina de matéria de natureza tributária por meio de medida provisória, instrumento a que a Constituição confere força de lei (cf. ADIMC nº 1.417). Ausência de plausibilidade na tese de inconstitucionalidade da norma sob enfoque. Medida cautelar indeferida.” (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

31 Tal restrição à produção de efeitos não se aplica aos seguintes tributos: Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre a Importação de produtos oriundos do exterior (II), Imposto sobre a Exportação (IE), Imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF), e ao Imposto Extraordinário de Guerra (IEG).

Pela PEC n° 233/2008, atribui-se nova redação ao §4º, do art. 167 da CF, pela PEC n° 233/08, é permitido, também, aos Estados e ao DF, a vinculação de receitas próprias geradas pelo novo ICMS como garantia ou contragarantia à União, para pagamento de seus débitos para com esta.

#### 5.4 CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS

As contribuições sociais possuem natureza jurídica de tributos:

As contribuições passaram a ser consideradas tributos por força da EC n° 01/69, que estabeleceu, ao lado da competência da União para instituir impostos, sua competência para instituir contribuições de intervenção no domínio econômico, de interesse da previdência social e do interesse de categorias profissionais, conforme se vê do art. 21, §2º, I, da CF/67 com a redação da EC n° 01/69, situado dentro do Capítulo V – Do sistema Tributário Nacional. Com a EC n° 08/77, porém, embora a previsão da competência da União para instituir contribuições tenha permanecido dentro do capítulo atinente ao Sistema Tributário Nacional, houve o acréscimo do inciso X ao art. 43, que cuidava da competência legislativa da União, passando a constar, separadamente, a competência legislativa para dispor sobre tributos, arrecadação e distribuição de rendas (inciso I) e para dispor sobre contribuições sociais (inciso X). Tal foi suficiente para que o STF entendesse que o Constituinte havia entendido não serem, as contribuições, tributos. A Constituição de 1988, por fim, deu-lhes tratamento dentro do Sistema Tributário Nacional e, escoimando qualquer dúvida, estabeleceu que lhes seriam aplicadas limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como as normas gerais em matéria tributária.<sup>32</sup>

Com a extinção da Cofins e da CSLL (art. 13, I, “d”, da PEC n° 233/08), subsiste tão-somente a competência tributária para a União instituir a contribuição social cobrada ao empregador, à empresa e à entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. (art. 195, I, da CF, com a nova redação dada pela PEC n° 233/2008)

---

<sup>32</sup> FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 346.

Em verdade, a CSLL (instituída pela Lei nº 7.689/89) será absorvida pelo Imposto de Renda (Pessoa Jurídica), por força do acréscimo do III, ao §2º, do art. 153 da CF, bem como por alteração da legislação infraconstitucional:

Outra importante simplificação que está sendo proposta é a incorporação da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL) ao imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ), dois tributos que têm a mesma base: o lucro das empresas. Para tanto propõe-se a revogação da alínea “c” do inciso I do art. 195, da Constituição, sendo que os ajustes decorrentes da incorporação poderão ser feitos através da legislação infra-constitucional que rege o imposto de renda. Faz-se necessário, no entanto, um ajuste nas normas constitucionais relativas ao imposto de renda, de modo a permitir que possam ser cobrados adicionais do IRPJ diferenciados por setor econômico, a exemplo do que hoje já é permitido para a CSLL. Tal ajuste é feito através da inclusão o inciso III no § 2º do art. 153 da Constituição.<sup>33</sup>

Fica mantida a contribuição social paga pelo trabalhador (art. 195, II, da CF), mas revoga-se o inciso IV, do art. 195 da CF (art. 6.º 13, I, “d”, da PEC nº 233/08), que admitia a instituição de contribuições sociais a serem cobradas do importador de bens ou serviços do exterior (e equiparados), já que o art. 153, §6º, III, referente ao IVA federal, admite este evento como possibilidade para definição da sua hipótese de incidência.

Não houve alteração, em relação à competência tributária, para a instituição de contribuição social incidente sobre concursos de prognóstico (art. 195, III, da CF).

Ressalte-se, por fim, que, pela alteração na redação conferida ao §12, do art. 195, pela PEC nº 233/2008, nos termos fixados lei, a agroindústria, o produtor rural pessoa física ou jurídica, o consórcio simplificado de produtores rurais, a cooperativa de produção rural e a associação desportiva podem ficar sujeitos a contribuição sobre a receita, o faturamento ou o resultado de seus negócios, em substituição à contribuição de que trata o inciso I, do “caput” do art. 195 (sobre empregador ou empresa, com base nos rendimentos pagos a qualquer

---

33 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2008.

título), hipótese na qual não se aplica o disposto no art. 149, § 2o, da CF (não-incidência das CIDEs e das contribuições sócias sobre as receitas decorrentes das exportações)

## 5.5 ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Para Moraes, tal órgão jurisdicional poderia ser assim compreendido:

Assim como podemos afirmar que o STF é o guardião da Constituição, também podemos fazê-lo no sentido de ser o STJ o guardião do ordenamento jurídico federal.<sup>34</sup>

As atribuições do Superior tribunal de Justiça podem ser classificadas em originária e recursal. Nesta última, pode-se identificar a competência recursal originária e a especial, que agora nos interessa.

A competência jurisdicional para processar e julgar o recurso especial é atribuída ao STJ. O recurso especial seria aquele que :teria por escopo “garantir a efetividade e a uniformidade de interpretação do direito objetivo em âmbito nacional”, sendo admissível daquela “decisão de que já não caiba mais recurso ordinário e que tenha contrariado ou negado vigência a tratado ou a lei federal.”.<sup>35</sup>

Pela PEC nº 233/2008, passará a competir, ao STJ, processar e julgar o recurso especial das causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais (art. 107 da CF), Tribunais de Justiça (art. 125 da CF) e Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios (art. 92, VII, da CF) que almeje a revisão da decisão que contrarie lei complementar que institua o novo ICMS ou a sua regulamentação, ou que lhe negue vigência ou lhes confira interpretação divergente da que lhes tenha atribuído outro tribunal (alínea “d”, do Inciso III, do art. 105, acrescentada pela PEC nº 233/2005).

34 MORAES. op.cit., p. 475.

35 WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA; Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. 1: Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 631-632.

Eis as razões apresentadas na exposição de motivo nº 16, pelo Ministro da Fazenda, ao Presidente da República, para esta alteração da competência do Superior Tribunal de Justiça:

Mais uma vez, em função da peculiaridade do modelo proposto, com suas regras nacionais sendo aplicáveis diretamente pelos Estados e julgadas nas respectivas justiças estaduais, prevê-se alteração no art. 105 da Constituição, conferindo-se ao Superior Tribunal de Justiça a competência para o tratamento das divergências entre os Tribunais estaduais na aplicação da lei complementar e da regulamentação do novo ICMS.<sup>36</sup>

## **5.6 EXECUÇÃO EX OFFICIO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA DO TRABALHO**

A Justiça do Trabalho, após o advento da EC nº 20/98, passou a deter competência jurisdicional para promover a execução de contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir, como ensina Teixeira Filho:

Durante largo período, muito se discutiu, nos foros da doutrina e da jurisprudência, sobre a competência da justiça do trabalho para promover execuções relativas a contribuições previdenciárias e ao Imposto de Renda.

Encontrava-se no auge essa controvérsia quando adveio a emenda constitucional n. 20, de 12 de dezembro de 1998 (DOU de 16 do mesmo mês), que introduziu o §3º no art. 114 da Constituição Federal, com esta redação: “Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, *a* e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir”.

A contar daí, a Justiça do trabalho ficou dotada de competência para executar as contribuições devidas à Previdência Social. Essa competência, todavia é reflexa ou derivada, uma vez que pressupõe a existência de sentença ou acórdão condenatório proferido pela Justiça do Trabalho. Assim, sem uma lide trabalhista preexistente, não se pode cogitar da competência desta Justiça Especializada para

---

<sup>36</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2008.

executar contribuições previdenciárias, ainda que estas possuam origem em um contrato de trabalho.<sup>37</sup>

Tal competência foi mantida pela EC nº 45/2004, ao acrescentar o inciso VIII, ao art. 114, da Constituição Federal<sup>38</sup>.

Pela PEC nº 233/2008, os órgãos da Justiça do Trabalho continuam a possuir competência para executar, de ofício, inclusive, as contribuições sociais previstas no art. 195, I (a cargo do empregador, incidente sobre a folha de salários e rendimentos pagos a qualquer título) e II (a cargo dos trabalhadores, incidentes sobre a sua remuneração), bem como seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças prolatadas por estes órgãos jurisdicionais. (nova redação ao inciso VIII, art. 114, contido na PEC nº 233/2008).

## 5.7 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A própria lei (Lei Complementar nº 123/2006) fornece o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

37 TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Execução no Processo do Trabalho*, 8. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 655.

38 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Primeiras Linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)*. Nova Competência da Justiça do Trabalho. Grijalbo Fernandes Coutino e Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr, 2005. p. 216-218.

Nos termos do art. 146, III, “d”, da CF (com a redação dada pela PEC nº 233/2008), as microempresas e empresas de pequeno porte também terão tratamento diferenciado e favorecido, nos termos de lei complementar, inclusive em relação ao novo ICMS (art. 155-A) e ao IVA-F (Art. 153, VIII).

## 6 CONCLUSÃO

Como apresentado na introdução, o presente artigo não busca exaurir o tema, mas tão-somente apontar ao leitor os principais pontos do projeto de Reforma Tributária previsto pela PEC nº 233/208, o qual, na sua essência, poderia ser resumido na idéia de alteração de competências tributárias, a fim de melhor sistematizar a estrutura fiscal brasileira.

A Reforma Tributária tem como cerne a alteração da competência tributária para a criação do ICMS e a instituição de poderes para que a União possa criar o IVA Federal, o qual absorveria, sobretudo, a PIS, a Cofins e a Cide.

A importância desta reforma fica evidente quando se depara com alguns números, apresentados por Alvarenga<sup>39</sup>:

- a) no ano de 2000, o ICMS representou mais de 20% da receita tributária do valor global arrecadado por todos os entes da federação;
- b) 70% da arrecadação tributária de toda a federação brasileira derivava, em 2000, apenas dos seguintes tributos ICMS, contribuições para a Previdência Social (lei nº 8212/91), Imposto sobre a Renda, COFINS e FGTS;
- c) No grupo dos dez maiores tributos, é evidente a elevado crescimento da incidência de tributos cumulativos no total da receita tributária da federação (COFINS: 10,9%; e PIS: 4,0%).

Tal situação foi, inclusive, reconhecida pelo próprio executivo federal, o qual, na sua Cartilha da Reforma Tributária<sup>40</sup>, na qual se

---

39 ALVARENGA, Cleuda Maria Alvarenga. **Carga Tributária Brasileira: análise da evolução histórica**. p. 10 e 11. Disponível em: <<http://www.univap.br/biblioteca/hp/Mono%202001%20Rev/07.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2008.

40 Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/Cartilha-Reforma-Tributaria.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2008.

vislumbra que os tributos, quando cumulativos (PIS/COFINS, CIDE, ICMS e ISS), implicariam um impacto sobre a economia de modo a transferir 1,9% do PIB para o poder público.

Na verdade, o que ocorre é que o sistema tributário brasileiro perdeu, à luz da teoria econômica, há um bom tempo, a característica da neutralidade, ou seja, que tributação está introduzindo profundas alterações nos mecanismos de funcionamento da economia de mercado e interferindo substancialmente na alocação dos capitais existentes.

Isto se corrobora com algumas conclusões extraídas da mesma Cartilha da Reforma Tributária, a seguir transcritas:

Além da cumulatividade, o custo dos investimentos é elevado devido ao longo prazo de recuperação dos créditos dos impostos pagos sobre os bens de capital. Uma empresa leva 48 meses para compensar o ICMS pago na compra de uma máquina (ao ritmo de 1/48 por mês) e 24 meses para compensar o PIS/Cofins.

O custo efetivo deste diferimento depende da situação financeira da empresa. Para uma empresa líquida corresponde ao que deixa de receber por não aplicar os recursos no mercado financeiro. Para uma empresa endividada, corresponde aos juros pagos sobre o crédito que tem de tomar para financiar o longo prazo de recuperação do imposto.<sup>41</sup>

Pelo exposto, fica evidente que o atual sistema tributário brasileiro possui sérias distorções, detectadas pelo próprio Executivo federal, as quais pretendem ser sanadas pela PEC nº 233/2008 e que o debate a ser travado no Congresso Nacional será essencial para se delinear a estrutura da reforma tributária, ou mesmo se ela virá ser efetivada.

Seja como for, alguns dos principais problemas da tributação na economia brasileira já foram diagnosticados e a PEC nº 233/2008 busca efetivamente alterar o atual sistema tributário brasileiro a fim de apresentar soluções para eles.

---

41 Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/Cartilha-Reforma-Tributaria.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2008.

## 7 REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito tributário na Constituição e no STF**. 7.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- ALVARENGA, Cleuda Maria Alvarenga. **Carga Tributária Brasileira: análise da evolução histórica**. p. 10-11. Disponível em: <<http://www.univap.br/biblioteca/hp/Mono%202001%20Rev/07.pdf>>, acesso em: 14 mar. 2008.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ÁVILA, Humberto. **Sistema Constitucional Tributário**: de acordo com a emenda constitucional nº 42, de 19.12.03. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CARTILHA: **Reforma Tributária**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/documentos/2008/fevereiro/Cartilha-Reforma-Tributaria.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2008.
- CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- CASTRO, Aldemário Araújo. **Direito Tributário**. Brasília: Fortium, 2005. p. 104.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Primeiras Linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004). Nova Competência da Justiça do Trabalho. Grijalbo Fernandes Coutino e Marcos Neves Fava, (coord.). São Paulo: LTr, 2005.

ESTRELLA, André Luiz Carvalho. **O crédito financeiro do ICMS**: art. 20, § 1º, da Lei Complementar nº 87/96. Bens de uso, consumo e ativo permanente e o seu regime no IVA do Mercado Comum Europeu. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3980>>. Acesso em: 13 mar. 2008.

Exposição de Motivos/MF nº 16, de 26.02.2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/MF/2008/16.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2008.

FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

LACOMBE, Américo Lourenço Masset. **Comentário ao Código Tributário Nacional**. Marcelo Magalhães Peixoto e Rodrigo Santos Messet Lacombe, (coord.) São Paulo: MP, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Hamilton Dias. **Lei complementar em matéria tributária**. Curso de Direito Tributário. Ives Gandra da Silva Martins (coord.). São Paulo: Saraiva, Centro de Estudos de Extensão Universitária, 1982.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no Processo do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, v. 1: Teoria geral do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.



# **NATUREZA DO DECRETO PRESIDENCIAL QUE DECLARA ÁREA DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA**

*Cid Roberto Almeida Sanches  
Advogado da União – PRU-SP*

Sumário: 1 Introdução; 2 Dos vários atos administrativos concernentes à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária ; 3 Procedimento administrativo para obtenção do laudo de vistoria prévia e o decreto presidencial declaratório; 4 Inexistência de correlação entre o procedimento administrativo INCRA e o decreto presidencial.



## 1 INTRODUÇÃO

A identificação da natureza jurídica de um instituto revela mais intensamente sua importância na definição do regime jurídico a ele incidente e na observância de suas balizas dentro do sistema positivo e de seus efeitos jurídicos. Passando pela identificação da essência do instituto e seus atributos, tal processo impõe ao operador encontre seu melhor amoldamento dentro do sistema jurídico.

O decreto presidencial que declara área de interesse social para fins de reforma agrária tem matriz na Constituição Federal e delineamento infraconstitucional satisfatório. A despeito de todo esse arcabouço jurídico evidenciar a natureza autônoma do decreto presidencial (ato declaratório, simples e discricionário), há uma tendência dos operadores jurídicos em se estabelecer liames entre este ato presidencial e o procedimento realizado pelo Incra para obtenção do laudo agrônomo de fiscalização, como se o primeiro marcasse a finalização do procedimento fiscalizatório.

O presente trabalho objetiva exatamente evidenciar a inexistência dessa correlação e de qualquer condicionamento entre os atos administrativos aqui tratados, o que se fará mediante a demonstração da exata natureza do decreto presidencial que declara área de interesse social para fins de reforma agrária.

## 2 DOS VÁRIOS ATOS ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS À DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, no plano estritamente constitucional, impõe a relativização do direito de propriedade diante do identificado descumprimento de sua função social. Num primeiro momento, a comprovação desse ilícito constitucional se realiza mediante procedimento administrativo, que apenas instrumentaliza aferição da produtividade, cumprimento aos ditames da legislação ambiental e trabalhista e aspectos ínsitos à viabilidade técnica e econômica do imóvel para destinação a assentamentos de reforma agrária, eventualmente culminando na sua reclassificação junto ao cadastro rural mantido pelo Poder público, somente após isso exigindo regramentos pelo contraditório e ampla defesa, porquanto antes disso não potencializaria sequer ameaça a direito, na medida em que sendo direito da Administração fiscalizar, a ninguém prejudica quem seu direito exerce.

Observadas as diretrizes constitucionais, o ordenamento fixou os contornos das fases desse procedimento interno, onde são definidos os critérios para o diagnóstico inicial concernente ao cumprimento da função social da propriedade, através da aferição do GUT e do GEE, do aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, da utilização compatível dos recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições que regulam as relações de trabalho, e ainda da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Portanto, mediante procedimento administrativo, a Administração identifica o imóvel rural vocacionado à reforma agrária, não se exigindo seja regrado por contraditório e por ampla defesa, porquanto, conforme se demonstrará, tais garantias não são ínsitas a esta fase e estarão resguardadas no processo judicial a que se refere a Lei Complementar 76/93.

Será no processo judicial regrado pelo contraditório e pela ampla defesa que se corporificará a pretensão da Administração em realizar a desapropriação do imóvel rural sobre o qual se identificou a vocação para reforma agrária. E será por ato jurisdicional, vencida a oposição individual do proprietário, que se declarará o descumprimento dos requisitos concernentes à função social, conforme explicitados nos arts.

185 da Constituição Federal e 6º a 9º da Lei nº 8.629/93, sujeitando a propriedade às consequências determinadas no ordenamento.

A deflagração e o desenvolvimento de tais trâmites autorizados pela Constituição Federal, regem-se pelas disposições da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, Decreto nº 2.250, de 11 de junho de 1997, Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e pelas normas de execução do Incra.

Espécie de intervenção do Estado no domínio privado, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária desenvolve-se mediante uma fase administrativa e uma fase judicial, sendo apenas nesta última que os atos administrativos precedentes se corporificam em materialidade de ação sob o prisma da tangibilidade patrimonial, conforme concluiu o Supremo Tribunal Federal nos autos do MS nº 24.163<sup>1</sup>.

### **3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA OBTENÇÃO DO LAUDO DE VISTORIA PRÉVIA E O DECRETO PRESIDENCIAL DECLARATÓRIO**

Atendendo à base legal aplicável à espécie, os atos mais relevantes do procedimento administrativo Incra são os seguintes:

- a) deflagração do procedimento administrativo, por provocação ou de ofício (art. 1º da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35, DE 25 DE MARÇO DE 2004 e art. 1º do Decreto nº 2.250/97);
- b) notificação (comunicação) encaminhada ao proprietário, preposto ou representante, pessoalmente ou por edital, cientificando da realização de vistoria prévia para levantamento de dados e informações (art. 2º, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.629/93 e art. 3º da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35/2004), com antecedência mínima de 3 dias (art. 26, §2º, da Lei nº 9.784/99);

---

1 [...] A ausência de eficácia suspensiva do recurso administrativo viabiliza a edição do decreto desapropriatório no que apenas formaliza a declaração de interesse social, relativamente ao imóvel, para efeito de reforma agrária, decorrendo a perda da propriedade de decisão na ação desapropriatória, não mais sujeita, na via recursal, a alteração.[...]

- c) realização da vistoria, consubstanciada no laudo agrônômico de fiscalização, elaborado na forma estabelecida no Manual para Obtenção de Terras e Perícia Judicial, Módulo II, com foco na aferição do cumprimento de sua função social, conforme definido nos arts. 2º e 9º da Lei nº 8.629/93, acompanhado, conforme o caso, de parecer sobre a viabilidade técnico-econômica e ambiental de sua exploração via reforma agrária, tomando-se por base as condições de uso do imóvel nos doze meses inteiros imediatamente anteriores ao do recebimento da comunicação prevista no art. 2º, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.629/93 (art. 4º da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35/2004);
- d) identificação dos valores do Grau de Utilização da Terra - GUT e Grau de Eficiência na Exploração - GEE, com base nos elementos coligidos no Laudo Agrônômico de Fiscalização, seguindo-se atualização dos dados cadastrais e classificação fundiária do imóvel rural (art. 4º, §4º, da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35/2004);
- e) encaminhamento ao proprietário, preposto ou representante legal, através de correspondência com aviso de recebimento - AR, da Declaração para Cadastro de Imóvel Rural - DP "ex officio", bem como ofício informando a situação cadastral encontrada, sendo-lhe concedido, a partir do seu recebimento, o prazo de 15 (quinze) dias para interposição de impugnação administrativa e recursos (art. 5º da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35/2004, e art. 3º, II, 26 da Lei nº 9.784/99);
- f) finalização do procedimento administrativo, após o resultado das impugnações e recursos, com a efetiva atualização dos dados cadastrais e (re)classificação fundiária do imóvel rural (art. 5º da NORMA DE EXECUÇÃO/Incra/SD/Nº 35/2004).

O procedimento administrativo, portanto, finaliza com a efetiva atualização dos dados cadastrais e a classificação fundiária do imóvel rural, podendo ou não - se, notificado, o proprietário impugnar a reclassificação - iniciar-se um processo administrativo, que a seu tempo finalizaria após o resultado das impugnações e esgotados os recursos. A ação administrativa, contudo, prossegue, seja após o procedimento da vistoria de aferição da produtividade, seja após o processo subsequente à reclassificação cadastral, com os preparativos para o ajuizamento

da desapropriação, cada um deles um procedimento em si, incluindo expedição de TDA's a serem ofertados para a terra nua, empenho de valores para serem ofertados pelas benfeitorias, elaboração de cadeia dominial, elaboração da petição inicial etc.

Os atos praticados pelo proprietário no curso desse procedimento que culmina com a reclassificação cadastral objetivam auxiliar na sua instrução. Não se objetiva garantir bilateralidade do processo, contraditório ou ampla defesa, porquanto não se está a ensejar em tal procedimento atos auto-executórios a possibilitar que a Administração promova de per si a subtração da propriedade rural alheia. O procedimento é puramente investigativo, cujas conclusões darão suporte a adequada ação de desapropriação, esta sim a culminar com a efetiva perda da propriedade rural.

Tanto é assim que o legislador constitucional não impôs a obrigatoriedade do precedente processo administrativo de aferição da produtividade, mas a determinação do ajuizamento da ação judicial com contraditório especial (cognição exauriente), previamente instruída com o decreto presidencial (art. 184, §§2º e 3º).

Nesta linha é que, atendendo à diretriz constitucional do artigo 184, §3º, o legislador, ao fixar os contornos das fases do processo judicial, estabeleceu o contraditório especial para a desapropriação para fins de reforma agrária, possibilitando ampla discussão sobre todos os aspectos concernentes à desapropriação, incluindo a defesa a incidir sobre as conclusões do laudo de vistoria administrativa, pelo que a sujeita à apreciação do Poder Judiciário especialmente no que concerne ao diagnóstico sobre a produtividade do imóvel em razão do cumprimento simultâneo da função social econômica, ambiental e trabalhista, através da aferição do GUT e GEE, do aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, da utilização compatível com recursos naturais disponíveis e da preservação do meio ambiente, da observância das disposições que regulam as relações de trabalho e ainda da exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Portanto, será através do processo judicial regrado pelo contraditório e pela ampla defesa que os indícios da improdutividade econômica e da inadequação ambiental e trabalhista, refletindo presunções diagnosticadas administrativamente, ganharão certeza jurídica (reconhecimento jurisdicional) de que a propriedade rural efetivamente não atendeu aos requisitos concernentes à função social,

conforme explicitados nos arts. 185 da Constituição Federal e 6º a 9º da Lei nº 8.629/93, e, por isto, há de se sujeitar às conseqüências determinadas no ordenamento (desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida agrária).

O laudo agrônômico de fiscalização, portanto, é ato inquisitorial preparatório que resulta na efetiva atualização dos dados cadastrais e (re)classificação fundiária do imóvel rural, a servir de elemento orientado a nortear a Administração Pública ao ajuizamento de ação de desapropriação mediante pagamento prévio e em dinheiro, tratando-se de propriedade produtiva; ou em títulos da dívida agrária, se identificada a improdutividade.

#### **4 INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INCRA E O DECRETO PRESIDENCIAL**

De plano se verifica que o decreto que declara a área de interesse social para fins de reforma agrária não é ato que integra o procedimento administrativo Incra, pois este, como dito, culmina na atualização dos dados cadastrais e na classificação fundiária do imóvel rural. Nesse sentido trilhou o próprio STF, quando do julgamento do MS nº 20.741.<sup>2</sup>

O decreto, portanto, cuja natureza de ato complexo opera apenas na relação Presidente da República/Ministro de Estado (já que subscrito por ambos), é ato autônomo em relação ao procedimento Incra, que apenas declara o interesse social sobre o imóvel (MS 24.163: “[...] apenas formaliza a declaração de interesse social, [...]”), ontologicamente desconectado do resultado do procedimento administrativo de levantamento de dados e classificação fundiária, e exterioriza a pretensão da Administração Pública em trazer o bem de raiz para a órbita e categoria de imóvel vocacionado à reforma agrária. Assim se afirma a partir da verificação de que o interesse social pode preexistir à constatação de ser o imóvel descumpridor da função social, ou subsistir mesmo diante dos impedimentos à desapropriação-sanção, no primeiro caso à declaração de interesse social somando-se a tangibilidade do mesmo pela desapropriação, no segundo

---

2 MS nº 20.741 – Min. Sidney Sanches – J. 22/02/1989 - “[...] Se ações cautelar e declaratória foram ajuizadas contra o Incra, e não em face da união federal, nada impedia nem impede que o presidente da republica exercesse e exerça sua competência constitucional de, em nome desta, desapropriar o imóvel. Tanto mais porque a medida liminar, na ação cautelar, só foi concedida depois que o Incra, com função meramente opinativa, já concluía sua atuação administrativa, indicando o imóvel ao MIRAD para expropriação. [...]”.

caso, inviabilizando-se a desapropriação-sanção, não, contudo, a aquisição ou desapropriação a outro fundamento.

Tanto é assim, que o decreto poderá, inclusive, preceder ao procedimento administrativo Incra de verificação de produtividade e classificação do imóvel rural, mediante simples juízo de conveniência e oportunidade em declará-lo de interesse social, porquanto nem a simples decretação implica em inexorabilidade da desapropriação e nem a legislação específica reguladora da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária determina o momento específico para a expedição do decreto declaratório (pois não poderia a lei substituir-se ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador); não vedando assim sua antecipação ao procedimento Incra e inclusive permitindo-a, pois apenas impõe deva o mesmo preceder ao ajuizamento da ação de desapropriação, em consonância com o artigo 184, § 2º da Constituição Federal.<sup>3</sup>

O decreto, portanto, poderá – a lastro de juízo de conveniência e oportunidade – ser expedido antes ou após a finalização do procedimento administrativo Incra, conquanto obrigatoriamente antes do ajuizamento da ação de desapropriação.

É de se reafirmar, portanto, que essa faculdade discricionária da Administração expedir o decreto antecedentemente ao procedimento administrativo Incra é plenamente autorizada pela ordem posta.

Inicialmente porque, nos termos do artigo 5º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, à minguia de regramento específico, está autorizada a aplicação subsidiária das normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública aos casos de desapropriação por interesse social.

Pois bem. No regime jurídico da desapropriação por utilidade pública, o direito da Administração ingressar no imóvel sobrevém ao decreto presidencial declaratório, conforme disposto no art. 7º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941.

---

3 A afirmação respalda-se na redação legal. In *verbis*: “Lei nº 8.629/93: Art. 5º A desapropriação por interesse social, aplicável ao imóvel rural que não cumpra sua função social, importa prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária. § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro. § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor ação de desapropriação.” (g.n)

A mesma conclusão advém da leitura dos dispositivos específicos condizentes com a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, haja vista que, nos moldes do § 2º do art. 2º da Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, com redação trazida pelo art. 4º da Medida Provisória nº 2.183-56, de 24 de agosto de 2001, a União, através do órgão federal competente, mediante prévia notificação, poderá ingressar no imóvel de propriedade particular para levantamento de dados e informações.

Por seu turno, o art. 2º, § 2º da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, legitima expressamente o órgão agrário federal a promover a vistoria e avaliação do imóvel logo em seguida à declaração por interesse social.<sup>4</sup>

Ora, a vistoria Incra, referida como é ao momento em que se apura o cumprimento da função social da propriedade, a viabilidade técnico-econômica e ambiental, e a capacidade para assentamento de famílias no regime da reforma agrária, decerto está - por sobredito artigo - autorizada a ocorrer inclusive após a decretação, na medida em que o ato presidencial não é - repita-se - formador daqueles juízos, apenas o sendo do juízo de interesse social, que - como dito - pode preexistir à constatação daqueles elementos, como pode subsistir mesmo se constatada a produtividade ou a intangibilidade do imóvel para desapropriação-sanção a outros fundamentos, porquanto esta não inviabiliza a sua obtenção por outro meios igualmente lícitos (desapropriações por interesse social genérico da Lei nº 4.132/62, compra e venda do Dec. nº 433/92, recepção em doação, permuta, dação em pagamento, etc, atendidos os requisitos da Lei nº 9.636/98).

Fica, pois, plenamente perceptível que esse dispositivo da LC nº 76/93, sobrepondo-se em cronologia, hierarquia e especificidade aos demais, e sem lhes ser contrario, admite tanto a concentração da vistoria (rectius: aferição da produtividade) e da avaliação do imóvel em um único procedimento, quanto a realização desses atos em duas etapas, em qualquer das hipóteses autorizando sua realização em seguida ao

---

4 In verbis: "Artigo 2º - [...] § 2º - Declarado o interesse social, para fins de reforma agrária, fica o expropriante legitimado a promover a vistoria e a avaliação do imóvel, inclusive com o auxílio de força policial, mediante prévia autorização do juiz, responsabilizando-se por eventuais perdas e danos que seus agentes vierem a causar, sem prejuízo das sanções penais cabíveis."

decreto, e não necessariamente como ato preparatório deste. Conclusão, aliás, firmada pelo STF no MS nº 23.744.<sup>5</sup>

Há de se admitir, por isso, que no plano lógico e ontológico a declaração de interesse social precede e independe da aferição do cumprimento da função social da propriedade, sendo esta apenas uma condição de procedibilidade da ação de desapropriação-sanção, e não pressuposto da validade daquele, tanto que - a teor do Decreto nº 433/1992 - o imóvel produtivo pode ser adquirido por compra, se, persistindo o interesse social, vier a eclodir impeditivo constitucional da desapropriação- sanção.

Nesta linha de argumentação, conclui-se que, segundo juízos de conveniência e oportunidade próprios, a solicitação de edição de decreto presidencial declaratório de interesse social para fins de reforma agrária poderá preceder ou suceder ao procedimento administrativo de vistoria de apuração do cumprimento da função social, de forma a revelar a inexistência de correlação entre esses atos.

Aliás, como ato de império que é, a expedição do decreto somente está a depender do juízo de conveniência e oportunidade da Administração, com vistas à necessidade ou utilidade pública, ou, como no caso, ao interesse social. De fato, ao decreto não precede qualquer pressuposto, senão a formulação de juízo discricionário da Administração, no que tange à vontade-decisão de afetação do bem, mediante a declaração por decreto da necessidade, utilidade pública ou interesse social, porém, não necessariamente via desapropriação-sanção.

Em suma: O decreto é orientação a desapropriar – si *et in quantum* - não houver impedimentos para tanto. Mas o fato de haver

5 EMENTA: DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. [...] FASES DISTINTAS DO PROCEDIMENTO EXPROPRIATÓRIO REGIDAS POR DIPLOMAS LEGAIS ESPECÍFICOS. [...] 1. A primeira fase do procedimento expropriatório destina-se ao levantamento de dados e informações do imóvel expropriando, no qual os técnicos do órgão fundiário são autorizados a ingressar (Lei nº 8.629/93, artigo 2º, § 2º). A segunda, ao procedimento judicial, disciplinado por lei complementar, conforme previsto no § 3º do artigo 184 da Constituição Federal, durante a qual a Administração poderá novamente, vistoriar a área com a finalidade de avaliar a terra nua e as benfeitorias (LC 76/93, artigo 2º, § 2º). 2. Nada impede, porém, que a Administração faça a avaliação a partir dos dados colhidos na primeira fase, se julgá-los suficientes, não fazendo uso da faculdade que a lei complementar lhe dá para ingressar novamente no imóvel. 3. A avaliação a partir da primeira vistoria não é causa de nulidade do decreto presidencial, mesmo porque nenhum prejuízo sofreu o proprietário. Pas de nullité sans grief. 4. [...] Precedentes (MS nº 20.747/DF, SYDNEY SANCHES, DJ de 31.03.89 e MS nº 23.311/PR, PERTENCE, DJ de 25.02.00. Segurança denegada.

irregularidades no procedimento administrativo não o torna nulo *ipso facto*, pois a declaração de interesse social que ele congrega não deixa de subsistir senão quando alterado o motivo determinante e/ou a situação sócio-política de que haure força.

Portanto, de acordo com o artigo 184, § 2º da Constituição Federal, a Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993, apenas assentou determinação no sentido de que a desapropriação será precedida de procedimento administrativo e de decreto declarando o imóvel de interesse social, mas não a de que o decreto seria necessariamente precedido do procedimento administrativo, e nem de que o procedimento administrativo deva obrigatoriamente configurar um processo, já que processo a LC 76/93 garante e materializa na ação judicial (cuja natureza é de ampla cognição, *ex vi* dos MS-STF nº 22.688, 23.135 e 24.272<sup>6</sup>), podendo, pois, o decreto anteceder ao procedimento, desde que aquele não seja suprimido.

Decerto por isso, em seu artigo 9º, observe-se, consignou a LC 76/93<sup>7</sup> a natureza discricionária da declaração de interesse social, obstando a apreciação desse juízo de conveniência e oportunidade ao Poder Judiciário, permitindo, entretanto, cognição plena no que tange às matérias de natureza vinculada e, em especial, às questões correspondentes ao laudo de vistoria administrativa em todos os seus aspectos, e seu resultado, inserindo-se nesse espectro a produtividade do imóvel.

---

6 MS 22.698/MG - Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO : [...] EMENTA: [...] Manifesto despropósito da pretensão, posto que a prova obtida pelo meio indicado deverá ser oferecida, ou mesmo produzida, no bojo da própria ação de desapropriação, hoje de amplo caráter cognitivo, como previsto no art. 9º. da LC nº 76/93. [...]

MS 23.135/PE - Relator(a):Min. MOREIRA ALVES - [...] EMENTA: [...] Por outro lado, tendo sido feita regularmente a vistoria do imóvel, o fato de não ter o impetrante obtido resposta à sua impugnação aos índices de produtividade constantes do relatório dessa vistoria não acarreta a nulidade do decreto presidencial, pois essa questão relativa à produtividade do imóvel poderá ser feita na ação de desapropriação (MS 22.698). Mandado de segurança denegado.[...]

MS 24.272/DF - Relator(a):Min. MAURÍCIO CORRÊA - [...] EMENTA: [...] 1. O silêncio do Incria acerca do resultado da vistoria não é causa de nulidade do decreto presidencial, pois a matéria referente à produtividade do imóvel poderá ser objeto da ação de desapropriação disciplinada pela LC 76/93. Precedentes. [...]

7 In *verbis*: “Art. 9º A contestação deve ser oferecida no prazo de quinze dias se versar matéria de interesse da defesa, excluída a apreciação quanto ao interesse social declarado. § 1º Recebida a contestação, o juiz, se for o caso, determinará a realização de prova pericial, adstrita a pontos impugnados do laudo de vistoria administrativa, a que se refere o art. 5º, inciso IV e, simultaneamente:

A Administração, portanto, pode lançar mão do decreto declaratório independentemente de quaisquer ocorrências externas, tal como as que podem ocorrer no procedimento de aferição de produtividade, no laudo agrônômico de fiscalização, na classificação e cadastro fundiário do imóvel, pois, como se observou, a legislação confiou ao ente administrativo a escolha e valoração subjetiva dos motivos (interesse social) e do objeto sobre o qual incidirá o ato.

Pois bem, é perceptível, assim, que – *ex vi legis* – o decreto que declara o imóvel de interesse social não se consubstancia necessariamente em “fase conclusiva” ou “ato final” do procedimento administrativo de verificação do cumprimento da função social da propriedade, classificação e cadastro fundiário do imóvel rural. Trata-se, portanto, de ato administrativo simples, cuja vontade unitária é voltada para afetação do imóvel à realização do interesse social, que poderá resultar na desapropriação mediante pagamento prévio e em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV da CF), ou com títulos da dívida agrária (art. 184 da CF), conforme o caso, ou ainda, na compra do imóvel, se conveniente e oportuno à Administração (Decreto nº 433/92), ou mesmo via recepção em dação em pagamento, permuta, atendidas as exigências da Lei nº 9.636/98 etc.

Com a mesmarazão, ressalte-se que por se tratar de ato declaratório e não vinculativo, meramente formulador de juízo de conveniência e oportunidade, a Administração poderá até deixar transcorrer o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação de desapropriação (art. 3º da Lei nº 4.132/62), ou, ainda, desistir da ação proposta (art. 267, inciso VIII, do CPC), e mesmo propor sua revogação, por óbvio a fundamento de perecimento ou desaparecimento do interesse social, ou a outros juízos lícitos de conveniência e oportunidade.

Isto evidencia que, não guardando necessária relação com o procedimento administrativo, o decreto subsiste seja qual for o resultado da vistoria, as conclusões do laudo agrônômico, a classificação e cadastro do imóvel rural, pois, insista-se, mesmo caracterizada a produtividade, o imóvel poderá ser objeto de desapropriação mediante pagamento prévio e em dinheiro (art. 5º, inciso XXIV, da CF), ou objeto de compra e venda na forma do Decreto nº 433/92, hipóteses evidentemente só toleradas sob o pálio da independência do interesse social face à intangibilidade do imóvel a atos de império.

Sob a mesma óptica, não há que se falar em contaminação do decreto declaratório em função de eventuais irregularidades provenientes

do procedimento administrativo, ficando a impugnação do decreto junto ao Supremo Tribunal Federal, ressalte-se, circunscrita unicamente em seus elementos constitutivos, isto é, aos elementos exclusivamente ínsitos ao próprio formalismo e limites materiais do decreto em si, v.g., ausência de assinatura, assinatura por autoridade diversa, incidência sobre imóvel situado no território nacional, incidência sobre imóvel imune, etc.

Natureza do decreto presidencial: ato declaratório (não constitutivo) simples, de natureza autônoma (não complexo), a expressar a conveniência administrativa de afetar o imóvel rural à função de interesse social, independentemente das conclusões do procedimento administrativo de classificação fundiária.

Esse panorama jurídico traçado revela, enfim, a natureza simplesmente declaratória (não constitutiva) e autônoma do decreto, que a par de outros elementos, autoriza - implícita ou explicitamente - o ajuizamento da ação de desapropriação, mas não necessariamente a desapropriação-sanção em todos os casos, e nem apenas a obtenção a esse título, e de modo algum a dispensa do devido procedimento legal de aferição da condição de cumprimento da função social da propriedade. Não se trata, ressalte-se, de ato complexo, pois sua edição ou sua idoneidade para produção dos seus efeitos declaratórios independe de qualquer ato, juízo ou conteúdo do procedimento administrativo para aferição de produtividade.

Ora, em sentido distinto, o ato administrativo complexo se aperfeiçoa pela fusão ou integração de vontades de órgãos diversos, de que decorre manifestação de um só conteúdo e finalidade.<sup>8</sup>

A autonomia do decreto, em relação ao procedimento administrativo e seus atos correspondentes, fica ainda mais evidente com a leitura das disposições do artigo 5º da Lei Complementar nº 76, de 6 de julho de 1993<sup>9</sup>, que determina a presença de dois requisitos autônomos e distintos para o ajuizamento da ação de desapropriação:

---

8 MIRANDA, Sandra Julien. **Do ato administrativo complexo**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48

9 Confira-se: "Artigo 5º - A petição inicial, além dos requisitos previstos no Código de Processo Civil, conterá a oferta do preço e será instruída com os seguintes documentos: I - texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União; II - certidões atualizadas de domínio e de ônus real do imóvel; III - documento cadastral do imóvel; IV - laudo de vistoria e avaliação administrativa, que conterá, necessariamente [...]"

- a) texto do decreto declaratório de interesse social para fins de reforma agrária, publicado no Diário Oficial da União
- b) laudo de vistoria e avaliação administrativa.

Se desejasse a lei conectar o decreto ao procedimento de aferição de produtividade, decerto que não exigiria o laudo de vistoria como adendo autônomo da petição inicial da desapropriação, na medida em que exigi-los em separado, longe de negar-lhes autonomia, autonomia lhes confere, pois, caso contrário, deixaria de exigir o laudo, sob pressuposto de que a exigência do decreto geraria presunção de que este traria em si incorporado o juízo valorativo derivado daquele.

Exsurgem, então, duas feições ao decreto: i) sob o ponto de vista material, meramente os efeitos de declaração manifestando a vontade da Administração de afetar o imóvel rural à função de interesse social, independentemente das conclusões do procedimento administrativo de classificação fundiária, e ii) sob ponto de vista formal, ato simples, expedido pela vontade autônoma da autoridade competente, que constitui-se em condição de procedibilidade para o processo judicial, sede em que efetivamente a declaração adquiriria materialidade. Nenhuma de suas facetas, portanto, guarda ligação com o laudo de vistoria, fase do procedimento administrativo de aferição do cumprimento da função social da propriedade e classificação do imóvel rural.

Esta exposição está a demonstrar que a expedição do decreto consubstancia ato declaratório (não constitutivo) simples, de natureza autônoma (não complexo), tanto que, como dito, pode ser editado antes, no curso, ou após o procedimento administrativo de aferição de produtividade do imóvel rural, de forma que, com ele não guarda qualquer liame.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de que inexistente correlação entre os atos administrativos do Incra e o decreto presidencial, acentuando que a ocorrência de impugnação (judicial, no caso) incidente sobre atos do procedimento administrativo não impede que o Presidente da República exerça sua competência constitucional de expedir o decreto declaratório (MS 20.741-DF- MS 23.312 / PR).

E nessa mesma trilha, nos autos do MS nº 20.694<sup>10</sup>, em que se questionavam os efeitos de medida liminar concedida para suspender o processo administrativo do Incra, deliberou o Supremo Tribunal Federal pela autonomia do decreto em razão do resultado do procedimento administrativo, ressaltando seu caráter discricionário, unicamente exteriorizador da pretensão da Administração Pública em trazer o bem de raiz para a órbita e categoria de imóvel vocacionado à reforma agrária.

Mais recentemente, nos autos do MS nº 25.534<sup>11</sup>, o Ministro Eros Grau deliberou em caráter liminar que a edição do decreto não estava a representar qualquer risco à garantia constitucional da propriedade. Ressaltou nesse passo a impossibilidade de contaminação do decreto em razão de irregularidades do laudo agrônômico, bem como a natureza meramente declaratória e autônoma do decreto presidencial, sem potencialidade para promover por si só a perda da propriedade.

Daí concluirmos no sentido de que, ainda que de forma estreita e tímida, o Supremo Tribunal Federal vem evoluindo para reconhecer a natureza autônoma, declaratória e discricionária do decreto presidencial.

---

10 *Verbis*: EMENTA: Desapropriação para reforma agrária. Mandado de segurança impetrado para anulação de decreto que declarou o imóvel de utilidade pública, para tal fim. 1. A ação cautelar inominada, tendente a obstar o procedimento preparatório da expropriação, foi intentada apenas contra o Incra, que tem função meramente opinativa, e não contra a UNIÃO FEDERAL, não podendo, pois, a liminar, ali deferida, produzir efeitos perante esta, nem obstar o exercício, pela Presidência da República, de sua competência constitucional para o ato expropriatório propriamente dito, consistente na declaração de utilidade pública. Precedente do STF: MS. 20.741. 2. Como a atuação do Incra era meramente preparatória do ato expropriatório, nada impedia que o Presidente da República a praticasse, com ou sem ela, no exercício de sua competência privativa. 3. [...]” (g.n)

11 “ [...] 25. Vê-se para logo que o decreto não representa risco à garantia constitucional da propriedade, já que apenas declara o imóvel de interesse social para fins de reforma agrária, consubstanciando mera condição para a propositura da ação de desapropriação [art. 184, § 2º, da Constituição do Brasil]. 26. A perda do direito de propriedade ocorrerá tão somente ao término da ação de desapropriação, com o pagamento de indenização ao expropriado, de modo que poderá alegar em contestação eventual nulidade do laudo agrônômico do Incra [art. 9º da LC 76/93]. [...]” MANDADO DE SEGURANÇA Nr. 25.534/DF. REL. Min. Eros Grau. DJ Nr. 197 - 13/10/2005 - Ata Nr. 153.

**O ESTADO BRASILEIRO E A CORTE  
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS:  
REFLEXÕES SOBRE O MULTILATERALISMO  
EM DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO DA  
ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS**

*Danielle Aleixo Reis do Valle Souza*

*Advogada da União em exercício no Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, Especialista em Relações Internacionais pela UnB e Mestranda em Relações Internacionais na UnB.*

SUMÁRIO: 1 Breve Evolução Histórica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 2 Do Funcionamento do Sistema de Proteção; 3 O Reconhecimento Brasileiro da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no contexto multilateral da Organização dos Estados Americanos; 4 O Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos; 5 Referências; 6 Documentos Consultados.

**RESUMO:** O presente trabalho explora a evolução histórica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, bem como os câmbios sofridos na formulação da política externa brasileira no tocante ao tema da proteção internacional dos direitos humanos após o período de redemocratização do país. Analisa, igualmente, a importância do reconhecimento pelo Estado brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os efeitos positivos de tal ato sobre a posição brasileira no contexto multilateral da Organização dos Estados Americanos. Finalmente, tece algumas considerações a respeito da participação do Estado brasileiro na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

**PALAVRAS-CHAVES:** Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Humanos. Multilateralismo. Organização dos Estados Americanos.

## 1 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Costuma-se, frequentemente, citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948 como o documento que inaugurou uma nova visão da comunidade internacional em relação à proteção dos direitos humanos, tema que, a partir desse marco histórico, passaria a ser considerado não mais como assunto interno de cada Estado, mas como foco do interesse comum de toda humanidade<sup>1</sup>.

Vale lembrar, todavia, que oito meses antes da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Assembléia-Geral das Nações Unidas, vinte e um países das Américas, Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, reunidos em Bogotá, adotaram aquele que, de fato, deveria ser considerado como o primeiro instrumento de relevo no campo da proteção internacional dos direitos humanos: a Declaração Americana dos Direitos do Homem.

Segundo Claude Albert Colliard, as declarações significam “un procédé temporaire [...] une sorte de `pré-droit` que annonce un droit nouveau qui se manifestera sous une forme parfaite avec l'adoption et l'entrée en vigueur d'une convention intervenue ultérieurement.”<sup>2</sup> Pretendia-se, portanto, que a Declaração Americana dos Direitos do Homem funcionasse como uma espécie de “declaração de princípios”, constituindo-se no instrumento que futuramente informaria um conjunto mais estruturado de normas de proteção aos direitos humanos no âmbito americano.<sup>3</sup>

Coube, nesse sentido, ao Conselho Interamericano de Juristas<sup>4</sup>, por força de decisão tomada durante a V Reunião de Consulta

1 PINHEIRO, Paulo Sérgio. **Prefácio ao livro Relações Internacionais e Temas Sociais**: a década das conferências. José Augusto Lindgren Alves. Brasília: IBRI, 2001. p. 15.

2 COLLIARD, Claude-Albert. **Institutions des Relations Internationales**. Paris : Dalloz, 1974. p.276. *Apud* RODAS, 1982, p.131.

3 RODAS, João Grandino. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, ano 5, n. 17, 1981, p.131.

4 O Conselho Interamericano de Juristas é o órgão da OEA que antecedeu o atual Comitê Jurídico Interamericano, órgão instituído pelo Protocolo de Buenos Aires, instrumento que reformou a Carta da Organização dos Estados Americanos em 1967. Conforme o artigo 99 da Carta, o Comitê Jurídico Interamericano tem como atribuição básica servir como corpo consultivo de assuntos jurídicos da OEA.

dos Ministros de Relações Exteriores dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos - OEA, realizada em 1959, na cidade de Santiago do Chile, a elaboração de um projeto de Convenção que inaugurasse um novo mecanismo de proteção aos direitos humanos em âmbito regional.

Vale lembrar, inclusive que, durante essa mesma reunião, foi criada a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, órgão que passou a receber e examinar reclamações de indivíduos contra violações a direitos humanos ocorridas nos Estados-membros.<sup>5</sup>

Depois de quase uma década de estudos e discussões, o Conselho da OEA, com base nas propostas elaboradas pela Comissão Jurídica, pela Comissão Interamericana e por diferentes Estados, apresentou à Conferência Especializada Americana sobre Direitos Humanos o projeto final de um Tratado Americano sobre Direitos Humanos.<sup>6</sup> Em 22 de novembro de 1969 foi finalmente adotada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica.<sup>7</sup>

A mencionada Convenção é peça-chave do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Entrou em vigor em 18 de julho de 1978, após o depósito do 11º instrumento de ratificação. É instrumento composto de três partes, a primeira intitulada “Dos Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”, a segunda referente aos “Meios de Proteção”, na qual se especificam os órgãos competentes para a promoção e supervisão dos direitos humanos, e a última pertinente às disposições gerais e transitórias.

Dentre as inovações trazidas pela Convenção, importa ressaltar a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal composto por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais.<sup>8</sup>

---

5 FIGUEIREDO E SILVA, Franciny Beatriz Abreu. A tutela internacional dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, ano 5, nº.58, 2004, p. 70.

6 ARRIGHI, Jean Michel. *OEA, Organização dos Estados Americanos*. Barueri: Manole, 2004, p. 101.

7 RODAS, op.cit., p. 133.

8 Artigo 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção Americana sobre Direitos humanos, desde que os Estados-Partes no caso tenham reconhecido a sua competência.<sup>9</sup> Somente a Comissão Interamericana e os Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos podem submeter um caso à decisão desse Tribunal.

Além de sua competência contenciosa, a Corte também possui competência consultiva, podendo emitir opiniões sobre a interpretação da Convenção Americana, quando assim solicitada por Estados-membros ou órgãos da Organização dos Estados Americanos.<sup>10</sup>

Apesar de ter sido instituída em 1969, a Corte Interamericana iniciou sua organização apenas em 1978, ano em que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos entrou em vigor. Em 24 de setembro de 1982, emitiu sua primeira opinião consultiva<sup>11</sup> e, em 1987, proferiu sua primeira sentença judicial.<sup>12</sup>

## 2 DO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO

Pode-se dizer que o procedimento para consideração de casos de violação de direitos humanos no âmbito do Sistema Interamericano é relativamente simples. Qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental legalmente constituída em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão Interamericana petições que contenham denúncias de violação de qualquer dos direitos e garantias tutelados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>13</sup> Para que uma petição seja admitida, deverá o reclamante descrever os fatos, as violações alegadas e as respectivas vítimas, indicando o Estado responsável pela violação e as gestões que levaram ao esgotamento dos recursos de jurisdição interna antes de ser acionado o Sistema Interamericano.

9 Artigo 62 da CADH.

10 Artigo 64 da CADH.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos - Corte IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N°. 1

12 Corte IDH. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N°. 1.

13 Artigo 45 da CADH.

É importante frisar que, durante todo o procedimento, a Comissão Interamericana sempre buscará alcançar uma solução amistosa para a controvérsia. Porém, concluindo que houve a violação de um ou mais direitos protegidos pela Convenção poderá expedir recomendações ao Estado violador. Em caso de descumprimento das recomendações editadas, o caso poderá, a critério da Comissão Interamericana e com anuência do peticionário, ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ressalte-se que indivíduos ou grupo de indivíduos não têm acesso direto ao Tribunal, cabendo exclusivamente à Comissão ou ao Estado-parte<sup>14</sup> da Convenção o direito de ajuizar demanda judicial perante a Corte. A partir do ano de 1996, inovação trazida pelo III Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos ampliou a possibilidade de participação do indivíduo no processo, autorizando que os representantes ou familiares das vítimas apresentassem, de forma autônoma, suas próprias alegações e provas durante a etapa de discussão sobre as reparações devidas.<sup>15</sup>

Em 2000, com advento do IV Regulamento, restaram ainda mais alargadas as hipóteses de participação do indivíduo no âmbito das demandas judiciais em trâmite na Corte Interamericana. Agora, as vítimas, seus representantes e familiares podem não só oferecer suas próprias peças de argumentação e provas em todas as etapas do procedimento, como também fazer uso da palavra durante as audiências públicas celebradas, ostentando, assim, a condição de verdadeiras partes no processo.<sup>16</sup>

Nos últimos anos, o conhecimento de casos, tanto pela Comissão quanto pela Corte, vem aumentando exponencialmente. Conforme registra o Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>17</sup>, só no ano de 2006, foram recebidas 1.325 denúncias de

---

14 Até hoje, nenhum Estado-parte ajuizou ação contra outro ente estatal perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

15 Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección / Relator Antônio Augusto Cançado Trindade, 2ª ed, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pág. 22.

16 Idem, p. 29.

17 Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2006, OEA/Ser.L/V/II.127

violação a direitos humanos, estando em trâmite atualmente, perante esse órgão, 1.237 casos. Por seu turno, a Corte Interamericana que, em sua primeira década, costumava julgar até, no máximo, seis casos por ano, proferiu, no ano de 2006, 23 sentenças, tramitando um total de 88 processos contenciosos.<sup>18</sup>

Pode-se dizer que esse incremento de casos no Sistema espelha a credibilidade que a comunidade interamericana deposita nos órgãos regionais de proteção aos direitos humanos. Retrata, igualmente, uma maior colaboração dos Estados com o Sistema, não mais encarado como ameaça à soberania, mas como instrumento complementar de tutela aos direitos e garantias fundamentais.

Segundo leciona Héctor Faúndez Ledesma<sup>19</sup>, citando Cançado Trindade, na evolução do Sistema Interamericano podem ser observadas quatro etapas fundamentais: a) uma fase de antecedentes do sistema que compreenderia a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros instrumentos jurídicos que a precederam e a seguiram; b) o período de formação do sistema, com a criação e expansão de competência de seus órgãos de proteção e supervisão; c) a fase de consolidação, a partir da vigência, em 1978, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; e d) a etapa de aperfeiçoamento do sistema, produto da jurisprudência da Corte e adoção de protocolos adicionais à Convenção.

Sem dúvida, percorridas todas estas fases, em muito se avançou, podendo-se dizer que o desempenho positivo das funções da Comissão e da Corte tem logrado, nos últimos anos, uma imensa difusão, a ponto de ser conhecido inclusive entre as camadas mais vulneráveis da população americana, que passam a enxergar esses órgãos como meio acessível para alcançar uma pronta tutela dos seus direitos. Todavia, pese toda a evolução do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, não há como ignorar a existência de inúmeros problemas que envolvem questões cruciais para o adequado desenvolvimento do mecanismo.

18 Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, disponível em: < [www.corteidh.or.cr/docs/informes](http://www.corteidh.or.cr/docs/informes) >.

19 *Apud* LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos**: aspectos institucionales y procesales. 3. ed. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004. p. 27. In: *La Protección Internacional de los Derechos Humanos em América Latina y el Caribe* (versión preliminar) documento das Nações Unidas A/Conf. 157/157/PC/63/Add.3 de 18 de março de 2003, p. 13-27.

Frise-se que tanto a Comissão quanto a Corte Interamericana não são órgãos permanentes. Os comissionados e os juízes não percebem remuneração fixa, fazendo jus apenas a um honorário pelos dias em que estão reunidos em Washington, sede da Comissão ou em San José, sede da Corte. Além disso, a intermitência de sessões, devido ao caráter não permanente desses órgãos, faz com que o tempo de reunião dos comissionados e juízes seja insuficiente para considerar um volume de assuntos cada vez maior.

De outra parte, a disponibilidade orçamentária desses órgãos não incrementou proporcionalmente ao número de casos que lhes são submetidos.<sup>20</sup> Para desenvolver suas atividades, esses órgãos dependem cada vez mais de contribuições e doações feitas por Estados-membros, observadores ou organizações internacionais, pois o repasse orçamentário do fundo regular da OEA já não cobre mais as despesas ordinárias do Sistema. A título de exemplo, no ano de 2004, quase metade do orçamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que totalizou a quantia de USD 2.284.506,52, teve origem em contribuições voluntárias, a maior delas proveniente da União Européia, que doou ao tribunal um aporte de USD 529.831,38.<sup>21</sup>

É certo que, nos últimos anos, em todas as Assembléias da OEA<sup>22</sup> houve a aprovação de resoluções que reafirmaram o compromisso da Organização com o futuro incremento do orçamento da Comissão e da Corte e, ainda, com a reestruturação desses órgãos como corpos permanentes. Sem embargo, as visíveis restrições financeiras da organização vêm inibindo a real concretização das mencionadas metas.

Agregue-se a isso a grave situação gerada pelo fato de que nem todos os Estados-membros da OEA são partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Até a presente data, apenas 23 países, de uma totalidade de 35 Estados-membros da OEA, ratificaram o mencionado instrumento. Dentre os não-ratificantes, dois membros de suma importância e peso na organização: Estados Unidos e Canadá.

---

<sup>20</sup> LEDESMA, op. cit.

<sup>21</sup> Dados disponíveis em: <[www.corteidh.or.cr/donaciones.cfm](http://www.corteidh.or.cr/donaciones.cfm)>.

<sup>22</sup> Cf. as seguintes resoluções da Assembléia-Geral da OEA: AG/ Res. 2075 (XXXV-0/05) e AG/ Res. 2129 (XXXV-0/05)

Preocupa o fato de que, dentro da OEA, a proteção de direitos humanos continue sendo um sistema de dois níveis<sup>23</sup>, no qual apenas parte dos Estados-membros participa, enquanto outros ignoram o seu funcionamento,<sup>24</sup> afinal o fortalecimento da democracia, principal meta preconizada pela Organização dos Estados Americanos, passa necessariamente pelo irrestrito respeito aos direitos humanos. Urge, nesse sentido, que os Estados-membros que não participam do Sistema Interamericano ratifiquem seus instrumentos, superando políticas externas paradoxais de concorrente apoio à democracia e desprezo pelos órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos no continente.

### **3 O RECONHECIMENTO BRASILEIRO DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO MULTILATERAL DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS**

O Brasil não permaneceu alheio ao processo de construção e formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas a tomada de uma postura mais pró-ativa junto ao mecanismo deu-se tardiamente, quando o sistema já se encontrava em fase de aperfeiçoamento. A razão para tal inflexão na política externa brasileira de direitos humanos atribui-se, obviamente, ao fim da ditadura militar e à subsequente consolidação da democracia no país, o que levou o país a aderir à Convenção Americana sobre Direitos Humanos de forma tardia, apenas em 1992.

Nada obstante, não se pode deixar de considerar que a diplomacia brasileira desempenhou um papel simbólico e relevante durante toda a negociação dos instrumentos normativos fundamentais que compõem o Sistema Interamericano. Coube ao Brasil, nesse sentido, ser o país pioneiro na proposta de criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos durante a IX<sup>a</sup> Conferência Interamericana em 1948. Nessa oportunidade, enquanto se negociava o projeto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o chefe da delegação brasileira, João Neves da Fontoura, defendeu a criação de corte regional que tutelasse

---

23 THÉRIEN, Jean-Philippe; GOSSELIN, Guy. **A democracia e os direitos humanos no hemisfério ocidental: um novo papel para a OEA.** Contexto Internacional. v. 19, n. 2, 1997. p. 213.

24 PERICÁS NETO, Bernardo. **As perspectivas do Sistema Interamericano.** In: FONSECA JÚNIOR, Gelson & Castro, Sérgio H. Nabuco de (Orgs.). **Temas de Política Externa Brasileira II.** v. I, 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, São Paulo: Editora Paz e Terra, 1997. p. 124-134.

os direitos previstos na declaração.<sup>25</sup> A dita proposição corrobora linha da política externa brasileira favorável à criação e funcionamento de cortes internacionais destinadas a solucionar, mediante a aplicação do direito internacional, disputas surgidas entre Estados. Cabe recordar, a esse respeito, a reconhecida atuação de Raul Fernandes na organização da Corte Permanente de Justiça Internacional, em 1920, no âmbito da Liga das Nações.<sup>26</sup>

Também durante as negociações da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Brasil teve participação relevante, com destaque para atuação de Carlos Alberto Dunshee de Abranches, que redigiu inicialmente o projeto de texto para o Pacto de São José.<sup>27</sup> Tais atuações importantes foram, contudo, muito pontuais e retratam muito mais o empenho e o interesse pessoal dos negociadores brasileiros envolvidos do que propriamente um apoio estatal ao tema de direitos humanos. Com efeito, sabe-se que, a partir de 1964, as vicissitudes do regime autoritário vieram a impactar de forma negativa as posições brasileiras em matéria de direitos humanos.<sup>28</sup> O Brasil, durante todo esse período, resistiu veementemente a tentativas de legitimar qualquer ação internacional em defesa do tema. Assim, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), não apoiou a edição de resolução que condenou a situação dos direitos humanos no Chile durante o governo do General Pinochet. Também lutou contra proposta que tornaria obrigatória visita da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a cada um dos Estados-membros da OEA, manifestando, através do Chanceler Azeredo da Silveira, que se opunha a outorgar qualquer função investigativa ou judicial àquele órgão.<sup>29</sup>

---

25 Palestra da Diretora-Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, Ministra Maria Luíza Viotti, por ocasião do Seminário que encerrou a Sessão Extraordinária da Corte Interamericana no Brasil, em 31 de março de 2006, no Superior Tribunal de Justiça, Brasília.

26 GARCIA, Eugênio Vargas. **O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926)**. 2.ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2005.

27 Discurso do Subsecretário-Geral da América do Sul, Embaixador Eduardo Martins Felício, na cerimônia de abertura da Sessão Extraordinária da Corte Interamericana no Brasil, em 28 de março de 2006, no Superior Tribunal de Justiça, Brasília.

28 Palestra com o título "O Sistema Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil", proferida pelo Secretário-Geral das Relações Exteriores, Luiz Felipe de Seixas Corrêa, no workshop "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil", organizado pela Secretaria de Direitos Humanos e pelo Superior Tribunal de Justiça em 07 de outubro de 1999.

29 SELCHER, Wayne Alan. **Brazil's Multilateral Relations: between First and Third Worlds**. Boulder: Westview Press, 1978, p. 250-251.

Tal quadro de insensibilidade ao tema de direitos humanos veio a ser revertido paulatinamente a partir da redemocratização do país. Ao longo da década de 1980, o Brasil aderiu aos principais tratados de proteção aos direitos humanos: os dois Pactos das Nações Unidas sobre direitos humanos, a Convenção contra a Tortura e a Convenção sobre os Direitos da Criança, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Marco referencial na visão brasileira de proteção aos direitos humanos é a Constituição Federal brasileira de 1988, que lançou novas bases para a política externa de direitos humanos. Os constituintes erigiram à categoria de princípio norteador das relações internacionais da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso III da Constituição Federal). No artigo 5º, que elenca o rol dos direitos e garantias fundamentais, foram também incluídos os direitos humanos previstos nos tratados dos quais o Brasil seja parte. Além disso, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabeleceu-se que o Brasil propugnaria pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos.

Em 1993, com a realização, em Viena, da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, foram reavivados internamente os debates sobre os instrumentos de proteção dos direitos fundamentais do ser humano<sup>30</sup>, o que resultou na criação de uma Secretaria Nacional dos Direitos Humanos, no Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Itamaraty, e no lançamento, no ano de 1996, do Programa Nacional de Direitos Humanos.

Uma das metas anunciadas pelo aludido plano era o fortalecimento da cooperação com a Corte Interamericana dos Direitos Humanos. A maior visibilidade da Corte Interamericana, a partir da emissão de sua primeira sentença em um caso contencioso em 1987, ensejava a reivindicação de diversos setores da sociedade civil em favor do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória desse Tribunal.

---

30 Segundo o Embaixador Gilberto Sabóia, a participação do Brasil na Conferência Mundial de Viena ilustra o dinamismo com o qual o Brasil vem se engajando no tema dos direitos humanos. A participação do Brasil, tanto no processo preparatório quanto durante o evento foi intensa. Escolhido para presidir a Comissão de Redação, o Brasil contribuiu de forma decisiva para a adoção da Declaração e Programa de Ação de Viena. Ver FONSECA JÚNIOR, p. 190.

Em exposição de motivos encaminhada ao Presidente da República em 04 de setembro de 1998, o então Ministro Interino das Relações Exteriores, Sebastião do Rego Barros<sup>31</sup>, salientava, baseando-se na opinião do Ex- Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Antônio Augusto Cançado Trindade, que o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte: a) constituiria uma garantia adicional a todas as pessoas sujeitas à jurisdição brasileira, da proteção de seus direitos, tais como consagrados no Pacto de San José; b) projetaria, no plano internacional, o compromisso do Brasil com a causa da salvaguarda dos direitos humanos e em muito fortaleceria a posição da própria Corte, ao passar a contar com o apoio de um país de dimensão continental e com uma vasta população necessitada da maior proteção dos seus direitos; c) geraria maior interesse das novas gerações pelo estudo e difusão da jurisprudência da Corte Interamericana e de outros órgãos de proteção internacional dos direitos humanos.

No mesmo documento, Rego Barros afirma que:

Do ponto de vista da política externa, a aceitação da jurisdição de uma Corte Internacional de direitos humanos seria condizente com a linha de atuação do Brasil nos foros multilaterais e com nosso interesse em assumir responsabilidades crescentes no cenário internacional.<sup>32</sup>

Assim, em 10 de dezembro de 1998, data símbolo do cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil passava a reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. É inegável que o reconhecimento da jurisdição obrigatória do Tribunal de San José reforçou prontamente as credenciais do Brasil como país seriamente comprometido com o respeito aos direitos humanos e aberto à atuação de mecanismos internacionais de supervisão. Fortaleceu também, como conseqüência, a atuação do Brasil nos diálogos e negociações sobre direitos humanos com os demais países americanos, visto que o país passou a ter maior credibilidade e legitimidade para defender suas posições sobre o tema.

Na prática, percebe-se que o tema dos direitos humanos tornou-se prioridade do Brasil no âmbito da OEA. Diga-se, aliás,

31 Exposição de Motivos nº 361/DHS-MRE-SHUM OEA.

32 Idem.

que desde o final da Guerra Fria, com o arrefecimento do tema da ameaça do comunismo, a própria OEA passou a dar um maior enfoque ao tema dos direitos humanos. Com efeito, dentro da agenda interamericana, *low politics* tenderam a substituir *high politics*, passando a consolidação da democracia a ser o principal norte da Organização dos Estados Americanos.<sup>33</sup>

Nos últimos anos, o Brasil tem manifestado a primazia da temática dos direitos humanos na sua política externa por meio de maior respaldo político ao fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tanto no âmbito da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente quanto nas reuniões da Assembléia-Geral da OEA.

A prevalência da matéria na agenda externa brasileira também restou bastante evidenciada recentemente, quando, a convite do Brasil, a Corte Interamericana de Direitos Humanos esteve em Brasília, realizando Sessão Extraordinária, entre os dias 28 e 31 de março de 2006, na sede Superior Tribunal de Justiça. Na ocasião, foram realizadas audiências públicas nos casos da Penitenciária de Mendoza, Argentina, caso Luís Almonacid Arellano do Chile e caso Vargas Areco e Comunidad Sawhoyamaya, do Paraguai.

O Brasil também tem feito regularmente contribuições voluntárias à Comissão e à Corte Interamericana. Em 2003, o Brasil fez contribuições voluntárias no valor de USD 60.000,00 para Comissão e de USD 60.000,00 em favor da Corte. No ano de 2004, doou USD 40.000,00 para a Corte Interamericana. Além disso, no ano de 2005, contribuiu USD 30.000,00 para a Comissão Interamericana e renovou a contribuição de USD 60.000 para a Corte Interamericana. Em 2005, o Brasil também doou USD 65.000,00 para apoiar as atividades da recém-criada Relatoria Especial da Comissão Interamericana sobre Direitos das Pessoas Afrodescendentes e contra a Discriminação Racial.<sup>34</sup>

Em termos políticos, essa nova orientação do Brasil em prol de uma mentalidade aberta aos direitos humanos, principalmente após o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, trouxe

---

33 THÉRIEN; GOSSELIN, *op.cit.*, p. 200.

34 Dados fornecidos pelo Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores.

inúmeros benefícios ao país. Conforme assinalava Estevão Couto,<sup>35</sup> a implementação dessa alternativa política ajuda o Estado a enfrentar de forma mais legítima o *power to embarass* consubstanciado no poder de pressão que os mecanismos de direitos humanos exercem para chamar a atenção da comunidade internacional acerca da ocorrência de violações<sup>36</sup>. Além disso, o Brasil elimina ambigüidades, arregimenta aliados e ocupa o espaço do qual os Estados Unidos se excluíram formalmente ao não se submeterem as ferramentas do sistema.

No seio da OEA, contudo, os princípios<sup>37</sup> do multilateralismo regional quanto ao tema de direitos humanos parecem orientar apenas a grande comunidade de Estados latino-americanos, pois, até o presente momento, a maior parte dos Estados caribenhos, os Estados Unidos e o Canadá não se manifestaram dispostos ou não tomaram medidas concretas para submeter-se plenamente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Cita Norma Breda dos Santos<sup>38</sup> que a profunda assimetria de poder político e econômico que tem impregnado as relações interamericanas e intralatino-americanas afigura-se como uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo multilateralismo regional. O fato de os Estados Unidos terem feito da OEA um instrumento de sua hegemonia tornou o multilateralismo americano pouco eficiente, tornando a cooperação no continente algo bastante desproporcional, não respondendo ao que Keohane denomina reciprocidade difusa, ou seja, aos ganhos que os Estados esperam extrair de um arranjo multilateral.

Também Thérien e Gosselin<sup>40</sup> corroboram tal entendimento, manifestando que as falhas do consenso interamericano, particularmente com relação aos direitos humanos, também seriam afetadas pelo clima

---

35 COUTO, Estevão Ferreira. Multilateralismo em direitos humanos e política externa brasileira na Organização dos Estados Americanos. Trabalho apresentado no 30º Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 24 a 28 de outubro de 2006. Caxambu, SP, pág. 21.

36 BREDA DOS SANTOS, Norma. Cinquenta anos de OEA: o que comemorar? **Revista Brasileira de Política Internacional**, ano 41, n. 2, 1998. p.161.

37 Segundo John Ruggie, o multilateralismo compreenderia a coordenação entre três ou mais Estados de acordo com determinados princípios que têm por corolário a indivisibilidade (referente ao tipo de comportamento que deve prevalecer entre os Estados partícipes do arranjo) e a reciprocidade difusa (relativa às expectativas de benefício que os Estados esperam extrair da consertação multilateral).

38 *Ibidem*, p. 160.

geral na qual se processam as relações hemisféricas, com a óbvia posição de hegemonia que ocupam os Estados Unidos dentro do continente.

Segundo esses autores, o multilateralismo interamericano, com a OEA no seu núcleo, peca por não se fundar em concessões mútuas.<sup>39</sup> Enquanto a América Latina se preocupa com a inclinação dos Estados Unidos em agir unilateralmente, os Estados Unidos consideram a América Latina como um grupo de países subdesenvolvidos, que por não contarem com um mecanismo adequado de proteção de direitos e garantias individuais dentro de seus próprios territórios, acabam recorrendo à intervenção e supervisão de órgãos supranacionais.

A falta de consenso não implicou, todavia, a falência do sistema. Malgrado a falta de apoio de países como os Estados Unidos, avanços notáveis continuam sendo logrados. Graças a países como a Argentina, o Brasil, a Costa Rica, a Colômbia, o México e o Peru, que defendem a atuação da Comissão e o funcionamento da Corte Interamericana, o Sistema tem sido fortalecido, servindo, inclusive, como referencial paradigmático para outros sistemas de proteção aos direitos humanos, como os Sistemas Europeu e Africano.

#### **4 O BRASIL NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Apesar do Brasil ter efetuado o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998, transcorreram-se quase cinco anos até que a primeira demanda internacional por violação a direito previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos fosse intentada contra o país.

Em 1º de outubro de 2004, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos ajuizou ação contra o Estado brasileiro em razão de supostas condições desumanas e degradantes da internação de Damião Ximenes Lopes, pessoa portadora de transtorno mental, hospitalizado em um centro de saúde financiado com verbas do Sistema Único de Saúde (SUS) brasileiro. Segundo alegações da Comissão Interamericana, o Senhor Damião Ximenes Lopes teria sido vítima de golpes e ataques por parte de funcionários do referido Centro de Saúde, violência que teria acarretado a sua morte. A Comissão alegou, ainda, a existência de supostas falhas na condução dos processos civil e penal perante a Justiça brasileira. Nesse contexto, solicitou à Corte que declarasse a

---

39 BREDA DOS SANTOS, op cit., p. 213.

responsabilização internacional do Estado brasileiro por violação aos artigos 1.1 (obrigação de respeitar direitos), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade física), 8ª (garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Intimado para apresentar sua defesa, o Estado brasileiro, representado judicialmente pela Advocacia-Geral da União, sustentou, preliminarmente, que a demanda não deveria ser acolhida, em virtude da falta de esgotamento dos recursos internos. No mérito, ressaltou que os processos judiciais internos estavam sendo conduzidos dentro de prazos absolutamente razoáveis, levando em conta o respeito ao princípio do *due process of law*. Levou, igualmente, ao conhecimento da Corte a melhoria substancial, nos últimos anos, das inúmeras políticas públicas de proteção e defesa das pessoas portadoras de transtorno mental.

O caso, no entanto, teve seu curso modificado quando, em 1º de dezembro de 2005, em audiência pública sobre o caso, realizada na sede da Corte Interamericana, o Estado brasileiro declarou que reconhecia sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos à vida e integridade física de Damião Ximenes Lopes.

O ato tomou de surpresa a todos, pois, ao que tudo indica, não se esperava que o Brasil, que pela primeira vez era réu perante a Corte Interamericana, fosse reconhecer, de forma tão transparente, sua responsabilidade internacional por violação de um tratado internacional, ato que sob o ponto de vista da política externa do Brasil revelou ser um real indicativo da total boa-fé e disposição brasileira para cooperar com os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Já em 2007, atendendo parcialmente às determinações decretadas pela Corte<sup>40</sup> em 17 de agosto de 2006, o Estado brasileiro fez publicar no Diário Oficial da União os pontos resolutivos da decisão do Tribunal de San José sobre o caso Damião Ximenes, conferindo com isso uma ampla divulgação nacional sobre as atividades da Corte Interamericana. Em atendimento às mesmas determinações, o Estado procedeu também ao pagamento de indenização aos familiares da vítima.

---

40 Corte IDH. **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C Nº. 149.

A segunda ação internacional tentada contra o Estado brasileiro na Corte Interamericana foi protocolizada em 13 de janeiro de 2005. Desta feita, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos solicitou à Corte a responsabilização do Estado brasileiro por violação do artigo 1º (obrigação de respeitar direitos), artigo 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em razão da existência de supostas falhas na investigação policial e apuração judicial do homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, ocorrido em Macaíba, Estado do Rio Grande do Norte.

Em 21 de junho de 2005, o Estado brasileiro, novamente representado pela Advocacia-Geral da União, apresentou sua defesa. Alegou a incompetência temporal da Corte para conhecer o caso, eis que a morte de Gilson Nogueira havia ocorrido dois anos antes do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte. Argüiu, ainda, a preliminar de não esgotamento dos recursos internos.

No mérito, o Estado brasileiro demonstrou, com base tanto na investigação criminal quanto no processo criminal doméstico, que não havia incorrido na violação de qualquer artigo da Convenção Americana. De fato, a seriedade com a qual foram conduzidas as apurações internas sobre homicídio afastaram, com clareza, as alegações de omissão imputadas pela Comissão ao Estado, possibilitando à Advocacia-Geral da União a construção de uma sólida defesa estatal.

Em 28 de novembro de 2006, o Tribunal proferiu sentença sobre o caso<sup>41</sup>. Declarou que o Estado brasileiro não havia violado os artigos 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em consequência, determinou o arquivamento de todo o expediente iniciado pela Comissão Interamericana.

Esse foi o segundo caso, desde o início do funcionamento da Corte Interamericana, em que um Estado é absolvido, no mérito, das acusações de violações deduzidas em juízo pela Comissão Interamericana. Isso torna o caso Gilson Nogueira verdadeiramente emblemático, não apenas pela vitória brasileira, mas pelo fato de que a Corte Interamericana pôde mais uma vez transmitir a mensagem de que não é um Tribunal condenatório de Estados, é sim um Tribunal imparcial, criterioso e, acima de tudo, consciente de que o seu papel de garante dos direitos

41 Corte IDH. *Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C N°. 161

humanos não opera pelo simples acatamento mecânico das inúmeras denúncias de violação que chegam ao seu conhecimento, mas pela análise reflexiva e experiente do processo dialético permanente entre Estados e sociedades na luta pela valorização dos direitos humanos.

## 5 REFERÊNCIAS

ARRIGHI, Jean Michel. OEA, **Organização dos Estados Americanos**. Barueri: Manole, 2004.

BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; BELLI, Benoni. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e seu aperfeiçoamento no limiar do século XXI. **Seminário Direitos Humanos no Século XXI**, Rio de Janeiro, 3- 10 e 11 de setembro de 1998..

BREDA DOS SANTOS, Norma. Cinquenta anos de OEA: o que comemorar? **Revista Brasileira de Política Internacional**, ano 41, n.2, 1998. p. 159-164.

A Dimensão multilateral da política externa brasileira: perfil da produção bibliográfica. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Ano 45, nº 2, 2002. p. 26-45.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: avaliação crítica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 19, n. 73, p. 107-120, 1982.

**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CORRÊA, Luiz Felipe de Seixas. O sistema internacional dos direitos humanos e o Brasil. **Cena Internacional**, ano 1, n.1, 1999.

COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, ano 46, n. 1, p. 140-161, 2004.

COUTO, Estevão Ferreira. **Multilateralismo em direitos humanos e política externa brasileira na Organização dos Estados Americanos**. Trabalho apresentado no 30<sup>a</sup> Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, Caxambu, SP, 24 a 28 de outubro de 2006.

FIGUEIREDO E SILVA, Franciny Beatriz Abreu. A tutela internacional dos direitos humanos no âmbito dos Estados americanos. **Revista Nacional de Direito e Jurisprudência**, ano 5, n. 58, 2004.

GARCIA, Eugênio Vargas. **O Brasil e a Liga das Nações (1919-1926)**. 2. ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2005.

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales**. 3. ed. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

LINDGREN, José Augusto Alves. **Relações Internacionais e Temas Sociais: a década das conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

PERICÁS NETO, Bernardo. As perspectivas do Sistema Interamericano. **Temas de Política Externa Brasileira II**. 2. ed. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, São Paulo: Editora Paz e Terra, 1994.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

RODAS, João Grandino. A Corte Interamericana dos Direitos Humanos. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, ano 5, n. 17, 1981.

RUGGIE, John G. **Multilateralism Matters**. New York: Columbia University Press, 1993.

SELCHER, Wayne Alan. **Brazil's Multilateral Relations: Between First and Third Worlds**, Boulder, Westview Press, 1978.

THÉRIEN, Jean-Philippe; GOSSELIN, Guy. **A democracia e os direitos humanos no hemisfério ocidental: um novo papel para a OEA.** Contexto Internacional. v.19, n. 2, 1997. p. 199-220.

## 6 DOCUMENTOS CONSULTADOS POR ORDEM DE CITAÇÃO

1. Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
2. Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección / Relator Antônio Augusto Cançado Trindade, 2ª ed, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003.
3. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2005, OEA/Ser.L/V/II.124, Doc. 7, 27 febrero 2006.
4. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.
5. Resoluções da Assembléia-Geral da OEA: AG/ Res. 2075 (XXXV-0/05) e AG/ Res. 2129 (XXXV-0/05).
6. Palestra da Diretora-Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, Ministra Maria Luíza Viotti, por ocasião do seminário que encerrou a Sessão Extraordinária da Corte Interamericana no Brasil, em 31 de março de 2006, no Superior Tribunal de Justiça, Brasília.
7. Discurso do Subsecretário-Geral da América do Sul, Embaixador Eduardo Martins Felício, na cerimônia de abertura da Sessão Extraordinária da Corte Interamericana no Brasil, em 28 de março de 2006, no Superior Tribunal de Justiça, Brasília.
8. Exposição de Motivos nº 361/DHS-MRE-SHUM OEA.
9. Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.
10. Corte IDH. Caso Nogueira de Carvalho y otro Vs. Brasil. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 28 de Noviembre de 2006. Serie C No. 161.

# DA CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIOS ADMINISTRATIVOS: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO<sup>1</sup>

*Flávia Danielle Santiago Lima.  
Advogada da União, Mestra em Direito Público pela UFPE e  
Professora Universitária.*

---

<sup>1</sup> Trabalho oriundo de pesquisa desenvolvida na Consultoria Jurídica do Ministério da Integração Nacional, no período de lotação da autora naquela unidade – set.2003/out.2005.

**SUMÁRIO:** 1 Delimitação do objeto: regulamentação dos convênios celebrados na Administração Pública Federal e atuação dos órgãos de controle; 2 Princípio da motivação e questões técnicas prévias às minutas de convênio: da necessidade do Plano de Trabalho, Projeto Básico e estudos de viabilidade econômico-financeira; 3 Princípio da legalidade e celebração do convênio; 4 Das regras atinentes aos créditos orçamentários para a celebração e execução dos convênios; 5 Da análise da utilização dos recursos: da prestação de contas à instauração da Tomada de Contas Especial (TCE); 6 Conclusões.



## 1 DELIMITAÇÃO DO OBJETO: REGULAMENTAÇÃO DOS CONVÊNIOS CELEBRADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL E ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE CONTROLE

Os convênios administrativos podem ser definidos como acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse público comum aos partícipes, que devem dispor de condições para sua consecução. De plano, tal definição exclui órgãos de entes públicos que, por não gozarem de legitimidade e não serem titulares de direito, não podem conveniar. Para alguns doutrinadores, as secretarias ou órgãos de mesmo ente estatal que pretendem auxílio mútuo devem patentear suas contribuições em termos de cooperação técnica ou financeira, mas não através de convênios<sup>1</sup>.

Com efeito, o art. 241 da Constituição Federal, a partir da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que prevê estas avenças, refere-se somente aos entes federados.

Tal dispositivo menciona a “transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços” e privilegia o fortalecimento do pacto federativo, ao estabelecer a chamada gestão associada, fundamental para a consecução dos fins do Estado Prestacional consagrado na Carta Magna. Trata-se de uma descentralização de recursos<sup>2</sup> e de atividades, com o estabelecimento de deveres aos convenientes, de modo que sua atuação se dê de forma harmônica<sup>3</sup>, assegurando a consonância com os princípios do art. 37 da CF-88.

Diante do princípio da legalidade, a celebração de convênios encontra amparo na Lei n.º 8.666/93, que em seu art. 116 assevera que suas disposições devem ser observadas nos “convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos ou entidades

1 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 110.

2 Como anota Jacoby Fernandes, a transferência de recursos é elemento da noção de convênios. Se não há envolvimento de verbas públicas, “o melhor é utilizar o ato de colaboração ou acordo de cooperação técnica, terminologias mais corretas para os ajustes em que as partes se mantêm autônomas, emprestando reciprocamente informações, lavrando atos e uma série de providências sem recursos financeiros diretos e indiretos”. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 1033.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 668.

da Administração”. No âmbito da Administração Pública Federal, tem-se respaldo na Instrução Normativa n.º 01/1997, da Secretaria do Tesouro Nacional, instrumento da maior relevância para os técnicos e juristas que lidam com tais questões.

Considerando a relevância deste instrumento administrativo, este trabalho tem por objetivo fornecer um panorama dos parâmetros mínimos a serem observados quando da celebração e execução dos convênios firmados, de modo a resguardar o atendimento da legislação atinente aos ajustes entre a União e demais entes, evitando prejuízos ao Erário.

Para tal mister, juntamente com algumas contribuições doutrinárias, constituíram a mais relevante fonte de pesquisa algumas das recomendações e determinações feitas pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em seus acórdãos e decisões, no exercício da fiscalização da “aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (CF-88, art. 71, inciso VI). Faz-se menção, também, às advertências dos Relatórios da Secretaria Federal de Controle Interno da Controladoria-Geral da União (SFC), prevista no art. 24 Lei n.º 10.180/2001.

Valoriza-se, destarte, a relevância dos mecanismos administrativos de controle da atividade estatal, geralmente negligenciados, mas fundamentais para a definição dos limites a serem observados pelo gestor público.

Indispensável destacar o papel das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, órgãos de atuação da Advocacia-Geral da União que, segundo as atribuições que lhe são conferidas na alínea “a” do inciso VI do art. 11 da LC n.º 73/1993 e art. 4º da multicitada IN/STN n.º 01/1997, tem a importante função de, na apreciação dos textos das minutas de convênio e dos seus aditivos, aferir a legalidade do procedimento administrativo e dos instrumentos das avenças, podendo, ainda, acompanhar a legalidade de sua execução.

Insta ressaltar que as orientações aqui transcritas não esgotam as inúmeras possibilidades verificadas quando da consecução das atividades administrativas, a partir da liberação de recursos mediante convênio.

## **2 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO E QUESTÕES TÉCNICAS PRÉVIAS ÀS MINUTAS DE CONVÊNIO: DA NECESSIDADE DO PLANO DE TRABALHO, PROJETO BÁSICO E ESTUDOS DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA**

Como qualquer outro ato administrativo, exige-se que a celebração dos convênios especifique as justificativas para sua formalização, “as quais devem ser analisadas e avaliadas para justificar a aprovação dos pleitos”, como preceitua o inciso I do art. 2º da IN/STN nº 01/1997, que regulamenta, quanto ao tema, o chamado princípio da motivação dos atos administrativos.

Tal necessidade é acentuada na hipótese de celebração de convênio ou termo de parceria com a iniciativa privada. Isto porque é imprescindível a motivação do ajuste, que ateste a compatibilidade entre os fins da instituição escolhida com as competências atribuídas ao órgão conveniente e a identificação destes com o objeto do convênio. Certamente, devem estar consignadas as justificativas que fundamentem a opção por determinada entidade, em detrimento das demais, para que fique claro – sempre – o respeito ao princípio da impessoalidade.

Mesmo a prorrogação do prazo de vigência dos convênios deve ser acompanhada dos correspondentes motivos, que dependem de aceitação pelo ordenador de despesas (art. 15 da IN/STN nº 01/1997)<sup>4</sup>. Se o prazo final da avença for alterado de ofício, devem estar descritas as causas que ensejaram tal prorrogação, como o usual atraso na liberação de recursos, por exemplo.

É tal motivação que permite a avaliação posterior do negócio pelos órgãos de controle, especialmente no que tange à sua execução. Neste sentido, não basta a mera justificação, de forma genérica e imprecisa, das grandes finalidades almejadas pelos entes federados, mas indispensável expressar as razões concretas a mover as partes para sua celebração. Como expõe Pedro Durão:

A partir desta perspectiva, podemos dizer que sempre deve existir o interesse primário geral, voltado ao interesse público reflexo na satisfação de necessidades coletivas e fins do Estado, bem como o

---

<sup>4</sup> TCU, Acórdão n.º 1745/2003.

interesse secundário, este peculiar aos partícipes, sob pena de declarar-se o pleno desvio de finalidade do ajuste administrativo.<sup>5</sup>

Com efeito, o procedimento administrativo que culmina com a celebração de um convênio, caracterizado por suas diversas fases de análise técnica e financeira, exige a explicitação das suas razões.

Por isso, a IN/STN n.º 01/1997 traz extensa e pormenorizada regulamentação dos requisitos do plano de trabalho e projeto básico, partes indispensáveis deste procedimento.

O plano de trabalho é integrado pelo projeto básico, com todos os elementos previstos como indispensáveis no art. 6.º, inciso IX da Lei n.º 8.666/93, que caracteriza as obras e os serviços ali indicados. Ademais, segundo o art. 2.º da Instrução Normativa n.º 01/1997, é impossível a celebração de convênios cujos planos de trabalho não estejam devidamente preenchidos – com expressa menção ao estabelecimento de metas, fases ou etapas previstas para a consecução do objeto. É o que determinou o TCU, em seu Acórdão n.º 1745/2003 e Acórdão 1763/2003 –Plenário.

Em virtude do comprometimento ali exposto, o plano de trabalho deve conter a assinatura do proponente. Na hipótese de não ter sido assinado pela autoridade responsável, importante que conste dos autos do procedimento administrativo o instrumento de delegação, situação que deve ser mencionada no termo de convênio.

Os proponentes devem registrar no plano de trabalho os indicadores físicos da obra especificados e detalhar suas quantidades e unidades, nos termos do art. 2.º, inciso III da IN/STN n.º 01/1997.

Toda a documentação necessária para a análise prévia da viabilidade/adequabilidade dos projetos deve integrar o Plano de Trabalho, conforme determina o § 1.º do art. 2.º da IN/STN n.º 01/1997, não podendo ser celebrados acordos tácitos com convenientes para sua apresentação posterior, de maneira a evitar “prejuízos ao erário pela inviabilidade ou extrema dificuldade de correção daqueles que se mostrarem não factíveis”.<sup>6</sup>

---

5 DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 114.

6 TCU, Acórdão 1501/2003 – Plenário.

Quanto ao projeto básico, o TCU afirma que este é elaborado previamente, nos termos do art. 2º, § 1º da IN/STN 01/1997, contendo os elementos discriminados no inciso IX do art. 6º da Lei nº 8.666/93, para que seja possível a análise de sua consistência.<sup>7</sup> Atribui-se à não-observância das normas da referida instrução normativa, inclusive, a freqüente ocorrência de prejuízos aos cofres públicos, em virtude da inexecutabilidade dos objetos.<sup>8</sup>

O próprio TCU determina que, em obras de grande porte, solicite-se ao futuro conveniente declaração com informações sobre a estrutura de pessoal e material disponível, a fim de permitir a avaliação pelo concedente da capacidade de gerenciamento dos contratos a serem firmados.<sup>9</sup>

A necessidade e a viabilidade na execução do projeto e a adequabilidade dos custos unitários propostos devem ser avaliadas no momento da formalização dos convênios e não na fase de execução destes. Para tal mister, o TCU indica a necessidade de que sejam estabelecidos parâmetros de custos “no mínimo regionais, de forma a permitir análise mais objetiva da compatibilidade dos recursos pleiteados, em relação aos preços de mercado e de outros convênios com objetos similares, realizados no mesmo período e na mesma região”.<sup>10</sup>

### 3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E CELEBRAÇÃO DO CONVÊNIO

#### 3.1 QUESTÕES RELATIVAS AO INSTRUMENTO DA AVENÇA

Diante da submissão ao princípio da legalidade da Administração Pública e da precisa regulamentação dos convênios e outras formas de transferência de recursos, as minutas de convênio não prescindem de extensa previsão de todas as suas fases e dos direitos e deveres dos seus partícipes.

Em acordo com os mencionados arts. 11, VI, “a”, da Lei Complementar n.º 73/1993 e art. 4º da IN/STN n.º 01/1997, é função das Consultorias Jurídicas a avaliação das minutas de convênio e dos

7 TCU, Acórdão 903/2003 – Plenário.

8 TCU, Acórdão 829/2003 – Plenário.

9 TCU, Acórdão 903/2003 – Plenário.

10 Acórdão n.º 1745/2003.

seus termos aditivos, de modo a aferir a observância das regras para sua formalização.

Inicialmente, deve-se consignar que, como já determinou o TCU, devem ser incluídos nos convênios e nos demais ajustes que envolverem a gestão de receitas públicas as cláusulas obrigatórias estipuladas pela IN/STN n.º 01/97, especialmente aquelas relativas à sujeição às normas da Lei n. 8666/93, no que couber, bem como ao Decreto n. 93.872/1996<sup>11</sup>.

Assim, do disposto no art. 116, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, tem-se que os instrumentos devem conter a devida identificação do objeto dos convênios, dos respectivos planos de trabalho, com detalhamento das aquisições pretendidas; especificação e quantificação dos serviços requeridos e outros, além dos contratos relacionados. A localização das obras, quando for o caso, é indispensável. A descrição dos objetivos almejados com a celebração do ajuste deve ser feita com precisão e clareza, como, aliás, decide reiteradamente o TCU.

A preocupação com o objeto do convênio e com as metas almejadas é acentuada, pois constituem o liame jurídico entre os convenientes. Neste sentido, a remessa da proposta de alteração não autoriza a modificação das condições originais pactuadas, até que essa seja autorizada pelo órgão concedente<sup>12</sup>. E como preceitua o art. 1º, §1º, inciso X, e art. 15 da IN/STN nº 01/97, quaisquer alterações efetuadas nos convênios estão sujeitas à formalização mediante termo aditivo, desde que justificadas, e se evidenciada sua consonância com o objeto inicialmente proposto. Necessário, também, que seja ressaltada a observância estrita aos ditames fixados na Lei nº 8.666/93, sobretudo de seu art. 7º, quando da realização de certames licitatórios,<sup>13</sup> e art. 65, no momento da execução dos contratos, sob pena de suspensão dos repasses.<sup>14</sup>

Ainda quanto aos termos de convênio, o TCU ratifica a premência de que constem nestes maiores detalhes sobre a identificação da obra

---

11 TCU, Acórdão 1788/2004 – Plenário.

12 AGUIAR, Ubiratan *et alii*. **Convênios e Tomadas de Contas Especiais** – Manual Prático. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 31.

13 No § 6o do art. 7º determina-se que “sua infringência implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa”.

14 TCU, Decisão 617/2002 – Plenário.

com placas, principalmente quando esta for espacialmente dispersa e subdividida em vários serviços.

### **3.2 DA AFERIÇÃO PRÉVIA DA REGULARIDADE DOS CONVÊNIOS REFERENTES A OBRAS**

A regularidade dos proponentes do convênio é previamente verificada, em atendimento às exigências contidas na Lei Complementar n.º 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), § 3º do art. 195 da Constituição Federal e incisos I, II, III e IV do art. 3º da IN/STN n.º 01/97, além da IN/STN n.º 01/00.

Deve ser comprovada, nos autos do procedimento administrativo, a situação de regularidade do convenente junto ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal – SIAFI, sendo impossível a celebração com entes que tenham pendências frente ao referido cadastro.

Especialmente quanto aos convênios cujos objetos prevêm a realização de obra, as exigências são incrementadas, em vista das responsabilidades dos agentes pela sua execução. Ganham relevância, nesta seara, as regras atinentes à apresentação da chamada Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), comprovação prévia da observância da legislação ambiental e garantia da propriedade do imóvel atingido pelo objeto do convênio.

Assim, na hipótese do objeto do convênio prever obras ou prestação de serviços profissionais referentes à Engenharia, Arquitetura e Agronomia, exige-se a comprovação da emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART pertinente, de maneira a definir, para os efeitos legais, os responsáveis técnicos pelo empreendimento (arts. 1º e 2º da Lei n.º 6.496/77). Conforme adverte a Secretaria Federal de Controle Interno, quando não for possível sua prévia obtenção, deve ser incluída no termo de convênio cláusula que preveja a apresentação no momento oportuno.

As licenças ambientais são objeto de especial atenção, tendo em vista a imperatividade dos princípios constitucionais que asseguram o direito fundamental ao meio ambiente sadio. Por isso, o licenciamento deve preceder à celebração dos convênios, em vista do disposto no caput e inciso IV do §1º do art. 225 da CF/88, no art. 12 da Lei n.º 6.938/81,

no inciso VII do art. 12 da Lei n.º 8.666/93 e no § 1º do art. 2º da Resolução CONAMA n.º 237/97.

No Plano de Trabalho devem constar, após precisa especificação do projeto básico, os elementos que assegurem o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, EIA/RIMA, como preceitua o inciso IX, do art. 6º, da Lei n.º 8.666/93, para obras consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, conforme determinam os arts. 17 e 19 do Decreto 99.274/90.<sup>15</sup>

No Acórdão n.º 1572/2003, o TCU reitera a exigência de licença prévia e sua outorga antes da celebração do convênio, pois constituem requisitos indispensáveis para a aprovação do projeto básico previsto no artigo 4º da IN/STN 01/1997. Imperioso que, se for o caso, esteja contemplada nos planos de trabalho a implementação das medidas ambientais estabelecidas nos estudos ambientais, conforme o § 1º do artigo 2º da IN/STN 01/1997 combinado com o parágrafo único do artigo 12 da Lei n.º 6.938/81 e com o inciso IX do artigo 6º da Lei n.º 8.666/93. Por sua vez, a licença de instalação tem que ser exigida previamente à liberação de quaisquer recursos, tudo em conformidade com os artigos 10 e 12 da Lei n.º 6.938/81.

Quanto às condicionantes das licenças ambientais dos projetos financiados mediante convênio, sua implementação, segundo o TCU, deve ser acompanhada nos pareceres sobre as prestações de contas parciais e finais, conforme o art. 23 da Instrução Normativa/STN 01/1997 e o art. 10 do Decreto-Lei n.º 200/67. O descumprimento destas determinações constitui irregularidade grave. Nesta última manifestação, inclusive, há indicação expressa para que, além da apuração e esclarecimento do motivo da celebração dos convênios sem o atendimento desta exigência legal, seja suspensa a execução do objeto até a comprovação da regularidade da avença.

Por fim, a aferição do exercício pleno dos poderes característicos do instituto da propriedade sobre o imóvel objeto de obras e/ou benfeitorias deve dar-se anteriormente à celebração do convênio que as prevê. Tal prova depende de certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis competente ou outra das formas admitidas no inciso VIII do art. 2º da IN/STN n.º 01/1997. Inclusive, o TCU já se inclinou pela impossibilidade de que sejam incluídas, em convênio, cláusulas que

15 TCU, Decisão 1103/2002 –Plenário.

permitam a entrega de documentação após a celebração do ajuste, de acordo com a IN/STN n.º 01/97, ressalvado o disposto no art. 2º, §2º do mesmo diploma.<sup>16</sup>

Mantendo o parâmetro interpretativo seguido pelo Tribunal de Contas da União, constata-se que, quando não for possível aferir no momento da celebração do ajuste o local onde ocorrerão as obras, questão ainda pendente de estudos técnicos, os recursos só devem ser liberados após a comprovação da propriedade. O órgão de controle externo, por exemplo, afirma que não há presunção de servidão, que precisará ser comprovada e ter o título de sua constituição (contrato, testamento, sentença judicial), conforme determinam o art. 676 do Código Civil e os arts. 167, I, n. 6, e 168 da Lei nº 6.015/73.<sup>17</sup> Isto porque qualquer título apresentado deve estar inscrito no Registro Imobiliário para comprovação do atendimento do dispositivo do mencionado art. 2º da Instrução Normativa/STN n.º 01/1997.

Posteriormente, ao tempo da liberação dos recursos, as certidões e demais documentos exigidos deverão estar em seus respectivos prazos de validade, como estabelecem o art. 25 da Lei Complementar n.º 101/2000 e art. 5º da IN/STN n.º 01/97.

#### **4 DAS REGRAS ATINENTES AOS CRÉDITOS ORÇAMENTÁRIOS PARA A CELEBRAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONVÊNIOS**

Os recursos destinados à execução do objeto conveniado devem estar empenhados antes da celebração da avença, uma vez que, de acordo com o art. 60 da Lei n.º 4.320/1964, é vedada a realização de despesa sem prévio empenho. Tal regra é ratificada pelo art. 24 do Decreto n.º 93.872/1986.

Tais despesas, ainda, devem ser absolutamente justificadas. Portanto, faz-se mister a análise, no plano de trabalho, do detalhamento da execução física do objeto, a ser utilizado como parâmetro para a definição das parcelas de liberação dos recursos e do correspondente cronograma de desembolso. Deste modo, evita-se a liberação de recursos, especialmente os de maior monta, em única parcela, consoante o art. 21 da Instrução Normativa/STN n.º 01/1997, o que permite maior controle da sua execução<sup>18</sup>.

16 TCU, Acórdão 956/2003.

17 TCU, Acórdão 797/1996.

18 Exigência trazida pelo TCU nos Acórdãos n.º 1745/2003 e n.º 1763/2003 - Plenário.

Ao definir o prazo de vigência dos convênios, deve-se atentar para o fato de que a sua duração deve ficar adstrita à vigência dos créditos orçamentários respectivos, à luz do disposto no art. 57 da Lei n.º 8.666/1993 e no art. 11 do Decreto n.º 93.872/96, ou seja, restrita ao exercício financeiro, ressalvadas as exceções indicadas nestes dispositivos.

Em caso de celebração de convênio cuja vigência ultrapasse o exercício financeiro, cabe atender às exigências do art. 31 do Decreto n.º 93.872/1986, de maneira que esteja comprovado - e consignado no termo de convênio - que os recursos para atender às despesas em exercícios seguintes são assegurados por sua inclusão no plano plurianual, ou por prévia lei que o autorize e fixe o montante das dotações que anualmente constarão do orçamento, durante o prazo de sua execução - art. 7º, inciso XVI da IN/STN n.º 01/1997.<sup>19</sup>

Ainda quanto à legislação orçamentária, registre-se que os recursos referentes à contrapartida do ente conveniente têm seus limites - máximo e mínimo - especificados a cada ano na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Tal contrapartida deve ter como parâmetro, também, a capacidade financeira da unidade beneficiada, consoante o art. 2º, § 2º da IN/STN n.º 01/1997. Por isso, a disponibilidade desses valores geralmente é comprovada em momento anterior à celebração da avença, como preceitua o art. 3º da IN/STN n.º 01/1997, evitando prejuízos na execução do objeto pactuado.

## **5 DA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DOS RECURSOS: DA PRESTAÇÃO DE CONTAS À INSTAURAÇÃO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL (TCE)**

Como já explicitado, é parte fundamental da celebração de um convênio a previsão da transferência de recursos do Erário para o atendimento a uma finalidade pública. Em conseqüência, são inúmeras as exigências em torno da fiscalização da sua execução, durante todo o período regulamentar de vigência dos mesmos,<sup>20</sup> a fim de reduzir os riscos de ocorrência de irregularidades na aplicação das verbas, e ainda, assegurar a tempestividade na adoção das medidas cabíveis. Cabíveis, destarte, as disposições do art. 23 da IN/STN n.º 01/1997, do art. 10, § 6º do Decreto-Lei n.º 200/67, do art. 54 do Decreto n.º 93.872/86, do

19 Acórdão 903/2003 - Plenário.

20 No Acórdão 230/2000, o TCU afirma caber ao concedente acompanhar, de forma próxima, a execução das metas dos convênios.

§3º, inciso I, do art. 116 da Lei nº 8.666/93 e, por fim, das respectivas Leis de Diretrizes Orçamentárias aprovadas para o exercício.

Inicialmente, atente-se para o caráter personalíssimo da obrigação de prestar contas, cujo descumprimento acarreta a responsabilização do agente público pelos valores repassados, com possíveis repercussões em seu patrimônio pessoal, pois é obrigado a devolver os recursos indevidamente utilizados. Cabe à pessoa física gestora a devolução dos recursos, independentemente de o convênio ter sido assinado em nome da entidade convenente. Tal possibilidade decorre da regra do art. 145 do Decreto 93.872/86, que preceitua que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá que justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes.”

A Instrução Normativa nº. 35/2000, do Tribunal de Contas da União, inclusive, preceitua que apenas o nome do responsável pelas contas municipais é que deve ser inscrito nos cadastros restritivos de crédito. Tal entendimento é referendado pelo Poder Judiciário, como já decidiu o TRF- 1ª Região, nos autos do Processo n.º 2006.39.00.000017-5/PA.

Como expõe Ubiratan Aguiar, “o gestor deve cuidar da aplicação dos recursos recebidos de forma que não parem quaisquer dúvidas sobre o destino que lhes foi dado. É dele o ônus de comprovar a boa e regular utilização das verbas públicas, não dos órgãos de controle. A dúvida é sempre interpretada em desfavor do gestor, cabendo a esse o dever de esclarecê-la mediante a apresentação de documentos comprobatórios hábeis”.<sup>21</sup>

Os órgãos de controle são bastante rigorosos quanto à análise da execução do objeto conveniado. Assim, pacificou-se o entendimento de que não basta a mera constatação da execução das obras pactuadas, mas a aprovação das contas pressupõe a aplicação regular dos recursos federais recebidos. Exige-se que estes tenham sido integralmente destinados à execução do objeto conveniado.<sup>22</sup>

Analisa-se também a caracterização de um nexo de causalidade entre as despesas feitas e a movimentação bancária na conta do convênio, preceituada pelo art. 30, da IN 01/97. Tal requisito já ensejou

21 AGUIAR, Ubiratan *et alli*. Convênios e Tomadas de Contas Especiais. Manual Prático. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 26.

22 TCU, Acórdão 550/2002.

a irregularidade de diversos convênios, no julgamento pelo TCU.<sup>23</sup> O responsável tem o dever de apresentar a documentação correspondente a todas as despesas realizadas, sob pena de impugnação total dos valores repassados, pela presunção de desvio de dinheiro público.<sup>24</sup>

Observa-se, do parâmetro adotado pelo TCU, a extrema preocupação com a comprovação do uso dos valores repassados, inclusive com a exigência de que a realização de despesas ocorra no período de vigência da avença. Já foi assentado, em decisão, que “cheque emitido antes do recebimento dos recursos do convenio não é prova idônea para comprovar o nexo entre o pagamento e os recursos liberados.”<sup>25</sup>

No que concerne à apreciação das prestações de contas, para assegurar o cumprimento do disposto na IN/STN n.º 01/1997, especialmente nos seus arts. 28 a 35, o TCU recomenda que seja evitada a aprovação de prestações de contas que não contenham os elementos exigidos no referido dispositivo. (Acórdão n.º 798/2004)

O TCU determina que os órgãos públicos recusem-se a aceitar prestações de contas parciais dos convênios celebrados em substituição à prestação de contas final, prevista pelo art. 28 da IN/STN n.º 01/1997, pois referidas a obrigações distintas.

Sempre que as prestações de contas dos convênios celebrados não forem encaminhadas no prazo convencionado, caberá ao concedente assinalar prazo de até trinta dias para sua apresentação ou recolhimento dos recursos, no procedimento previsto no art. 31 da IN/STN n.º 01/1997).

Atenta o TCU para a adoção imediata destas medidas, nos prazos estipulados pela citada regra, de modo a evitar que convenientes com registro de adimplência no SIAFI, mas que não estejam com situação de fato regularizada quanto à transferência de recursos anteriormente feita, continuem a celebrar convênios com a Administração Pública Federal<sup>26</sup>.

---

23 Neste sentido, o TCU reitera a regra, nos Acórdãos 601/2003 – Plenário, Acórdão 757/2004 – Plenário.

24 AGUIAR, op. cit., p. 25

25 Acórdão 498/2004 – Plenário.

26 Acórdão n.º 1745/2003, ratificado pelo Acórdão n.º 38/2003 e Acórdão 1763/2003 – Plenário.

Para que ocorra o repasse dos recursos, o TCU assevera a necessidade de que as prestações de contas parciais tenham sido apresentadas, analisadas e aprovadas. Isto porque, diante das disposições constantes dos arts. 21, § 2º, e 32 a 35 da IN/STN n.º 01/1997, a regularidade das contas até então apresentadas constitui pré-requisito para a liberação dos novos recursos previstos, de acordo com o cronograma de desembolso estabelecido.<sup>27</sup>

A partir do disposto nos artigos 28 a 35, da IN/STN n.º 01/1997, cabe ao órgão concedente analisar e aprovar ou não a prestação de contas apresentada pelo órgão/entidade conveniente, inclusive apurando eventuais irregularidades decorrentes da aplicação irregular dos recursos repassados por estes a outros entes/entidades.<sup>28</sup> É assegurado aos agentes públicos, no exercício da função gerencial fiscalizadora, o poder discricionário de reorientar ações e de acatar, ou não, justificativas com relação às disfunções porventura havidas na execução.

Constatando-se indícios de má-gestão de recursos públicos, diante da reprovação das contas, ou da omissão do dever de prestá-las,<sup>29</sup> o art. 31 da IN/STN n.º 01/1997 e art. 8º da Lei n. 8.443/1992 impõem a instauração da Tomada de Contas Especial (TCE) como providência imediata, com encaminhamento do respectivo processo à Secretaria Federal de Controle Interno do TCU e informando a esta corte sobre as providências adotadas, sob pena de responsabilidade solidária.<sup>30</sup>

## 6 CONCLUSÕES

Como se infere das questões adrede expostas, a celebração e gestão de convênios dispõem de ampla legislação regulamentadora, que estabelece de forma pormenorizada todos os trâmites a serem observados para a celebração e execução destas avenças. Observe-se que tais mecanismos mostram-se eficientes para o controle dos gastos dos recursos públicos, permitindo aos órgãos de fiscalização da

<sup>27</sup> Decisão 1135/2002 – Plenário.

<sup>28</sup> Na hipótese analisada no Acórdão n.º 970/2004, o TCU afirma que o repasse de verbas, pelo conveniente estadual, a prefeituras e associações deve ser avaliado, de maneira a fundamentar o julgamento das contas apresentadas.

<sup>29</sup> Ambas as hipóteses são equivalentes como motivo determinante para a instauração da tomada de contas. FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 1034.

<sup>30</sup> TCU, Acórdão n.º 1088/2004.

atividade administrativa, e posteriormente, às vias judiciais, a análise da consonância com os dispositivos atinentes à matéria. Assegura-se, destarte, que a União, conjuntamente com os demais entes da federação brasileira e particulares, atinja as finalidades constitucionais.

## 7 REFERÊNCIAS

### 7.1 LIVROS

AGUIAR, Ubiratan *et all.* **Convênios e Tomadas de Contas Especiais**. Manual Prático. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Administrativos**. Curitiba: Juruá, 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vade-Mécum de Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2001.

### 7.2. LEGISLAÇÃO

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000 (Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências).

Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências).

Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências).

Lei n.º 10.180, de 6 de fevereiro de 2001 (Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências).

Lei n.º 10.707, de 30 de julho de 2003 (Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2004 e dá outras providências).

Lei n.º 6.496, de 7 de dezembro de 1977 (Institui a “ Anotação de Responsabilidade Técnica “ na prestação de serviços de engenharia, de arquitetura e agronomia; autoriza a criação, pelo Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CONFEA, de uma Mútua de Assistência Profissional; e dá outras providências).

Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências).

Lei n.º 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências).

Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964 (Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal).

Decreto n. 93.872, de 23 de dezembro de 1986 (Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências).

Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências).

Resolução CONAMA n.º 237, de 19 de dezembro de 1997 (Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente).

Decreto n.º 99.274, de 6 de junho de 1990 (Regulamenta a Lei n.º 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências).

Instrução Normativa Secretaria do Tesouro Nacional - STN n.º 01, de 15 de janeiro de 1997 (Disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução de projetos ou realização de eventos e dá outras providências).

Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Institui o Código Civil).



**O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS  
MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO  
PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS  
NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, SEGUNDO  
AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS  
JURÍDICOS INDETERMINADOS ACOLHIDOS NA  
LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 E NO DECRETO  
FEDERAL Nº 6.204/07**

*Jessé Torres Pereira Júnior*  
*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Marinês Restelatto Dotti*  
*Advogada da União, Especialista em Direito do Estado/UFRGS*  
*Especializanda em Direito e Economia/UFRGS*

Sumário: 1 Introdução; 2 O conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral como técnicas de elaboração da norma jurídica; 3 As normas do Decreto nº 6.204/07 sob a perspectiva das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados; 4 Conclusão.

**RESUMO:** A Lei Complementar n.º 123/06, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dedicando seu Capítulo V ao estabelecimento de regras que lhes ampliam o acesso às licitações e contratações de compras, obras e serviços pela Administração Pública. Posteriormente o Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007, veio regulamentar, no âmbito da Administração Pública federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado dispensado àquelas entidades empresariais. O presente estudo propõe o debate, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre as normas da lei complementar e de seu decreto regulamentador, a partir da compreensão que se venha a desenvolver quanto ao sentido e à extensão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais que balizam a sua aplicação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decreto n.º 6.204/07. Perspectiva sob as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Contratação exclusiva. Subcontratação. Reserva de cotas. Aplicabilidade. Regras SIASG. Deliberações do TCU.

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar n.º 123/06, ao instituir o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dedicou seu Capítulo V ao estabelecimento de regras que lhes ampliam o acesso às licitações e contratações de compras, obras e serviços pela Administração Pública. As inovações almejam implementar o tratamento diferenciado que a Constituição da República assegura a essas empresas, em homenagem à sua relevância na geração de atividade produtiva para cerca de quarenta milhões de brasileiros, que, de outro modo, permaneceriam fora do mercado de trabalho integrado pelas empresas de maior porte.

A norma complementar concebeu quatro instrumentos tendentes a ampliar as oportunidades de acesso aos contratos administrativos: (a) prazo especial para a comprovação de regularidade fiscal da pequena ou micro empresa, na etapa de habilitação do procedimento licitatório (art. 43, §§ 1º e 2º); (b) empate ficto com a proposta da empresa de maior porte, se o valor da proposta da pequena ou micro empresa for até 10% superior ao daquela, ou de 5% na modalidade do pregão (artigos 44 e 45); (c) emissão de cédula de crédito microempresarial pela micro ou pequena empresa que, sendo titular de direito a crédito empenhado e liquidado, não o receba em pagamento pela Administração em trinta dias, contados da data da liquidação (art. 46); (d) concessão de tratamento diferenciado e simplificado por meio do qual as pequenas e microempresas, disputando licitações destinadas exclusivamente à sua participação, contribuam para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, para elevar a eficiência das políticas públicas e para incentivar a inovação tecnológica, segundo previsto e regulamentado em lei, bem como estender-se o tratamento diferenciado a licitações em que os respectivos atos convocatórios exijam a subcontratação de pequenas empresas para a execução de até 30% do objeto contratado, ou que reservem cota de até 25% para a contratação de pequenas empresas, se o objeto for bem ou serviço de natureza divisível (artigos 47 e 48).

O só enunciado dessas inovações evidenciava a necessidade de lhes sobrevir norma regulamentadora, fosse para estabelecer regras dissipadoras de dúvidas acerca dos procedimentos de sua efetivação, fosse para esclarecer o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais que abundam no texto legal complementar. O Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007, veio regulamentar, no âmbito da

Administração Pública federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras. Mas suas 61 disposições (somando a cabeça de seus 13 artigos com os respectivos parágrafos e incisos) não dão respostas tranqüilizadoras àquelas dúvidas e criam outras, nem ministram esclarecimentos suficientes sobre aqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que, condicionantes da aplicação da lei e do decreto, são, quase todos, de intrincada apreensão em tese e de complexa demonstração a cada caso concreto.

No texto da lei e do decreto, traduzem conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais as expressões “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”; “ampliação da eficiência das políticas públicas”; “incentivo à inovação tecnológica”; “microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente”; “urgência na contratação” (caso a micro ou pequena empresa não comprove a sua regularidade fiscal no prazo); “inviabilidade da substituição” (pela empresa contratada, da microempresa ou empresa de pequeno porte por aquela subcontratada); “padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação”; “serviços acessórios”; “subcontratação inviável, desvantajosa ou prejudicial”; “fornecedores competitivos”; “possibilidade de conluio ou fraude”.

O manejo desses conceitos indeterminados e cláusulas gerais produzirá, enquanto não se alcançar consenso razoável sobre o significado e a extensão de cada qual, soluções as mais díspares. Pode-se prever período de considerável turbulência na gestão do tratamento diferenciado deferido às microempresas e empresas de pequeno porte, tendo-se em conta que as instituições controladoras das licitações e contratações da Administração Pública - Tribunais de Contas, Ministério Público, Controladoria-Geral da República, Poder Judiciário - haverão de exigir dos executores congruência entre as decisões tomadas no processo pertinente a cada contratação e aqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Como varia ao infinito o nível de preparo e treinamento dos agentes da Administração Pública brasileira - certo que grande número não porta formação jurídica -, segue-se a natural dificuldade que encontrarão na instrução dos processos e na edição de atos jurídicos providos de estrutura íntegra, notadamente quanto aos motivos e às

finalidades, que se deverão alinhar àqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a cada contratação. Convém, pois, que se debata, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre as normas da lei complementar e de seu decreto regulamentador no âmbito da Administração federal, a partir de compreensão que se venha a desenvolver, progressivamente, quanto ao sentido e à extensão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais que balizam a sua aplicação. Contribuir para tal debate é o propósito deste estudo.

## **2 O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E A CLÁUSULA GERAL COMO TÉCNICAS DE ELABORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA**

A nenhum agente da Administração deve surpreender a presença, em leis e decretos, de expressões de caráter genérico e abstrato, cujo sentido preciso, por isto mesmo, não se deduz do só conteúdo léxico ou sintático, ou mesmo técnico-jurídico, das palavras que as compõem. O fenômeno ocorre em todos os campos do direito, incluído aquele que disciplina a atuação da função administrativa estatal, que é o direito administrativo.

É que o elaborador da norma - qualquer que seja, legal ou regulamentar - não emprega somente palavras e expressões de cunho unívoco, certo e determinado, nem tal seria compatível com a infinita variedade de situações fáticas que a realidade cria, no presente e para o futuro, em função da dinâmica da vida inteligente, o que obriga a existência de técnicas próprias de elaboração normativa, como sejam o conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral, quando a conduta dos aplicadores da norma houver de depender de premissas, condições ou objetivos genéricos e abstratos.

### **2.1 O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO**

“Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, descreva, em termos pormenorizados e exaustivos, todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção - quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não

ao modelo abstrato -, o cuidado de preencher os claros, de cobrir os espaços em branco. A doutrina costuma falar, ao propósito, em conceitos juridicamente indeterminados<sup>1</sup> Em que consiste a “boa-fé” que deve presidir as relações contratuais, públicas ou privadas; os “atos de mera permissão ou tolerância” que, no Código Civil, não induzem posse; as “cláusulas abusivas” que autorizam a declaração de nulidade nas relações de consumo; o “atentado violento ao pudor” que tipifica crime capitulado no Código Penal; a “vantagem indevida ou o benefício injusto” decorrente de prorrogação contratual, a configurar delito na Lei nº 8.666/93 (art. 92, parágrafo único), ou o “atraso injustificado” que consitui motivo para rescisão do contrato administrativo (art. 78, IV)?

Indagações desse teor desafiam o aplicador da norma a identificar, nas circunstâncias de cada caso, se os fatos que se apresentam à sua interpretação correspondem, ou não, à conduta de “boa-fé”, ao “ato de mera tolerância”, à “cláusula abusiva”, ao “atentado violento ao pudor”, à “vantagem indevida ou benefício injusto”, ao “atraso injustificado”.

São conceitos jurídicos no sentido de que, uma vez afirmada e demonstrada a sua presença no caso concreto, impõem ao aplicador da norma um comportamento jurídico-administrativo nela previsto. São indeterminados quanto à vaguidão da expressão abstrata com que se exprime o conceito. Porém se tornam determináveis à vista das circunstâncias apuradas e avaliadas em face da realidade factual comprovada.

Na “fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolve, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor”.<sup>2</sup> Daí ser comum que o elaborador da norma, sobretudo quando esta visa a disciplinar matéria técnica, opte por incluir disposições definidoras, tal como aquelas que se encontram no art. 6º, seus incisos e alíneas, da Lei nº 8.666/93.

Ainda assim, ao tentar reduzir a margem de subjetividade, o legislador nem sempre consegue livrar-se de, ao definir o núcleo de um conceito indeterminado, socorrer-se de outro conceito indeterminado. Veja-se, por exemplo, a definição de projeto básico, posta no art. 6º,

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados, Temas de Direito Processual**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64.

2 MOREIRA, op. cit., p. 65

IX, da Lei nº 8.666/93, na qual o “conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou o serviço” deve ser traçado com “nível de precisão adequado”. Em que consistirá, a cada caso, esse “nível de precisão adequado”, conceito jurídico indeterminado utilizado para reduzir o espectro abstrato de “projeto básico”, outro conceito jurídico indeterminado?

Os conceitos indeterminados se transmudam em determinados pela função que têm de exercer na situação concreta. Servem para propiciar a aplicação equitativa do preceito abstrato ao caso concreto, como resultado jurídico da valoração do conceito tornado vivo e atuante pelo aplicador na norma. Assim, no exemplo dado, terá “nível de precisão adequado” o projeto básico de obra ou serviço cujo conjunto de elementos caracterizadores viabilize planejamento, execução e controle da obra ou do serviço segundo parâmetros tecnicamente reconhecidos e objetivamente demonstráveis, a garantir o resultado esperado, o que, por evidente, variará de acordo com a natureza e as finalidades a cumprir em cada obra ou serviço.

Quando - na linguagem da geometria descritiva - se rebate o projeto básico, do plano técnico de engenharia para o plano do conceito jurídico indeterminado, para fins de aplicação da Lei nº 8.666/93 e demais normas regentes das licitações públicas, duas conseqüências se apresentam: a sua falta impede a instauração da licitação (art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93) e a sua existência com nível de precisão inadequado compromete os resultados pretendidos pela Administração, constituindo vício grave no processo de contratação.

Esse o raciocínio jurídico que deverá orientar o aplicador da Lei Complementar nº 123/06 e do Decreto federal nº 6.204/07 quando se defrontar com os conceitos jurídicos indeterminados de “urgência na contratação” (art. 4º, § 3º), “inviabilidade da substituição” (art. 7º, IV), “qualidade da subcontratação” (art. 7º, V), “serviços acessórios” (art. 7º, § 2º), “subcontratação inviável” (art. 7º, § 4º), “fornecedores competitivos” (art. 9º), “possibilidade de conluio ou fraude” (art. 11, parágrafo único), todos utilizados pelo Decreto nº 6.204/07.

Ainda Barbosa Moreira adverte que “não se deve confundir esse fenômeno com o da discricionariedade. Às vezes, a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites,

a providência que adotará, mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina poder discricionário... O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber o fato e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, pré-determinada. Sucede o inverso... quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador”<sup>3</sup>

Sublinhe-se o que é fundamental para a conduta jurídica do agente da Administração Pública que aplicará os conceitos indeterminados da LC 123/06 ou do Dec. 6.204/07: incidindo o conceito no caso concreto (“urgência na contratação”, por exemplo), a própria norma também estipula a solução a ser adotada, ou seja, o seu efeito (na hipótese do art. 4º, § 3º, do decreto, o efeito terá de ser o indeferimento do pedido de prorrogação de prazo para comprovar a regularidade fiscal, dado que a contratação é urgente). Nenhuma discricionariedade autoriza o descumprimento do efeito da presença do conceito: diante da urgência da contratação, o aplicador deve indeferir o pedido de prorrogação.

A questão estará em verificar, portanto, se, nas circunstâncias do caso concreto, se apresenta, comprovada, a urgência; em caso afirmativo, a norma não deixa espaço discricionário para o aplicador deferir o que a norma quer indeferido. Ou seja, a incidência do conceito indeterminado, que se tornou determinado no caso concreto, exclui o poder de escolher solução diversa daquela que decorre da presença do conceito. Logo, conceito jurídico indeterminado e discricionariedade se excluem quanto aos efeitos: onde houver o primeiro, afasta-se a segunda. Incompreensão sobre isto gerará um sem-número de decisões ilegais na aplicação da LC 123/06 e do Dec. 6.204/07.

3 MOREIRA, op. cit., p. 65-66.

## 2.2 A CLÁUSULA GERAL

Embora tecnicamente próximas dos conceitos jurídicos indeterminados, as chamadas “cláusulas gerais” da lei deles se distinguem. Ditas cláusulas são formulações da lei, exprimindo valores que devem ser reconhecidos pelo aplicador com a natureza de diretrizes. Em outras palavras: o sistema concebido pela lei (no caso, o tratamento diferenciado em favor das microempresas e empresas de pequeno porte) se moverá sempre de acordo com as diretrizes de suas cláusulas gerais, sem as quais o próprio sistema perde rumo e congruência.

As cláusulas gerais legais dotam o sistema normativo de mobilidade, permitindo que o aplicador o ajuste às contingências históricas e sócio-econômicas que o tempo e a cultura vão moldando e transformando. Por isto que não é necessário que os interessados as invoquem para que incidam no caso concreto. O aplicador do sistema legal estará sempre comprometido em geri-lo de acordo com as cláusulas gerais que lhe dão significado.<sup>4</sup>

Há leis que prodigalizam o emprego de cláusulas gerais no propósito de assegurar maior longevidade e atualidade aos respectivos sistemas normativos, a despeito das mutações da cultura, que tenderiam a torná-los obsoletos em pouco tempo, não fossem as diretrizes contidas em cláusulas gerais.

No Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, se identificam como cláusulas gerais, entre outras, a da função social do contrato como limite à autonomia privada; a do atendimento aos fins sociais e econômicos de todo negócio jurídico; a da função social da propriedade e da empresa; a do dever de indenizar objetivamente, isto é, independentemente de dolo ou culpa, quando a atividade causadora do dano criar riscos para o direito de outrem. Na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto nº 6.204/07, são cláusulas gerais as da “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”, da “ampliação da eficiência das políticas públicas”, e do “incentivo à inovação tecnológica” (art. 47 da lei e art. 1º, incisos I, II e III, do decreto).

Como se vê, tanto na cláusula geral quanto no conceito jurídico indeterminado, há vagueza e generalidade. Mas perceba-se que: (a)

<sup>4</sup> v. COSTA, Judith Martins, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais, v. 680, p. 50.

quando a norma já prevê a conseqüência de sua incidência, está-se diante do conceito indeterminado e o aplicador deverá ater-se ao efeito previsto na norma; (b) quando a norma não prevê conseqüência, caberá ao aplicador criar a solução para o caso concreto de acordo com as cláusulas gerais, o que poderá legitimar soluções distintas para casos aparentemente idênticos.

A função da cláusula geral da lei é integrativa, no sentido de que o sistema espera que o aplicador encontre a solução adequada, desde que harmônica com as diretrizes estabelecidas em suas cláusulas gerais. Assim, caberá ao aplicador, à luz do Código Civil, verificar se o dono terá feito uso social ou egoístico da propriedade e quais seriam os efeitos daí advindos em determinado conflito de interesses (o que explica a dificuldade de se dar solução equânime aos casos de invasão de terras, por exemplo). Caberá ao aplicador, no tratamento diferenciado deferido à microempresa e à empresa de pequeno porte, delinear, nas minutas de contrato, direitos e obrigações que dele façam instrumento apto a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, sob pena de frustrarem-se os objetivos do tratamento diferenciado. Mas a norma não revela que direitos e obrigações serão esses porque delega ao aplicador, quando da elaboração do contrato, estabelecê-los na conformidade das cláusulas gerais.

Fica claro que as cláusulas gerais conferem ao aplicador discricionariedade da maior amplitude, desde que a exerce em busca de soluções que submetam o caso concreto às diretrizes estabelecidas naquelas cláusulas legais. Vale dizer que os agentes da Administração, do mesmo modo que se devem cercar de cautelas quando do manejo dos conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação, no caso concreto, os levará a situações de vinculação à solução prevista na norma, deverão empregar maior apuro na instrução dos processos de contratação de microempresas e de empresas de pequeno porte, de molde a que dos autos resulte demonstrado que o respectivo contrato apresenta perfil de direitos e obrigações apto a cumprir as diretrizes das cláusulas gerais fixadas nas normas de regência.

Se determinado contrato com uma dessas empresas não atender a tais diretrizes, sequer poderia ter havido contratação e os agentes responderão por desvio de finalidade. Tanto assim é que o art. 9º, V, do Decreto nº 6.204/07 alinha, entre os impedimentos à realização de licitações para participação exclusiva dessas empresas (art. 6º), à

imposição da exigência de sua subcontratação (art. 7º) ou à reserva de cota para a sua contratação (art. 8º), o da impossibilidade de o contrato cumprir os objetivos enunciados no art. 1º (sede das cláusulas gerais de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, de ampliação da eficiência das políticas públicas e de incentivo à inovação tecnológica).

### **3 AS NORMAS DO DECRETO N.º 6.204/07 SOB A PERSPECTIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Passa-se à reflexão sobre os pontos axiais do Decreto n.º 6.204/07, sob a perspectiva das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados expressos em suas normas.

#### **3.1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL**

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando:

I-a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;

II-ampliação da eficiência das políticas públicas; e

III-o incentivo à inovação tecnológica.

O art. 1º do Decreto n.º 6.204/07 repete, em seus incisos, as diretrizes traçadas no art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06. Esta autorizou a União, os Estados e os Municípios a concederem tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte. Como sintetiza a ementa, o Decreto n.º 6.204/07 regulamenta tal tratamento no âmbito da administração pública federal e outras, por conseguinte, não poderiam ser as diretrizes balizadoras que adotou, as quais, por força do art. 34 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007<sup>5</sup>, se

5 “Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3o da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”.

estendem às cooperativas. Vale dizer que o gestor público federal deverá demonstrar, em cada caso, mediante justificativa idônea (explicitação dos motivos do ato administrativo, que se definem, a seu turno, como o conjunto das razões de fato e de direito que legitimam o ato), que a contratação atenderá aos três objetivos concomitantemente, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

Que os objetivos são cumulados não deixa dúvida a conjunção “e”, inserida entre os incisos II e III do art. 1º. Ou seja, somente poderá ser concedido o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em demonstrada presença dessas três diretrizes. Se uma delas não se compatibilizar com as demais, a Administração estará impedida de aplicar o regime diferenciado e as microempresas e empresas de pequeno porte terão a faculdade de participar do prélio licitatório sem direito àquele tratamento, o que soa intrigante: se, por exemplo, tal tratamento for importante para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, bem assim para ampliar a eficiência de políticas públicas específicas, não se compreende o sentido de ser inviável a aplicação do regime diferenciado porque do contrato não resultasse inovação tecnológica ou esta não fosse necessária para a execução de seu objeto, até porque inovação tecnológica não é imprescindível à consecução dos dois outros objetivos.

Atingir a finalidade da norma implica o dever de a autoridade administrativa utilizar todos os métodos válidos de aferição e interpretação para realizar ou proteger o bem jurídico (interesse público) que o legislador quis tutelar. Apresenta certa complexidade conjugar os objetivos elencados na norma do art. 1º do Decreto n.º 6.204/07, visando a legitimar a concessão de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, segundo se demonstre nos autos do processo administrativo pertinente.

Dificuldades se prenunciam.

O Decreto n.º 5.450, de 31.05.05, obriga, nas licitações da administração pública federal e naquelas empreendidas por entidades executoras de convênios com recursos repassados pela União, a utilização da modalidade licitatória do pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, com preferência para a forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade (técnica ou operacional), a ser justificada pela autoridade competente.

Excepcionando-se a hipótese de inviabilidade do modo eletrônico – quando o administrador público optará, motivadamente, pela forma presencial do pregão –, o sentido do Decreto n.º 5.450/05 é o de estimular a participação de maior número, bastando, para tanto, o acesso aos recursos de tecnologia da informação e o prévio credenciamento no sistema eletrônico. Esse propósito confronta com o objetivo do Decreto n.º 6.204/07, no que respeita à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito do município ou da região: o administrador público federal depara-se com a obrigatoriedade de utilizar o formato eletrônico do pregão, salvo justificada inviabilidade, com o fim de universalizar o acesso à licitação, mas, ao mesmo tempo, deve ater-se ao desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, nas licitações em que se assegure tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sucedem-se indagações a que o Decreto n.º 6.204/07 não responde diretamente, vg: como circunscrever a promoção do desenvolvimento econômico e social aos níveis municipal e regional, se acudirem no certame, balizado por tratamento diferenciado, entidades de pequeno porte sediadas em pontos diversos do território nacional, mormente se cotarem propostas mais vantajosas para a Administração?

O Decreto n.º 6.204/07 instituiu novo critério de aceitabilidade de proposta ou novo requisito de habilitação, fundados na localização da sede do licitante? Se o fez, caberia ao pregoeiro ou à comissão de licitação afastar entidades de pequeno porte estabelecidas fora do município ou da região do órgão licitador, ou tal exigência poderia ser expressa no instrumento convocatório, colidindo, então, com a vedação do art. 3º, § 1º, segunda parte, da Lei n.º 8.666/93? Se não o fez, qual a conciliação possível diante da cláusula geral do art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06?

A concessão do tratamento privilegiado às entidades de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, aliada à ampliação da eficiência de políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, conviveria com a inviabilidade da utilização do formato eletrônico do pregão e legitimaria o uso do pregão presencial, que não se vale de tecnologia da informação, como disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto n.º 5.450/05?

Tendo em vista o dever jurídico-administrativo de comprovar-se que a licitação atenderá às finalidades inscritas nos incisos I, II e III do art. 1º do Decreto n.º 6.204/07, a par do valor estimado do objeto

conter-se no teto fixado no art. 6.º (oitenta mil reais), da demonstração de que existem mais de três microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas competitivas, sediadas local ou regionalmente, conjuntamente com as disposições dos incisos II e IV do art. 9.º, devidamente justificadas, decorreria estar a Administração Pública federal autorizada a utilizar a modalidade do convite mesmo que o objeto da licitação fosse a aquisição de bens e serviços comuns?

Qual seria o alcance do termo “regional” e em que consistiria o “incentivo à inovação tecnológica”?

Como comprovar que a concessão do tratamento privilegiado será fator de ampliação da eficiência de políticas públicas? Nestas se incluem também aquelas definidas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, ou somente aquelas traçadas pela Constituição da República?

A primeira ponderação a fazer-se é a de que o Decreto n.º 6.204/07 não excluiu a possibilidade de utilização da modalidade licitatória do pregão, tanto na forma presencial como eletrônica. Qualquer delas poderá, nas circunstâncias do caso concreto, atender às três diretrizes do art. 1.º. O fato de o pregão presencial não se valer de tecnologia da informação é irrelevante, dado que o incentivo à inovação tecnológica haverá de decorrer da execução do objeto do contrato, não de sua licitação.

A segunda diz respeito à estipulação, no instrumento convocatório, de regra alusiva à localização dessas empresas e sociedades cooperativas. O art. 2.º, IV, do Decreto n.º 6.204/07 sinaliza que os órgãos ou entidades contratantes, isto é, os que integram a Administração, deverão, “sempre que possível”, “Não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente”. O destinatário da norma não é o edital, nem decisões da comissão de licitação ou do pregoeiro, mas, sim, a especificação do objeto a ser licitado e contratado. A especificação do objeto é que, sempre que possível, deverá evitar características restritivas à participação de empresas com sede no Município ou na região. As características especificadoras do objeto devem ser de ordem a viabilizar a participação de empresas sediadas localmente, obviando sofisticções ou peculiaridades que somente empresas de outras regiões fossem capazes de atender. Coisa

muitíssimo diferente, como se deduz, de privilegiar empresas em função de sua localização, até porque se tal ou qual especificação for tecnicamente indispensável a que o objeto atenda às necessidades da contratação, deve mesmo constar da especificação, ao que se extrai, recorde-se, do art. 7º, § 5º, segunda parte, da Lei n.º 8.666/93.

Tanto o art. 4º, XIII, da Lei n.º 10.520/02, como o art. 14 do Decreto n.º 5.450/05 e os artigos 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93, não prevêm, como requisito de habilitação, a comprovação da localização da sede dos licitantes, certo que o art. 3º, § 1º, da Lei Geral o proíbe, como assinalado. E tampouco se poderia cogitar da exigência de localização da sede do licitante, no instrumento convocatório, como critério de aceitabilidade da proposta (artigos 43, inciso IV, e 45, caput, da Lei n.º 8.666/93), pela singela razão de que requisitos relacionados à pessoa do licitante concernem à etapa procedimental da habilitação, não à etapa de julgamento de propostas, na qual se examinam qualidade e preço do objeto da compra, da obra ou do serviço, não a qualificação da pessoa do licitante, alvo da habilitação.

Ademais, preferência em razão de localização criaria reserva de mercado transgressora do princípio da igualdade expresso no art. 37, inciso XXI, da CF/88 (“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”).

Resta definir o conteúdo do “âmbito municipal e regional”, que está correlacionado, no inciso I do art. 1º, a desenvolvimento econômico e social. Por isto que o parâmetro do conceito é de natureza econômico-social, afastando qualquer conotação de circunscrição ou competência territorial. O “âmbito municipal e regional” compreende, para os fins da lei e do decreto, as atividades peculiares à vocação econômica regional ou municipal – agrícola, industrial, extrativa, artesanal, turística etc. Os contratos, a cujo acesso se pretende garantir tratamento diferenciado em favor de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como a sociedades cooperativas, devem ter por objeto atividades compatíveis com

a vocação econômico-social da região ou do Município em que as respectivas obrigações haverão de ser cumpridas pela contratada. Logo, as políticas públicas a que alude o inciso II do art. 1º são igualmente aquelas traçadas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, tendo por destinatárias essas atividades.

### 3.2 AMPLIAÇÃO DA EFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O conceito de política pública é polissêmico e, como tal, sujeito à influência de valores e ideologias do grupo que exerce o poder e detém a possibilidade de fazer ou deixar de fazer ações, implementar ou descontinuar projetos. Todavia, na medida em que a política pública seja estabelecida em textos constitucionais e/ou orgânicos, passa a dispor de cogência incontestável, tornando-se sua execução exigível dos governos. É o caso do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado devido às microempresas e empresas de pequeno porte, por força do comando explicitado nos artigos 146, III, “d”, 170, IX, e 179 da Constituição Federal.

É na execução da política pública que aquela influência se fará sentir, seja na concepção dos instrumentos, na escolha dos meios e das oportunidades para agir, ou na fixação de objetivos e metas a alcançar, no tempo e no espaço.

A ampliação da eficiência de políticas públicas, a que se refere o inciso II, do art. 1º, do Decreto n.º 6.204/07, estará conexas aos resultados que se obtenham com o tratamento diferenciado deferido àquelas empresas e cooperativas. A diretriz permeará as contratações dessas organizações: (a) intrinsecamente, impulsionando os administradores a verificar o suporte teórico/acadêmico da política considerada, a correlação entre propostas de sua viabilização e o alinhamento/validade dos paradigmas e parâmetros adotados; por exemplo, se a participação exclusiva de entidades de pequeno porte, nos moldes do art. 6º do Decreto n.º 6.204/07, em determinada licitação, não representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; (b) externamente, mediante avaliação permanente dos resultados e da percepção destes pelos destinatários da política e pelos usuários das compras, obras e serviços decorrentes da contratação dessas empresas.

Trata-se de segmento do ciclo da gestão de resultados (planejamento, execução, controle e avaliação) a que menos está afeiçoada

a experiência da Administração Pública brasileira, mais preocupada, até aqui, em organizar centros de custos – atividade interna de controle –, antes de desenvolver indicadores de avaliação de desempenho e de instrumentos de pesquisa da satisfação do usuário – atividade voltada para a opinião que os usuários têm da qualidade dos resultados. Em outras palavras: os resultados da gestão, no estado democrático de direito, não se encontram, propriamente, nos centros de custos, mas, sim, na opinião dos usuários sobre a eficiência e a eficácia dos serviços prestados e recebidos, ou seja, os resultados estão fora da organização estatal e representam a avaliação que os usuários fazem do grau de eficiência e de eficácia com que tal organização se desincumbe dos serviços a seu cargo.

O mesmo se deve dizer da consecução das políticas públicas. Contribuir para que se tornem mais eficientes e eficazes significa exigir, das entidades que as executam, desempenho que os usuários repute satisfatório.

### 3.3 INCENTIVO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

A Lei Complementar n.º 123/06 e o Decreto n.º 6.204/07, no intuito de estimular a inovação tecnológica nomeada no Capítulo X do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, guindaram-na a diretriz nas contratações dessas empresas para a execução de compras, obras e serviços pela Administração Pública.

Em que, juridicamente, consistiria tal cláusula geral legal? Pretende dizê-lo o art. 64 da LC n.º 123/06: “Para os efeitos desta Lei Complementar considera-se: I – inovação: a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado”.

Deduz-se que se trata da adoção de métodos de produção tecnologicamente novos ou significativamente aperfeiçoados. Esses métodos podem abranger mudanças em equipamentos ou na organização da produção, ou uma combinação de ambos, ou podem derivar do uso de conhecimento novo. Podem ser introduzidos com o propósito de produzir ou distribuir produtos e serviços tecnologicamente novos ou aperfeiçoados, insuscetíveis de produção ou distribuição mediante

métodos convencionais. Ou, ainda, podem ser desenvolvidos para aumentar a eficiência de produção ou distribuição dos existentes.

Saber se a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado àquelas empresas e cooperativas implica incentivo à inovação tecnológica demandaria dos agentes da Administração demonstração nada corriqueira, qual seja a de que a contratação ensejaria o emprego de conhecimento, de método ou de processo produtivo capaz de agregar valor ao objeto do contrato, em comparação com o que se encontra no mercado, praticado pelas empresas de maior porte. Soa como desafio pretensioso e contraditório em relação à simplificação pretendida.

Somadas e integradas as diretrizes dessas três cláusulas gerais legais, enunciadas no art. 1º e seus incisos do Decreto n.º 6.204/07, exsurge que este não almejaria alargar, ilimitadamente, a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às entidades de pequeno porte nas licitações públicas. O administrador público planejará as contratações sob o regime diferenciado analisando as circunstâncias do caso concreto (objeto, mercado, custos e prazo de execução, vantajosidade, possíveis prejuízos ao conjunto ou complexo do objeto, capacidade econômico-financeira da contratada, entre outros) e poderá direcionar a atuação administrativa no sentido de afastar a incidência das regras de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, das que possibilitem a subcontratação destas, ou das que lhes garantem reserva de cota. Ou seja, o tratamento diferenciado, embora constitucional, não é um valor absoluto. Será imperativo que, a cada situação, se demonstre a sua conveniência para o interesse público, aferido segundo as diretrizes que o justificam.

Ao mesmo tempo em que a Lei Complementar n.º 123/06 e o seu decreto regulamentador foram editados com o fim de nortear o respeito ao tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, é de serem reconhecidas as dificuldades jurídicas e operacionais de sua aplicação.

A eficiência e a eficácia da atuação do administrador para a solução das questões suscitadas será controlada por meio da motivação (justificativa) de seus atos, cujos fundamentos de fato deverão ser apontados, assim como a correlação lógica entre os eventos e as soluções jurídicas tidas por adequadas.

Essa motivação deve convencer da legalidade e da regularidade das contratações. O princípio da motivação necessária está consagrado no direito administrativo brasileiro. Seja na Lei Geral de Licitações (artigos 38, inciso IX, 49, caput, 51, § 3.º, e 79, § 1.º), seja no Decreto n.º 5.450/05 (artigos 9.º, § 1.º, 26, § 3.º e 29), ou no art. 3.º, I e III, da Lei n.º 10.520/02, quando exige que a autoridade competente justifique a necessidade da contratação, bem como no art. 8.º, inciso VI, do Decreto 3.555/00, que manifesta o dever de constar dos autos a motivação de cada um dos atos que especifica. Além de encontrar-se entre os onze princípios que o art. 2.º da Lei n.º 9.784/99 arrola como balizadores de todo processo administrativo, no âmbito da Administração Pública federal, daí aplicar-se, igualmente, no processo administrativo de suas licitações e contratações.

### **3.4 CONDIÇÕES PARA AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO DAS PEQUENAS E MICROEMPRESAS NAS LICITAÇÕES**

Art. 2.º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou entidades contratantes deverão, sempre que possível:

A ampliação da participação das entidades de pequeno porte nas licitações, enunciada no art. 2.º e seus incisos, objetiva franquear o acesso destas ao mercado específico das contratações administrativas, como proposto no capítulo V da Lei Complementar n.º 123/06. Esse dispositivo do Decreto exprime metas de gestão, decorrentes de planejamento que leve em conta as características do órgão/entidade pública, as prioridades de suas contratações, as estimativas de custos, os recursos materiais e humanos disponíveis, segundo análise programada das demandas e finalidades a atingir. Estas, por sua vez, necessitam de ser articuladas em torno dos objetivos institucionais e envolver todos os agentes que operam o sistema.

O planejamento da atuação administrativa nas contratações não é inovação do Decreto n.º 6.204/97, mas este lhe dá destacada ênfase. Planejar significa pensar antes de agir, propor objetivos e desenvolver ações que, transportados para a esfera da Administração Pública, traduzem-se no princípio da eficiência, onde toda a ação deve ser orientada para a concretização material e efetiva dos fins de interesse público, sejam os explicitados na regra de competência ou os implícitos no sistema jurídico.

A cabeça do preceito arremata com a locução “sempre que possível”. Vale dizer que as medidas relacionadas nos incisos são impositivas, salvo se houver impossibilidade material à sua concretização, a ser cabalmente justificada pela autoridade competente, a quem caberá rever, periodicamente, a impossibilidade, com o fim de verificar se já se apresentam condições para removê-la.

I-instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, com as respectivas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;

Dispositivo similar consta no art. 36 da Lei n.º 8.666/93, que trata dos registros cadastrais de licitantes, para efeito de habilitação, estabelecendo que os inscritos serão classificados por categorias, tendo em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica, avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31. A medida aproveita às modalidades licitatórias da tomada de preços e do convite, nas quais há exigência de prévio cadastramento (art. 22, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 8.666/93), bem como auxilia nas contratações diretas, tornando disponível para a Administração conhecimento estruturado sobre as empresas que atuam nos vários segmentos do mercado e que, mercê dos documentos cadastrados no registro, apresentariam qualificação para contratar sem licitação.

O objetivo da norma no Decreto n.º 6.204/07 reside na identificação de empresas do ramo do objeto que a Administração pretende licitar, segundo o critério do desenvolvimento econômico e social no âmbito regional e municipal, a fim de notificá-las para o efeito de participação em certames. Almeja, ademais, promover a interatividade entre as diversas categorias empresariais, com o fim de subsidiar as subcontratações enunciadas no art. 7.º.

II-estabelecer e divulgar um planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas, com a estimativa de quantitativo e de data das contratações;

Reportamo-nos à referência acerca do planejamento dos atos de gestão pública, propiciando uma visão global da atividade

administrativa antes da sua implementação, traduzindo-se no efetivo cumprimento do princípio da eficiência, proclamado no art. 37, caput, da Constituição Federal.

III-padronizar e divulgar as especificações dos bens e serviços contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos;

A padronização deve refletir a prevalência do interesse público, dos princípios da eficiência, da economicidade e da impessoalidade, sendo possível tanto para a aquisição de novos bens quanto para dar continuidade a projetos implantados. Pode contar, exemplificadamente, com a utilização de servidores já treinados para o manuseio de determinados equipamentos ou serviços, com a prevalência de um sistema em operação, com a eficaz adaptação pelos usuários de bens antes adquiridos, com a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes e a relação custo-benefício.

O inciso III, visando ampliar a participação das entidades de pequeno porte e cooperativas nas licitações, quer a divulgação das especificações de bens e serviços de interesse da Administração, a fim de que aquelas entidades ajustem os seus processos produtivos às especificações usualmente exigidas pela Administração e, mercê disto, elevem o respectivo teor de competitividade e prontidão para participarem de licitações.

Abre-se ensejo à organização de catálogos de padronização de materiais, com atribuição de código a cada item, cuja referência, nos projetos básicos e atos convocatórios, bastará para esclarecer o mercado quanto às características que o objeto em licitação deve reunir para atender ao que deseja a Administração.

Sem embargo de, previamente à realização de qualquer modalidade licitatória, na fase interna do procedimento, o setor requisitante elaborar projeto básico ou termo de referência, que será aprovado e motivado pela autoridade competente, contendo todos os elementos capazes de identificar, de forma clara e objetiva, o objeto que se quer licitar, com sua adequada caracterização e todos os respectivos atributos, incluindo características que assegurem padrão mínimo de qualidade, não se admitindo restrição injustificada, que afete a isonomia entre os interessados ou pré-direcionem o resultado da competição.

A adequada caracterização do objeto, como previsto nos artigos 14 e 15, III, § 7º, da Lei n.º 8.666/93, é garantia de qualidade para a Administração e assegura aos licitantes aferição segundo critérios objetivos, nos termos do art. 44, § 1º, cujo desatendimento, na proposta, implica desclassificação, como preceituam os artigos 43, IV, e art. 48, I, da mesma Lei Geral.

IV-na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente.

A regra do inciso IV deve ser lida articuladamente com a do art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

O dispositivo da Lei Geral de Licitações proíbe cláusulas ou condições, nos instrumentos convocatórios, que restrinjam a participação dos licitantes sob o critério da localização, enquanto que a disposição introduzida pelo inciso IV, do art. 2º, do Decreto n.º 6.204/07, estimula a participação das entidades de pequeno porte nos certames em razão de sua regionalidade, leia-se localização.

O termo de conciliação entre as normas aparentemente discrepantes, proposto linhas atrás, estará em fixar o foco na proibição de especificações que restrinjam a participação das pequenas empresas e cooperativas locais, sem significar que estas devam ser beneficiadas pelo fato de serem locais, como critério a inserir-se no ato convocatório. A não ser assim, o inciso IV do decreto padeceria de ilegalidade diante da norma geral da Lei n.º 8.666/93, desafiando, também, o princípio constitucional da igualdade pela possível existência de outras entidades de pequeno porte situadas no território nacional, aptas a executar o objeto da licitação.

Por outro lado, cabe ponderar-se que, quando o objetivo da Administração for o de contratar entidades de pequeno porte estabelecidas em determinado local ou região –hipótese que merecerá a devida motivação –, a alternativa seja a de utilizar-se a modalidade licitatória do convite, respeitados os limites de valores fixados no art. 23, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 8.666/93.

A participação das entidades de pequeno porte nas licitações, segundo critério de localização, há de ser descartada quando a Administração demonstrar a sua impropriedade em razão do objeto que pretende contratar, ou, ainda, quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

### 3.5 BALANÇO PATRIMONIAL

Art. 3.º. Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

A regra objetiva simplificar a habilitação nas licitações cujo objeto seja a pronta entrega de bens, especificamente no requisito atinente à qualificação econômico-financeira prevista no art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93. Disposição similar consta no art. 32, § 1.º, da citada Lei, facultando à Administração a dispensa da documentação prevista nos arts. 28 a 31, no todo ou em parte, nos casos de convite, leilão, concurso, ou, independentemente da modalidade licitatória, quando do fornecimento de bens para pronta entrega.

O art. 3.º do Decreto n.º 6.204/07 também afastou a exigência de balanço patrimonial da microempresa e empresa de pequeno porte, referente ao último exercício, quando o objeto da licitação for a locação de materiais. Locação constitui serviço (art. 6º, II, da Lei n.º 8.666/93), e, não, compra (fornecimento). A exceção do art. 32, § 1º, da Lei Geral se limita a incidir, cuidando-se de compra, quando for para pronta entrega, o que não se configura na hipótese de locação, e, nos demais casos, se o valor estimado for o do convite. Logo, a regra do decreto vai além da exceção delimitada pela Lei Geral.

Quando a Administração reduz exigências de habilitação, independentemente da modalidade adotada e da categoria empresarial participante da licitação, está reduzindo burocracia e ônus para os licitantes. Em tese, estará ampliando a competitividade e aumentando a possibilidade de obter proposta mais vantajosa. Mas, tratando-se de hipótese de exceção, há de conter-se nos limites da lei, sabido que as normas que a definem somente comportam interpretação estrita, vedadas analogia e extensão.

Outro ponto polêmico diz respeito à exigência de balanço patrimonial de microempresa e empresa de pequeno porte, nas licitações referentes a outros objetos que não o fornecimento de bens para pronta entrega ou locação de materiais, ante o disposto no art. 1.179, § 2.º, combinado com o art. 970, ambos do Código Civil.

O art. 1.179, § 2.º, do CC/02 dispensa o pequeno empresário, a que se refere o art. 970, da exigência de manutenção de sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base em escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva e levantamento anual de balanço patrimonial e de resultado econômico.

O art. 970 determina que a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes, em consonância com o art. 179 da Constituição Federal.

Essas questões não se colocam para fins de participação em licitação porque a exigência de qualificação econômico-financeira, prevista no art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, objetiva apurar se o empresário interessado em participar do certame está apto a integrar os registros cadastrais dos órgãos públicos, bem como a aferir se possui condições ou idoneidade econômico-financeira para participar de licitações e executar satisfatoriamente o objeto a ser contratado.

A Lei Complementar n.º 123/06 não dispensou as microempresas e empresas de pequeno porte da apresentação de qualquer documento de habilitação previsto na Lei Geral de Licitações ou nos diplomas que tratam do pregão.<sup>6</sup> Apenas concedeu-lhes o direito de regularizar a situação fiscal acaso sujeita a restrição por ocasião da conferência dos documentos exigidos no instrumento convocatório.

Por esta razão, as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação.

---

6 Lei n.º 10.520/02 e Decreto n.º 5.540/05.

O fato de determinadas categorias empresariais gozarem de regime jurídico fiscal-civil específico não as libera de elaborar e apresentar o balanço patrimonial para fins de participação em licitação, restando indispensável, portanto, que assim o façam, se exigido no ato convocatório. Segue-se que a empresa de pequeno porte ou microempresa que deixar de apresentar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, exigidos no ato convocatório nos termos do art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverá ser inabilitada, com fulcro no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inserto no art. 3º, *caput*, combinado com o art. 41, *caput*, da mesma Lei.

### 3.6 O APERFEIÇOAMENTO DA REGULARIDADE FISCAL

Art. 4.º A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação e não como condição para participação na licitação.

Desde a publicação da Lei Complementar n.º 123/06 que se hesita quanto ao momento da comprovação da regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte, após o exercício do direito ao desempate previsto nos artigos 44 e 45 ou quando portadoras da melhor proposta.

Formularam-se duas interpretações: A primeira sustentava que, na fase de habilitação, deve ser apresentada somente a documentação referente à comprovação da regularidade jurídica, técnica e/ou econômica da microempresa ou empresa de pequeno porte – na medida em que exigidas no instrumento convocatório –, inabilitando-se-a ou habilitando-se-a na hipótese de não cumprir um dos requisitos ou na hipótese de cumprir todos eles, respectivamente; somente por ocasião da assinatura do termo de contrato, ou aceite ou retirada de instrumento equivalente, é que seria exigida a comprovação da regularidade fiscal fixada no instrumento convocatório, permitindo-se a regularização no prazo de dois dias úteis, se acompanhada de alguma restrição.

Segunda vertente entendia que a comprovação da regularidade fiscal, jurídica, técnica e/ou econômico-financeira – consoante exigida no instrumento convocatório – deve ser aferida na fase de habilitação, própria em cada modalidade licitatória. O não cumprimento de um dos requisitos de regularidade, de ordem jurídica, técnica e/ou econômico-financeira, é causa de inabilitação,

independentemente da categoria empresarial do licitante. Tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte, a verificação da existência de alguma restrição na documentação fiscal apresentada – e somente nesta – não autoriza sua inabilitação, permitida a regularização em dois dias úteis. O não cumprimento do permissivo legal, ou seja, a não regularização da restrição fiscal no prazo legal, acarreta a inabilitação da microempresa ou empresa de pequeno porte, facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes na ordem de classificação ou revogar a licitação.

Esta última interpretação entrevia espécie de habilitação condicional e veio a prevalecer no disposto nos §§ 1.º e 4.º do art. 4.º do Decreto n.º 6.204/07, segundo os quais, na fase de habilitação, deve ser apresentada e conferida toda a documentação. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal da microempresa ou empresa de pequeno porte, acaso vencedora, ser-lhe-á assegurado prazo de dois dias úteis para regularização. A não-regularização nesse prazo, confirmada pela decisão da comissão de licitação ou pelo pregoeiro, por ocasião da análise dos recursos administrativos eventualmente interpostos, retira-lhe a condição de adjudicatária, de vez que apenas esta pode ser convocada para contratar, daí o caput do art. 4º referir-se à comprovação da regularidade fiscal ser exigível apenas “para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação”.

§1º Na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§2º A declaração do vencedor de que trata o § 1º acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4.º, inciso XV, da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

É declarado vencedor, segundo a Lei Geral de Licitações, o licitante que cumpre todos os requisitos estampados no edital - documentação e menor proposta de preços ou menor proposta de preços e documentação, conforme se trate de modalidades convencionais ou de pregão, respectivamente.

O § 1.º do art. 4.º do Decreto n.º 6.204/07 quer que, na fase de habilitação, todos os licitantes apresentem os documentos exigidos no instrumento convocatório. É admitida a permanência da microempresa ou empresa de pequeno porte na licitação, acaso verificada alguma restrição na documentação referente à regularidade fiscal, sendo postergada a sua regularização somente após a emissão do ato administrativo que a declare vencedora, o que acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, na modalidade do pregão, e no momento posterior ao julgamento das propostas, nas modalidades da Lei n.º 8.666/93.

Tanto a Lei Complementar n.º 123/06 (art. 43, § 1.º) como o Decreto n.º 6.204/07 (art. 4, § 1.º) estabelecem que será assegurado o prazo de dois dias úteis para a regularização da documentação. Deduz-se da parte final do art. 4º, § 1º, do decreto que a irregularidade consiste na existência de débito e que a regularização se fará mediante o seu pagamento, integral ou parcelado, de sorte a gerar a emissão de certidão negativa (no caso de quitação integral do débito) ou de certidão positiva com efeito de negativa (no caso de deferimento, pela repartição fiscal competente, de parcelamento do pagamento do débito). De nenhuma outra irregularidade fiscal parece cogitar a norma, o que não significa inexistência de outra espécie de irregularidade além do débito, capaz de opor-se à comprovação da regularidade fiscal.

§3ºA prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empinho, devidamente justificados.

A concessão do prazo de dois dias úteis para a regularização da situação fiscal é direito subjetivo assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte que ofereçam a proposta de preços vencedora, admitida a prorrogação do prazo por igual período.

A regra do § 3º vinculou a Administração ao dever de prorrogar, salvo em caso de urgência ou prazo insuficiente para o empenho. Não parece ser a melhor solução. A prorrogação de prazo só se haveria de justificar se a empresa dela necessitasse para a providência referida no parte final do § 1º do mesmo art. 4º, ou seja, obter certidão fiscal negativa ou certidão fiscal positiva com efeito de negativa. Imagine-se a impropriedade de a empresa requerer prorrogação porque estaria à espera do retorno de um seu dirigente em viagem, somente a ele cabendo decidir se interessa ou não à empresa regularizar a documentação fiscal – inversão da precedência que coloca o interesse público acima do privado.

De toda sorte, a urgência de contratação constitui, como visto acima, conceito jurídico indeterminado, a ser avaliado nas circunstâncias do caso. Se a Administração concluir pela urgência, terá o motivo necessário e suficiente para indeferir o pedido de prorrogação. Caso contrário, motivo não haverá para o indeferimento e a prorrogação se impõe, sob pena de invalidade da decisão que a indeferisse. Não há solução intermédia, nos termos da norma.

§4ºA não-regularização da documentação no prazo previsto no § 1º implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.

Quando a melhor proposta de preço for de entidade de pequeno porte, uma vez verificada a existência de restrições na documentação apresentada na fase de habilitação, para efeito de comprovação da regularidade fiscal, é permitida a regularização, cujo desatendimento, no prazo fixado, implicará sua inabilitação e conseqüente impossibilidade de contratação - que a Lei Complementar n.º 123/06 e o Decreto n.º 6.204/07 rotulam, incidindo em erro conceitual, de decadência de direito; não se decai de direito algum pela singela razão de que não há direito à contratação, mas, apenas, o direito de, a haver contratação, exigir-se a observância da ordem de classificação.

O § 4.º alude à imposição de sanções previstas nos art. 81 da Lei n.º 8.666/93, na hipótese de não-regularização da documentação no prazo fixado, não bastando, para esse efeito, mera menção ao dispositivo da Lei. É imprescindível que as sanções estejam especificadas no instrumento convocatório, como, por exemplo, o *quantum* referente à

multa que deva ser aplicada e a tipificação das hipóteses atraentes das demais penalidades previstas na lei, estabelecendo-se correlação entre o teor de severidade de cada qual e a gravidade da falta.

A aplicação da sanção observará o devido processo legal, o que pressupõe que se garanta ao licitante oportunidade para a articulação de defesa prévia à aplicação da penalidade e, após esta, se houver, o manejo dos recursos previstos em Lei (CF/88, art. 5º, incisos LIV e LV, e Lei nº 8.666/93, artigos 49, § 3º, 78, parágrafo único, e 87), competindo à Administração a apreciação dos motivos que justificam, ou não, a escusa do licitante.

### 3.7 DEVIDO PROCESSO LEGAL E REGIME RECURSAL

Nas modalidades convencionais da Lei n.º 8.666/93, verifica-se, inicialmente, o cumprimento dos requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório, seguindo-se a decisão que habilita e/ou inabilita licitante(s) (art. 43, inciso I), sujeita a recurso administrativo hierárquico (art. 43, inciso III, c/c art. 109, inciso I, alínea “a”), que, exaurido, enseja a abertura do(s) envelope(s) contendo a(s) proposta(s) de preço(s) do(s) licitante(s) habilitado(s) (art. 43, inciso III). Prossegue o procedimento com decisão que julga a(s) proposta(s) e apura a vencedora (art. 43, IV e V), a que sucede outra fase recursal (art. 109, inciso I, alínea “b”), após a qual sobrevém o ato declaratório do vencedor do certame.

Nos termos do art. 4.º, § 2º, do Decreto n.º 6.204/07, ao ato que julga a(s) proposta(s) se segue a declaração da vencedora. Se esta for microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa, e verificada, na fase de habilitação, a existência de restrição fiscal, será concedido prazo para regularização. Comprovada a regularidade e certificada pelo órgão condutor do certame, os licitantes devem ser intimados da certificação, daí contando-se prazo para a interposição de recurso administrativo (art. 109 e seu § 6.º da Lei n.º 8.666/93).

Não comprovada a regularidade fiscal – seja pelo decurso de prazo sem a devida apresentação do documento comprobatório, ou pela rejeição daquele(s) que for(em) apresentado(s) –, será convocado o licitante classificado em segundo lugar, se microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa, para o exercício do mesmo direito. Comprovada desta a regularidade fiscal, e certificada nos autos, serão os licitantes intimados para o oferecimento de recurso administrativo, se o desejarem.

Não comprovada a regularidade fiscal, repete-se o mesmo procedimento para a terceira, quarta, quinta... licitante, observada a ordem de classificação, caso sejam, todas, entidades de pequeno porte.

Vencidos os prazos para a regularização fiscal, abre-se a única oportunidade procedimental para a apresentação de recurso administrativo, seja contra a decisão que habilitou e/ou inabilitou licitantes, ou contra a decisão que julgou as propostas de preços, quando se tratar da modalidade do pregão.

No que diz respeito às demais modalidades da Lei n.º 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite), a interpretação é a de que, após o transcurso do prazo para a regularização fiscal, tem início a fase recursal apenas da decisão que julgou as propostas, já que decorrido, anteriormente, o prazo para recorrer da decisão proferida quanto à habilitação/inabilitação das licitantes, fase que, nessas modalidades, antecede a do julgamento das propostas (art. 43, inciso III, c/c o art. 109, inciso I, alínea "a").

Aventa-se a tese de que a fase recursal resume-se a um único recurso também nas modalidades convencionais de licitação, se delas participam microempresas e empresas de pequeno porte. O princípio da hierarquia entre as normas jurídicas não sustenta a tese: simples decreto regulador não pode derrogar dispositivos de lei ordinária. O regime recursal da Lei n.º 8.666/96 não se compadece com a fusão dos recursos em momento único. Permanecem vigentes as regras que prevêm duas oportunidades para a interposição de recursos administrativos distintos, um após a decisão da habilitação e outro após a decisão sobre as propostas, tal como estabelecido no art. 109, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Geral de Licitações, regime que somente se altera na modalidade do pregão, mediante lei específica. De vez que o Decreto n.º 6.204/07 não tem, nem poderia ter, por objeto unificar o regime recursal nas diversas modalidades de licitação, os recursos serão aqueles que as leis pertinentes estabeleceram para cada modalidade, independentemente de quem esteja a participar do certame.

O termo inicial para a apresentação do recurso administrativo é o da intimação do ato a cada um dos licitantes, cuja contagem excluirá o dia do início e incluirá o do vencimento, segundo a regra geral do art. 110 da Lei n.º 8.666/93.

### 3.8 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PREGÃO

Na modalidade do pregão, na forma presencial, o procedimento licitatório tem início com a apresentação de propostas escritas, seguindo-se a fase de lances verbais e a verificação dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta. Na forma eletrônica, o encaminhamento das propostas se faz exclusivamente por meio virtual, até a data e a hora marcadas para a abertura da sessão; seguem-se os lances e a verificação dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta.

Segundo o disposto no art. 4.º, § 2º, do Decreto n.º 6.204/07, a declaração do vencedor, na modalidade do pregão, ocorrerá imediatamente após a habilitação, observando-se o seguinte procedimento: análise do cumprimento dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta; tratando-se de empresa de pequeno porte e constatado que há restrições quanto à regularidade fiscal, exigida no edital, ser-lhe-á assinado o prazo de dois dias úteis para a regularização, prorrogável por igual período.

A comprovação da regularidade fiscal dar-se-á segundo a norma do art. 4.º, XV, da Lei n.º 10.520/02 (pregão presencial), ou de acordo com o art. 25, § 9º, do Decreto n.º 5.450/05 (pregão eletrônico). Não comprovada a regularidade fiscal – seja por decurso do prazo sem a devida regularização ou por rejeição da documentação apresentada –, serão convocados os licitantes classificados em segundo, terceiro, quarto ... lugar (na ordem classificatória) para o exercício do mesmo direito, desde que, todos, pertençam à categoria de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. A fase seguinte é a intimação do ato e abertura do prazo para manifestação da intenção de recorrer, que, na forma presencial, obedece ao disposto no art. 4.º, incisos XVIII a XXI, da Lei n.º 10.520/02 e, na forma eletrônica, ao estatuído nos arts. 26 e 27 do Decreto n.º 5.450/05.

No pregão, tanto no formato presencial quanto no eletrônico, há oportunidade processual para a interposição de um único recurso, abrangendo as fases de classificação de propostas e de habilitação do proponente classificado em primeiro lugar.

### 3.9 CRITÉRIO DE DESEMPATE

Art. 5.º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O Decreto n.º 6.204/07 excluiu do tratamento favorecido a oportunidade de as microempresas e empresas de pequeno porte reduzirem suas ofertas de preços, uma vez caracterizado o empate previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º, para os tipos de licitação melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta (art. 45, § 1.º, incisos II, III e IV, da Lei n.º 8.666/93). Somente o tipo de licitação menor preço admite, como critério de desempate, a preferência de contratação em favor dessas entidades.

O dispositivo criou espécie de *empate ficto*, ou seja, reputam-se empatadas as propostas apresentadas pelas entidades de pequeno porte cujo preço seja até dez por cento superior ao menor preço ofertado por empresa de maior porte, nas licitações convencionais da Lei n.º 8.666/93, ou até cinco por cento superior, na modalidade licitatória do pregão (presencial ou eletrônico). Para esta última modalidade, o Decreto estipulou o prazo de cinco minutos para o exercício do direito ao desempate, não prevendo, todavia, prazo para a redução da oferta quando se tratar das modalidades convencionais da Lei Geral de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite), cuja solução deverá ser regulamentada pelo instrumento convocatório, segundo critério da Administração.

O Decreto n.º 6.204/07 não suprimiu o dever de o pregoeiro negociar o menor preço ofertado, que, na hipótese do art. 5.º, § 4.º, inciso I, ocorrerá após a redução da oferta por entidade de pequeno porte. Na hipótese de não-contratação de nenhuma dessas empresas, a negociação se fará com os licitantes remanescentes, na ordem de classificação.

A respeito da negociação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais<sup>7</sup>), expediu regras para a operacionalização do pregão

---

7 Disponível em: <[http://www.planejamento.gov.br/tecnologia-informacao/conteudo/principais\\_atv. O SIASG](http://www.planejamento.gov.br/tecnologia-informacao/conteudo/principais_atv. O SIASG)> está ramificado pelos órgãos e pelas entidades integrantes do SISG, por meio de terminais informatizados. O Sistema é constituído por diversos módulos, alguns ainda estão em desenvolvimento, oferecendo acesso na Internet a um conjunto de serviços e informações. O SIASG tem a missão de integrar os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, em todos os níveis, com instrumentos e facilidades para o melhoramento dos serviços públicos. Os três módulos básicos do SIASG são o catálogo unificado de materiais e serviços, o cadastro unificado de fornecedores e o registro de preços de bens e serviços. SISTEMA DE CATÁLOGO DE MATERIAIS E SERVIÇOS: A catalogação de materiais e de serviços é um conjunto de atividades desenvolvidas no SIASG, tendo como base primária os procedimentos adotados no "Federal Supply Classification". O sistema estabelece uma linguagem única e propicia a definição de padrões determinados de qualidade e produtividade para os materiais e serviços

eletrônico, verbis: “a negociação de preço junto ao fornecedor classificado em primeiro lugar, quando houver, será sempre após o procedimento de desempate de propostas e classificação final dos fornecedores participantes;”.

Esclareça-se que a hipótese de equivalência tratada no art. 5.º, § 4º, III, do Decreto n.º 6.204/07, que prevê o desempate em todas as modalidades licitatórias, prospera, apenas, na fase de apresentação das propostas, ou seja:

- a) no caso de concorrência, tomada de preços e convite – onde as propostas de preços são apresentadas por escrito e envelopadas –, é possível a ocorrência de propostas de microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas com valores idênticos; proceder-se-á, então, a sorteio para identificar aquela que primeiro poderá exercer o direito ao desempate e reduzir a oferta;
- b) na modalidade do pregão, na forma presencial, não havendo lances verbais, também é possível a existência de propostas de microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas com valores idênticos, e a solução para identificar aquela que primeiro poderá reduzir a oferta será o sorteio; havendo lances verbais, que deverão ser formulados de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes, resulta afastada a hipótese de as ofertas apresentarem valores idênticos, sendo ordenadas segundo a ordem de classificação;
- c) na modalidade do pregão, na forma eletrônica, o art. 5.º, § 5º, do Decreto n.º 6.204/07 explicita descaber sorteio porque o procedimento não admite empate real, o que se deduz do Decreto n.º 5.450/05, art. 24, § 4.º, dispondo que não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

---

especificados nas compras da Administração Pública Federal. SICAF: O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF é o módulo informatizado do SIASG, operado “on-line”, que cadastra e habilita as pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e pelas entidades integrantes do SISG. O SICAF desburocratiza e facilita o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, contribuindo para aumentar a transparência e a competitividade das licitações. SIREP: O Sistema de Registro de Preços - SIREP atende às consultas dos gestores públicos sobre os preços praticados nas licitações realizadas no âmbito do SISG. É uma ferramenta de apoio ao gestor na estimação de preços máximos nos processos de licitação.

Todavia, no pregão eletrônico, há fase em que poderão coexistir duas ou mais propostas com valores idênticos: a do art. 21 do Decreto n.º 5.450/05 (fase de apresentação de propostas), sem que se efetive a fase competitiva do art. 24 do mesmo diploma (fase de lances). O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do sistema SIASG, elaborou regras referentes à participação das microempresas e empresas de pequeno porte, aplicáveis às licitações na modalidade do pregão, no formato eletrônico, prevendo que:

caso sejam identificadas propostas de microempresa ou empresa de pequeno porte empatada em segundo lugar, ou seja, na faixa dos 5% (cinco por cento) da primeira colocada e permanecendo o empate até o encerramento do item, o sistema fará um sorteio eletrônico entre tais fornecedores, definindo e convocando automaticamente a vencedora para o encaminhamento da oferta final para desempate.

O Decreto n.º 6.204/07 não disciplina o procedimento do sorteio. O caráter subsidiário das normas gerais da Lei n.º 8/666/93 preenche a lacuna. Seu art. 45, § 2º, orienta que se fará o sorteio em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados. Se, durante a sessão de julgamento das propostas (concorrência, tomada de preços, convite e pregão, na forma presencial), todos os licitantes estiverem presentes, serão notificados da realização do sorteio, com registro em ata.

Na hipótese do art. 5º, § 4º, III, do Decreto n.º 6.204/07, o instrumento convocatório deve cuidar de dispor a respeito do sorteio.

### **3.10 LIMITES E VEDAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS**

Art.6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

O objetivo do Decreto n.º 6.204/07, já se viu, não é o de generalizar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às empresas de

pequeno porte, nas licitações públicas. Análise acurada, no que tange ao objeto a ser contratado, direcionará a atuação administrativa no sentido de aplicar ou de afastar a incidência das regras que autorizam a realização de licitação exclusiva para essas empresas, a cada caso. Assim se depreende da conjugação entre o parágrafo único do art. 6.º e as disposições do art. 9.º, ambos do Decreto.

Recorde-se que as licitações públicas somente podem ser instauradas, qualquer que seja a modalidade, após estimativa prévia do valor do respectivo objeto (Lei n.º 8.666/93, artigos 7.º, § 2.º, II, 14 e 40, § 2.º, II, e Lei n.º 10520/02, art. 3.º, III), estimativa essa que, segundo o Tribunal de Contas da União<sup>8</sup>, será entranhada nos autos do processo de contratação. Algumas considerações acerca da fixação do teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), previsto no art. 6.º, demarcam limites para a aplicação do tratamento diferenciado, a partir da planilha estimativa de preços, a saber.

1ª - A estimativa levará em conta todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas, ainda, todas as prorrogações previstas para a contratação; nesse sentido orienta o Tribunal da Contas da União em deliberações<sup>9</sup> acerca da escolha da modalidade licitatória, quando o objeto seja a prestação de serviços contínuos, a execução de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual ou referente ao aluguel de equipamentos, ou a utilização de programas de informática, ou seja, cuja execução ultrapasse

8 “[...] faça constar dos autos dos processos de pregão uma via dos orçamentos estimados em planilha, com os preços unitários resultantes das pesquisas de preços, em cumprimento ao disposto ao art. 3.º, inciso III, da Lei n.º 10.520, de 17/07/2002, tendo em vista ter sido constatado pela equipe de auditoria que referidas planilhas, quando elaboradas, estavam sendo arquivadas exclusivamente em processos específicos, distintos dos de licitação.” Acórdão 1512/2006 – Plenário;

[...] determinar à [...] que observe a necessidade de fazer constar, dos autos dos processos licitatórios relativos a licitações na modalidade pregão, o orçamento estimado, exigido no art. 3.º, inciso III, da Lei n.º 10.520/2002, bem como da pesquisa de mercado em que deverá assentar-se, consoante o disposto no art. 40, § 2.º, inciso II, c/c art. 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993” Acórdão 2349/2007 – Plenário.”

9 “[...] Escolha a modalidade de licitação com base nos gastos estimados para todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas as prorrogações previstas no edital, nos termos dos arts. 8.º e 23 da Lei n.º 8.666/1993.” Acórdão 1395/2005, Segunda Câmara;

[...] Proceda a adequado planejamento das licitações, de modo a demonstrar, nos autos, que o enquadramento na modalidade adotada foi precedido de avaliação dos custos totais de sua conclusão, levando-se em consideração, inclusive, as despesas decorrentes de prorrogações contratuais, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, observando-se as disposições contidas nos arts. 40, 41, 43 e 48 da Lei n.º 8.666/93.” Acórdão 90/2004, Segunda Câmara.

o exercício financeiro; decerto que, nas hipóteses de fornecimento de bens, o valor total estimado do contrato estará adstrito ao final do exercício, segundo a regra do art. 57, caput, da Lei n.º 8.666/93.

2ª - No caso de compras, a estimativa total considerará a soma dos preços unitários (multiplicados pelas quantidades de cada item).

3ª - No caso de serviços, a estimativa será pormenorizada em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, ou seja, em orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

4ª - A estimativa deve ser elaborada com base nos preços correntes no mercado onde será realizada a licitação – local, regional ou nacional.

5ª - A estimativa pode ser feita com base em preços fixados por órgão oficial competente, nos constantes de sistema de registro de preços ou, ainda, nos preços para o mesmo objeto vigentes em outros órgãos, desde que em condições semelhantes.

6ª - A estimativa instrui a verificação da existência de recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a futura contratação.

7ª - A estimativa serve de parâmetro objetivo para o julgamento de ofertas desconformes ou incompatíveis, e conseqüente declaração de sua inexecutabilidade, se for o caso.

De vez que a norma sob foco estipulou um teto para a que a licitação possa ser reservada à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, não será uma demasia cogitar de que dito valor será objeto de atenta fiscalização por parte das empresas de maior porte, que poderão impugnar os editais dessas licitações se lhes for possível demonstrar que a estimativa, no caso concreto, está equivocada e o valor do objeto em verdade superaria o teto, daí a inviabilidade legal de a licitação ser exclusiva para aquelas entidades. Argumento a mais a advertir a Administração quanto ao zelo que deve empregar na elaboração de planilhas de estimativa de preços.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG, expediu as seguintes regras acerca da aplicação dos arts. 6.º a 8.º do Decreto n.º 6.204/07, no âmbito da Administração Pública federal:

Retificação das orientações quanto à aplicabilidade do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas e cooperativas previsto no Decreto n.º 6.204, de 05/09/2007.

1) SIASG: Benefícios previstos pelo Decreto n.º 6.204/07

O Decreto n.º 6.204/07 concedeu tratamento diferenciado (benefício) para ampliar a participação de micro e pequenas empresas nas licitações públicas, constituído por três tipos:

Benefício Tipo I – Contratações destinadas exclusivamente para ME/EPP e Cooperativas (valor estimado em até R\$ 80.000,00);

Benefício Tipo II – Subcontratação de ME/EPP/Cooperativas;

Benefício Tipo III – Reserva de cota exclusiva para ME/EPP e Cooperativas.

Os sistemas SIASG e COMPRASNET estão sendo adequados para viabilizar a operacionalização de compras de acordo com as disposições do supracitado Decreto. Essas adequações iniciam-se no SIDEC, expandindo-se para os demais módulos (SISPP, SISRP, COMPRASNET, etc.).

As informações serão registradas durante a inclusão de aviso (IALAVISO), sendo um dos requisitos o tratamento do benefício pelo edital. Quando o edital contiver o tratamento diferenciado da exclusividade (Benefício Tipo I), deverá ser marcada a opção “SIM” na inclusão dos itens desse edital. Se o edital não contiver benefício, a opção na inclusão dos itens será “NÃO”.

As alterações necessárias para aplicabilidade dos benefícios tipo II e III supracitados estão sendo desenvolvidas no Sistema e, tão logo implantadas, serão divulgadas.

O Benefício Tipo I, consideradas as ressalvas contidas no artigo 9º do supracitado Decreto, que trata das contratações destinadas

exclusivamente para ME/EPP/Cooperativas, poderá ser adotado por item ou por edital de licitação.

Quando a opção em aplicar o benefício for por item, o valor total estimado do item não poderá ultrapassar R\$ 80.000,00. Recomenda-se que, na composição dos itens do edital, deverão ser considerados materiais da mesma “família”, bem como de serviços correlatos, de acordo com os respectivos catálogos.

Quando a opção em aplicar o benefício for por edital, o somatório do valor estimado dos itens não poderá ultrapassar a R\$ 80.000,00. Caso esse somatório ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00, essa licitação não poderá adotar o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas. Não obstante, se esse somatório (ou valor global) for igual ou menor que R\$ 80.000,00, para essa licitação poderá ser adotado o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas, ressalvado o disposto no artigo 9º do supracitado Decreto.

Para os dois casos (benefício por item ou por edital), o edital deverá prever a aplicação da exclusividade ou para todo o edital ou para determinado(s) item(ns), e somente participarão as ME/EPPs/Cooperativas que declararam, no ato de inclusão da proposta, fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na legislação.

A orientação dada anteriormente, que exigia o critério do “subelemento de despesa” deverá ser desconsiderada.

Com relação à formação de lotes (ou “julgamento pelo menor preço global”), prevalece também o somatório estimado de R\$ 80.000,00 para cada edital ou processo de licitação como parâmetro de aplicação ou não do tratamento diferenciado da exclusividade.

Lembramos que a definição do valor estimado é de responsabilidade do órgão contratante. Por meio dos procedimentos de eventos de alteração e reabertura de prazo no SIDEC, o usuário poderá promover alterações nos editais, da mesma forma como são realizadas hoje.

No que diz respeito aos resultados das licitações, módulo SISPP, quando da aplicação do benefício da exclusividade para as modalidades de licitações previstas na Lei 8.666/93, o Sistema somente permitirá o registro do fornecedor vencedor se for uma

ME/EPP ou Cooperativa após a verificação, junto à Receita Federal do porte da Empresa ou Cooperativa. Relativamente ao Pregão Eletrônico, o resultado é encaminhado de forma eletrônica, não cabendo segunda verificação na Receita, vez que nesse tipo de licitação, a identificação do porte da Empresa e/ou Cooperativa acontece no momento do envio da proposta. Os procedimentos mencionados se repetem nas licitações para Registro de Preço (Concorrência e Pregão). Os procedimentos de divulgação de resultado e empenho permanecem inalterados.

COMPRASNET: Tratamento diferenciado – Contratações exclusivas para ME/EPP e Cooperativas, valor estimado em até R\$ 80.000,00.

As informações registradas no SIDEC, sobre a aplicabilidade do benefício mencionado, para o Comprasnet são refletidas de imediato na tela de proposta do fornecedor, que incluiu também as Cooperativas (Lei n.º 11.488 de 15/06/2007) no tratamento diferenciado das ME/EPPs, as quais (cooperativas) passam também a declarar o atendimento aos requisitos do art.3º, da Lei nº 123/2006, para que possam usufruir dos mesmos benefícios destinados às ME/EPPs. Não obstante, o benefício atribuído no edital e no SIDEC será registrado no formulário de proposta (tela) do fornecedor, bem como nas telas do Sistema, em todas as fases do Pregão Eletrônico.

O tratamento diferenciado atribuído (tipo de benefício), além de permear todas as fases da sessão pública, será parte integrante dos procedimentos recursais, adjudicação e homologação.

Quando da aplicação do benefício da exclusividade, tanto para edital quanto para item(ns), o Sistema não permitirá a participação de empresas de médio e grande porte, inibindo o envio de propostas. Os demais procedimentos permanecem inalterados.

Brasília, 24 de Outubro de 2007- Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET

### **3.11 A EXIGÊNCIA DE SUBCONTRATAÇÃO**

Art.7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação

de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando:

I-o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital;

II-que as microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III-que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV-que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e

V-que a empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação.

§ 1º Deverá constar ainda do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I -microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei n.º 8.666, de 1993; e

III-consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

§ 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios.

§ 3º O disposto no inciso II do caput deste artigo deverá ser comprovado no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades.

§ 4º Não deverá ser exigida a subcontratação quando esta for inviável, não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, devidamente justificada.

§ 5º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

§ 6º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

O conjunto normativo do art. 7º não cuida de licitação reservada à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. Faculta à Administração estabelecer a exigência, em licitações abertas a empresas de maior porte, de a empresa contratada subcontratar a execução de partes do objeto do contrato a microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. A subcontratação resulta afastada quando comprovada sua inviabilidade ou prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, ou não demonstrada vantajosidade para a Administração. Mais uma vez, é fundamental o dever de motivar, ficando a cargo do gestor público indicar os elementos de fato e técnicos que embasam a decisão e suas repercussões administrativas, podendo valer-se de pareceres ou orientações técnicas para essa finalidade, não bastando a só menção a uma das hipóteses previstas no art. 7.º, § 4º, do Decreto n.º 6.204/07.

A Lei n.º 8.666/93 trata da subcontratação em seu art. 72, segundo o qual o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Tanto na Lei n.º 8.666/93, como no Decreto n.º 6.204/07, a subcontratação depende de prévia estipulação no instrumento convocatório, por aplicação do princípio enunciado no art. 41 da Lei Geral de Licitações. Veja-se, porém, que os regimes são distintos: na Lei n.º 8.666/93, a iniciativa de subcontratar é do contratado, no curso da execução do contrato, nenhuma restrição havendo ao objeto a ser subcontratado, desde que autorizado pela Administração; no Decreto n.º 6.204/07, a iniciativa é da própria Administração, que a impõe aos licitantes no edital - antes, destarte, de haver contrato -, tanto que se a proposta de um concorrente recusar o dever de subcontratar microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, previsto no edital, a consequência será a desclassificação da proposta (art. 7º, caput), e somente será passível de subcontratação o que o § 2º do art. 7º denomina de “serviços acessórios”.

Caberá ao termo de referência ou ao projeto básico, conforme se trate de compra, obra ou serviço, distinguir quais serão os “serviços acessórios”, conceito jurídico indeterminado que carecerá de determinação no caso concreto. Em projeto básico de serviços de limpeza de prédio, por exemplo, poderá ser acessória a manutenção de um recanto interno arborizado, cuja execução caberia ser subcontratada a pequena empresa ou cooperativa especializada. Mas certamente que serviço acessório não seria o de conservar um jardim de grande dimensão em praça pública, constituindo o próprio objeto integral do contrato. O acessório é sempre secundário e de menor valor em relação ao principal. A não execução de um serviço acessório não compromete, em princípio, a operação do principal, não lhe impondo riscos de interrupção. Esse o núcleo conceitual que deverá presidir as definições que o projeto básico ou o termo de referência levará em conta ao discriminar quais serão os serviços acessórios ao objeto em licitação.

Há, no Decreto n.º 6.204/07, regras delimitadoras da subcontratação, desconhecidas da Lei Geral quando esta cuida do mesmo instituto. São vedações ou restrições específicas do tratamento diferenciado e que não teriam serventia fora de seu contexto. Nenhum sentido haveria em se impor a subcontratação quando o próprio contratado já fosse microempresa, empresa de pequeno porte ou

cooperativa. O direito a ser subcontratada tem por titular essas entidades, com o correspondente dever jurídico de sujeição das empresas de maior porte, quando estas forem as contratadas. Estas é que terão de cumprir a exigência da subcontratação, prevista no edital em favor daquelas. Por isto que o § 1º do art. 7º afirma inaplicável a exigência de subcontratação a microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, a consórcio composto em sua totalidade por essas entidades, ou a consórcio composto parcialmente por elas, com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Eis o perfil da subcontratação no decreto sob análise:

(a) a Administração não pode exigir subcontratação de mais de 30% do objeto contratado, mas pode facultar à contratada exceder desse limite, segundo se estabeleça no edital;

(b) a execução de parte do objeto subcontratado será exclusiva para as entidades de pequeno porte;

(c) a exigência, no instrumento convocatório, da obrigatoriedade de o licitante vencedor subcontratar parte do objeto, constitui critério de aceitabilidade de proposta (art. 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93), tanto que será desclassificada a proposta que a recusar;

(d) cabe à Administração definir, no instrumento convocatório, quais são os serviços acessórios ao objeto em licitação, mas não lhe cabe determinar quais, desses serviços acessórios definidos, serão os subcontratados, nem escolher as subcontratadas; compete ao licitante indicar e qualificar qual(is) microempresa(s), empresa(s) de pequeno porte ou sociedade(s) cooperativa(s) será(ão) subcontratada(s), com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e respectivos valores; no pregão, presencial ou eletrônico, a indicação e a qualificação dessas entidades deverão constar na proposta e serão aferidas como critério de aceitabilidade, sob pena de desclassificação, enquanto que, nas modalidades convencionais da Lei n.º 8.666/93, a indicação e a qualificação deverão constar no envelope n.º 1 (documentação), e serão aferidas como requisito de habilitação; à primeira leitura, a parte final do § 3.º parece confrontar com o caput do art. 7.º, também em sua parte final, mas se conciliam na interpretação de que o ato convocatório exigirá, qualquer que seja a modalidade de licitação, que a proposta indique o percentual do valor total do objeto que será subcontratado a

microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa; a conjunção “ou”, aposta na parte final do § 3.º, c/c o inciso II, do art. 7.º, permite que o edital ou o convite exija a indicação e a qualificação da entidade a ser subcontratada na fase de apresentação da documentação (licitações convencionais); eis questão a ser apreciada com cautela pelo Tribunal de Contas da União, que sempre orientou a Administração Pública federal a abster-se “de exigir em certames licitatórios certificados não contemplados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993” (Acórdão nº 1355/2004 – Plenário), ou “de estabelecer, para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei n.º 8.666/1993” (Acórdão nº 808/2003 – Plenário); a exigência de indicação e qualificação da entidade a ser subcontratada, como requisito de qualificação técnica a ser aferido na fase de habilitação, não se amolda ao permissivo inscrito no art. 30, IV, da Lei nº 8.666/93, que alude a “requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”; aqui, a lei especial seria a Lei Complementar nº 123/06, na qual não se encontra a exigência instituída pelo Decreto nº 6.204/07, que lei não é, muito menos especial; a indagação que provavelmente se colocará perante a Corte de Controle Externo da Administração federal é se caberia considerar que a inovação trazida pelo decreto, não se referindo à qualificação técnica da licitante, mas, sim, à da pequena empresa ou cooperativa que seria por aquela subcontratada, poderia harmonizar-se com a restrição legal; o corolário dessa interpretação seria que a falta do requisito, na documentação da licitante, não implicaria sua inabilitação, porém, apenas, a impossibilidade de vir a subcontratar com quem não teve a sua qualificação técnica previamente demonstrada, nos termos do decreto; a prosperar, a escusa geraria outro embaraço, qual fosse o de que se estaria, então, a impedir a subcontratação, que é o objetivo do tratamento diferenciado, frustrando-se, destarte, o objetivo da lei; aguarde-se a revisão do texto do decreto ou, a ser mantido, a interpretação que lhe dará o TCU;

(e) na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida a documentação atinente à regularidade fiscal e trabalhista das entidades indicadas à subcontratação, em correspondência às exigências estabelecidas no instrumento convocatório; no pregão eletrônico, a verificação dar-se-á segundo o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 25 do Decreto n.º 5.450/05; nas demais modalidades, dita documentação estará no envelope de n.º 1 ou de n.º 2, conforme se trata de modalidade da Lei

n.º 8.666/93 ou de pregão presencial, respectivamente; o decreto exige tal comprovação, sem especificar quais devam ser os documentos, mas convenha-se em que as exigências estabelecidas pela Administração, no que tange à comprovação fiscal das pequenas empresas e cooperativas, devem ser as mínimas indispensáveis à plena e satisfatória execução do objeto; o rigoroso elenco de exigências de habilitação fiscal previsto pela Lei n.º 8.666/93 deve ser reservado às licitações envoltentes de grande volume de recursos ou alta complexidade de execução do objeto a ser licitado; o caso concreto demandará análise em busca da maior competitividade; verificando-se alguma restrição na documentação fiscal – e somente nesta – das entidades indicadas à subcontratação, aplicar-se-á o tratamento previsto no art. 4.º, §1.º, do Decreto n.º 6.204/07; este se omite da hipótese de não apresentação dos documentos que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista da(s) entidade(s) indicadas à subcontratação, todavia a inabilitação será de rigor no momento em que for exigida a apresentação dos documentos (inciso III do art. 7.º), inclusive por simetria com o efeito previsto no inciso IV, para a situação de não se manter a habilitação das entidades subcontratadas durante a vigência do contrato, qual seja o da rescisão;

(f) o instrumento convocatório e o do contrato (art. 55, VII, da Lei n.º 8.666/93) deverão estabelecer, como obrigação da contratada, a de substituir a entidade subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção do vínculo de subcontratação, mantendo-se o percentual de execução originalmente subcontratado até o seu integral adimplemento; o não cumprimento da obrigação dá motivo à rescisão contratual, sem prejuízo das sanções que deverão estar previstas nos referidos instrumentos, assegurada à contratada oportunidade para demonstrar a inviabilidade da substituição; eis outro conceito jurídico indeterminado, a ser determinado segundo as circunstâncias do caso concreto, sendo, porém, de alvitrar-se que o edital e o contrato desde logo descrevam situações factuais que caracterizem a “inviabilidade de substituição”, tal como, por exemplo, a de demandar a execução do objeto subcontratado licença específica do poder público, de que não dispõe a contratada; não configuraria inviabilidade mera dificuldade de recrutamento de pessoal especializado ou de obtenção de material momentaneamente indisponível, dado que esses contratemplos também seriam os que haveria de enfrentar e resolver a subcontratada;

(g) a contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação, o que significa

responder pela integralidade da execução perante a Administração; outro conceito jurídico indeterminado, que deve encontrar definição prévia no projeto básico ou no termo de referência, na medida em que estes descrevam, sendo tal necessário, os métodos e processos de produção ou execução do objeto, com os respectivos indicadores avaliação de qualidade e desempenho.

### 3.12 RESERVA DE COTAS

Art.8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

§2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.

§3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Compra, segundo definido na Lei Geral de Licitações, é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. É negócio jurídico por meio do qual a Administração adquire definitivamente o domínio (propriedade) de determinado bem. A compra gera obrigação de dar, admitindo-se a hipótese de estar vinculada à prestação de serviços acessórios, como, por exemplo, a compra de determinado equipamento que exige assistência técnica do fornecedor.

Ainda para a Lei n.º 8.666/93, serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação,

conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais e obra toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta. Obras e serviços geram obrigações de fazer.

A distinção entre obrigação de dar e obrigação de fazer é relevante por serem diversas as regras jurídicas aplicáveis a cada qual, como se deduz, ilustrativamente, do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, que, em outras palavras, não admite prorrogação de obrigação de dar, mas admite prorrogação de obrigação de fazer, em termos.

Outra aplicação se encontra no art. 15, IV, da Lei n.º 8.666/93, segundo o qual as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade. O parcelamento refere-se ao objeto. A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento do maior número possível de concorrentes. Por isto é possível a inclusão de mais empresas pela cisão do objeto em distintos itens, desde que a cada qual corresponda uma obrigação de dar autônoma.

De acordo com o art. 8.º do Decreto n.º 6.204/07, nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, destinando-a à contratação por entidades de pequeno porte. O art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93 informa que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo<sup>10</sup>.

A ampliação da competitividade também é tratada no § 1.º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93, determinante de que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis,

---

10 Recorde-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “é certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes.” (RESP 474781/DF; Rel. Min. Franciulli Neto, publ. em 12/05/2003).

procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala (quanto maior for a quantidade licitada, menor poderá ser o custo unitário do produto a ser adquirido).

Conforme a Lei n.º 8.666/93, é obrigatório o parcelamento quando o objeto da contratação tiver natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto a ser licitado. O administrador público define o objeto da licitação e verifica se é possível dividir as compras, obras ou serviços em parcelas, que visam a aproveitar as peculiaridades e os recursos disponíveis no mercado.

Após avaliação técnica e decisão de que o objeto pode ser dividido e individualizado em itens, devem ser feitas licitações distintas para cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, preservada, em cada licitação, a modalidade que seria a pertinente para a execução de todo o objeto da contratação, segundo o seu valor global estimado. Assim, se forem realizados um ou mais processos de licitação, devem ser somados os valores de todos os itens para a definição da modalidade licitatória adequada.

Licitação parcelada, a exemplo da licitação por item, decompõe-se em várias licitações dentro de um único procedimento, em que cada parcela é julgada em separado. Nesse sentido a orientação do Acórdão n.º 1331/2003-Plenário, do Tribunal de Contas da União, relator o Ministro Benjamin Zymler, verbis: “A leitura atenta do próprio dispositivo legal transcrito pelo responsável (art. 23, §1º, da Lei n.º 8.666/1993) na parte inicial de sua primeira e segunda intervenções revela que é objetivo da norma tornar obrigatório o parcelamento do objeto quando isso se configurar técnica e economicamente viável. O dispositivo dá um caráter impositivo ao parcelamento na medida em que traz uma obrigação para o administrador público por meio da expressão [...] serão divididas[...].”

A respeito da obrigatoriedade de parcelamento, quando comprovada a sua viabilidade técnica e econômica, tão sedimentado está o entendimento que a Corte de Controle Externo da Administração Pública federal cunhou o verbete 247 e o inseriu em sua Súmula

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras,

serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Tanto o parcelamento como a reserva de cota, na forma estatuída pela Lei n.º 8.666/93 e pelo Decreto n.º 6.204/07, respectivamente, possibilitam a participação de entidades de pequeno porte que se enquadrem nas regras no art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06, podendo preencher os requisitos de disputa para o fornecimento em menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala. Em regra, quando existir parcela de natureza específica que possa ser executada por empresas com especialidades próprias e diversas, ou quando for viável técnica e economicamente, o parcelamento em itens é de rigor, uma vez que seja vantajoso para a Administração.

O art. 8.º, § 1º, do Decreto permite à Administração licitar um objeto sem a reserva de cota, adjudicando-o no todo às entidades de pequeno porte, desde que traga aos autos do processo justificativa que demonstre que o parcelamento é inviável sob aqueles aspectos.

### **3.13 IMPEDIMENTOS À LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA PEQUENAS EMPRESAS, À EXIGÊNCIA DE SUBCONTRATAÇÃO E À RESERVA DE COTAS**

Art.9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I-não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II-o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III-a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV-a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6° a 8° ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V-o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1°, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

O decreto regulamentador da LC n.º 123/06 impõe limites objetivos à prática do tratamento diferenciado em favor de empresas pequenas e sociedades cooperativas. O direito, a elas reconhecido, de participar de licitações exclusivas, de serem subcontratadas e de contarem com cota reservada na contratação de bens, obras e serviços de natureza divisível, torna-se inexistente se colidir com qualquer dos cinco impedimentos expressos nos incisos do art. 9º, a saber:

(a) não haver o mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas, sediadas local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no ato convocatório; a restrição lembra a do art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei n.º 8.666/93, relativamente ao número mínimo de concorrentes que devem comparecer à licitação na modalidade convite, que não poucas controvérsias e dificuldades operacionais acarreta, transformando o convite, não raro, na menos eficiente de todas as modalidades de licitação, de vez que a inobservância do número mínimo resulta na repetição do certame ou em sua possível futura invalidação, com a responsabilização dos agentes recalcitrantes, se descumprido o quorum legal, que, ademais, recebe do TCU interpretação ainda mais restritiva, no sentido de que o número mínimo não é de convidados, mas, sim, de propostas válidas; no regime do Decreto n.º 6.204/07, o critério do quorum mínimo se apresenta acrescido de desafios, a saber: 1º - a presença de dois conceitos jurídicos indeterminados na mesma norma, sendo necessário saber em que consiste “fornecedor competitivo” (aventa-se que seja aquele em condições de ofertar proposta cujo valor esteja abaixo do de mercado, e comprova condições de executar o contrato por esse preço) e empresa “sediada local ou regionalmente” (supõe-se ser aquela cuja sede se situe no município ou na região em que se haverá de executar o objeto do

contrato em licitação); 2º - nos termos em que a norma coloca a questão, a apuração, pela Administração, da existência desse número mínimo é conditio sine qua non para a instauração da licitação, e nem sempre será tarefa fácil proceder-se a esse levantamento prévio, o que acabará por levar a Administração, na dúvida e premida pelo fator tempo, a preferir realizar licitação comum, isto é, sem tratamento diferenciado, e adotada a modalidade que a lei apontar como devida ou preferencial, o que viabiliza a utilização do pregão, presencial ou eletrônico, de vez que este almeja a universalização do acesso às licitações, independentemente da localização do licitante; de toda sorte, fique claro que a existência do número mínimo de fornecedores é condição para a instauração do certame, não se confundindo com exigência de habilitação ou de especificação influente sobre o julgamento de propostas;

(b) o tratamento diferenciado ser desvantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; a norma se vale de outro conceito jurídico indeterminado, qual seja o da contratação desvantajosa ou prejudicial; somente se sabe que a desvantagem ou o prejuízo se relaciona à contratação porque o diz, expressamente, o parágrafo único do art. 9º; não fora assim e seria possível cogitar-se de que a desvantagem ou o prejuízo estaria na execução do contrato, o que tornaria inócuo o conceito, porque, então, somente se saberia de sua incidência ao final do contrato; mas a dicção do parágrafo único não resolve outro problema, qual seja o de que, se a desvantagem é da contratação e decorre de “preço superior ao valor estabelecido como referência”, então somente se saberá de sua existência após a abertura das propostas trazidas pelos licitantes, ao passo que a desvantagem é posta pela norma do art. 9º como impedimento à aplicação do tratamento diferenciado, ou seja, é condição prévia à instauração do certame; não se percebe como seja possível conciliar-se uma condição (desvantagem ou prejuízo), que se opõe à instauração da licitação com regime diferenciado, com o fato de que a mesma condição somente se torna conhecida no curso do procedimento da licitação instaurada; provavelmente, o que a norma do art. 9º, II, gostaria de haver dito, porém não disse, é que não se instaurará licitação com tratamento diferenciado em favor de pequenas empresas e cooperativas, se a Administração, na fase de estimativa do valor de mercado do objeto a ser licitado, verificar que os valores praticados por essas entidades são superiores aos de mercado, em percentual superior àquele que autoriza o empate ficto; tal interpretação faria sentido na medida em que a norma evitaria a realização de uma licitação em

que as pequenas empresas e cooperativas não teriam condições de se beneficiar do tratamento diferenciado, dada a distância entre os preços que praticam e aqueles que o mercado das maiores empresas tem condições de ofertar, mesmo com o handicap do empate ficto; a hipótese não se encaixa, portanto, na conhecida orientação de deixar-se ao critério da Administração o exame da aceitabilidade de propostas de preços superiores ao estimado pela Administração (TCU, Acórdão n.º 64/2004 – Segunda Câmara – “[...] contratar com valores superiores ao orçado, sem justificativa ou comprovação, é falta grave e pode ensejar multa... é admitido, uma vez fixado o valor estimado para a contratação decorrente de ampla pesquisa de mercado, o exame de compatibilidade de preços entre o estimado e a proposta vencedora, desde que devidamente justificado (motivação) pelo pregoeiro ou comissão de licitação”);

(c) caracterizar-se hipótese de licitação dispensável ou inexigível; o tratamento privilegiado é incompatível com as contratações diretas excepcionalmente admitidas nos artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93; o tratamento diferenciado não beneficia as pequenas empresas e cooperativas a ponto de admitir sua contratação sem licitação; se o fizesse, estaria a criar hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo móvel seria tão-só o fato de tratar-se de pequena empresa ou cooperativa, o que discreparia por completo da técnica de configuração das exceções ao dever de licitar, cujo núcleo conceitual é sempre um fato de interesse público, não uma determinada categoria de pessoas, a fraudar o princípio constitucional da impessoalidade;

(d) o custo de o tratamento diferenciado ultrapassar um quarto do orçamento anual; a norma estabelece o limite de contribuição da Administração federal ao implemento da política pública constitucional de dispensar tratamento diferenciado às pequenas empresas, qual seja, 25% do valor global das contratações estimadas pela Administração para cada ano civil, inferindo-se que os demais 75% serão destinados às contratações com empresas de maior porte; não se extrai da norma que a cada exercício seja obrigatório empregar 25% das rubricas orçamentárias próprias para a contratação de bens, obras e serviços em contratos com essas entidades; tal é o teto; as contratações efetivadas podem ficar abaixo de 25%, na medida em que a Administração necessitar de empenhar maior soma de recursos em contratos cuja execução exceda a capacidade e a qualificação das pequenas empresas e cooperativas;

(e) o tratamento privilegiado não for apto a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliar a eficiência das políticas públicas e a incentivar a inovação tecnológica, cláusulas gerais já examinadas.

### **3.14 A VINCULAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**

Art. 10 Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório.

A norma pretende observar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. O primeiro obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (art. 41 da Lei n.º 8.666/93). O segundo precatá que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora ou do pregoeiro (art. 45 da Lei n.º 8.666/93).

No que tange à inserção, no ato convocatório, de regras que reproduzam a disciplina do empate ficto e do desempate, e da preferência de contratação para as pequenas empresas e sociedades cooperativas, introduzidas pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/06, duas recentes decisões do Tribunal de Contas da União relativizam o caráter absoluto que muitos ainda atribuem ao princípio da vinculação ao edital, reproduzido nesse art. 10 do Decreto n.º 6.204/07, a despeito das muitas advertências e ponderações desenvolvidas em sede doutrinária e jurisprudencial, demonstrando que a vinculação é relativa, por ser imperativo distinguir-se entre as exigências formais e as exigências substanciais que o edital pode formular, certo que as primeiras podem ser atendidas de outro modo, sem prejuízo à competição.

Eis a síntese do voto condutor da primeira decisão relativa ao tema:

(Acórdão n.º 702/2007 – Plenário – Relator Ministro Benjamin Zymler – Processo n.º 007.850/2007-5):

16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às

microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n.º 123/2006).

17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte. Destacam-se, neste sentido, os arts. 44 e 45, in verbis:

‘Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.'

18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no instrumento convocatório.

'Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos Art. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993'.

19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá

ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante”.

Segue-se o núcleo do voto condutor da segunda decisão (Acórdão nº 2144/07 – Plenário – Relator Ministro Aroldo Cedraz – Processo nº 020.253/2007-0):

3. Entendo, contudo, conforme consignei no despacho concessivo da cautelar, que tal requisito não se fazia obrigatório. De fato, em uma análise mais ampla da lei, observo que seu art. 49 explicita que os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previstos em seus arts. 47 e 48 não poderão ser aplicados quando “não forem expressamente previstos no instrumento convocatório”. A lei já ressaltou, portanto, as situações em que seriam necessárias expressas previsões editalícias. Dentre tais ressalvas, não se encontra o critério de desempate com preferência para a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido em seus arts. 44 e 45 acima transcritos.

4. A existência da regra restringindo a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

5. Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloquente definido pela doutrina.

6. O tema foi abordado em recente assentada pelo ministro Guilherme Palmeira, que registrou no voto condutor do acórdão 2.473/2007 - 2ª Câmara:

“Compulsando o acervo bibliográfico sobre o tema, destaco, para maior compreensão, os registros contidos nos Estudos Doutrinários sobre ‘O ISS das Sociedades de Profissionais e a LC

116/2003', de autoria do Prof. Hugo de Brito Machado, em que cita o ensinamento de Eduardo Fortunato Bim a respeito:

'O silêncio eloqüente do legislador pode ser definido como aquele relevante para o Direito, aquele silêncio proposital. Por ele, um silêncio legislativo sobre a matéria de que trata a lei não pode ser considerado como uma lacuna normativa a ser preenchida pelo intérprete, mas como uma manifestação de vontade do legislador apta a produzir efeitos jurídicos bem definidos. Ele faz parte do contexto da norma, influenciando sua compreensão.'

7. De fato, somente há que se falar de lacuna quando for verificada, da análise teleológica da lei, ser ela incompleta, carecendo de complementação. Não se vislumbra, na espécie, essa situação. Resta nítido que a lei buscou propiciar uma maior inserção das microempresas e empresas de pequeno porte no mercado de aquisições do setor público, o que se compatibiliza por inteiro com o silêncio eloqüente mencionado.

8. Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos ("proceder-se-á da seguinte forma..."), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixa claro seu caráter autorizativo ("a administração pública poderá..."). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123.

9. Não poderia, portanto, a Comissão Permanente de Licitação da Coordenadoria de Gestão de Recursos Materiais da Universidade Federal da Grande Dourados ter declarado a empresa Excede Construções e Planejamento Ltda. vencedora da tomada de preços 003/2007, sem antes facultar à Telear - Telecomunicações, Eletricidade e Construções Ltda. - ME a apresentação de nova proposta de preços, de forma a dar cumprimento ao art. 45 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Conclui-se que, em matéria de tratamento diferenciado devido às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, a legislação de regência já cuidou de fixar os pontos em que a conduta jurídico-administrativa decorre diretamente da lei, desnecessário que os editais se ponham a repeti-la, bastando referi-la (empate ficto e critérios de desempate). E remeteu para a disciplina das normas reguladoras e dos editais os pontos sobre cujos procedimentos silenciou (licitações exclusivas, exigência de

subcontratação e reserva de cotas). Nestes últimos, é indispensável a tutela normativa dos atos convocatórios. Naqueles outros, bastará à Administração aplicar as normas já traçadas nos textos legislativos.

A dualidade evoca a distinção entre norma geral e norma não-geral.

A primeira (norma geral) é necessária ao cumprimento de princípios e ao estabelecimento de paradigmas de comportamento jurídico-administrativo em todas as esferas e instâncias da Administração Pública; no caso, são as normas que, na LC nº 123/06, estabelecem como deve a Administração proceder para tratar as pequenas empresas e as cooperativas em licitações, quanto ao empate ficto e aos critérios de desempate, mercê dos quais lhes garante preferência; vale dizer que normas do edital não poderão traçar, nesses pontos, roteiro diverso daquele consagrado na lei.

A segunda (norma não-geral) é manejada para ditar os procedimentos que se devem ajustar às peculiaridades de cada organização administrativa, sem, portanto, a pretensão de fixar paradigmas universais; no caso, são as normas do Decreto nº 6.204/07, orientadoras da conduta dos órgãos e entidades que integram a Administração federal, podendo cada Estado e Município editar normas que tratem da mesma matéria de modo diverso.

### **3.15 A DECLARAÇÃO DE SER MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE**

Art.11.Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigida dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.

Parágrafo único. A identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte na sessão pública do pregão eletrônico só deve ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a dificultar a possibilidade de conluio ou fraude no procedimento.

O art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06 considera microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que, tratando-se de microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e, no caso de empresas de pequeno porte, receita bruta superior a esse valor e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), em cada ano-calendário. Não fará jus ao regime diferenciado e favorecido previsto nos artigos 42 a 49 da Lei Complementar a pessoa jurídica que incida nas ressalvas constantes do § 4.º do art. 3.º. Às sociedades cooperativas o art. 34 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, estendeu o mesmo tratamento privilegiado.

O caput do art. 11 determina que será exigida da empresa declaração de que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como micro ou de pequeno porte; por extensão, sociedade cooperativa. A declaração compromete a licitante com as exigências do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e com as regras postas no edital. O propósito da norma é o de dissuadir a aventura de participar de uma licitação, estando a empresa desalinhada da Lei Complementar n.º 123/06, conduta censurável por traduzir locupletamento indevido do tratamento privilegiado instituído somente em favor daquelas empresas.

Questiona-se acerca do momento da apresentação dessa declaração e das conseqüências no caso de descumprimento.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no desempenho do cometimento de que o incumbiu o art. 12, tratou de expedir orientações quanto à aplicação do Decreto n.º 6.204/07, entre elas a de que “somente participarão da licitação as citadas entidades que declararem, no ato de inclusão da proposta, fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na legislação.”

Na modalidade do pregão, na forma eletrônica, segundo o mesmo Ministério, o licitante - microempresário, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa - deverá declarar, em campo próprio do sistema, que atende aos requisitos do art. 3.º da Lei Complementar,

constituindo-se em condição para ser admitido a participar da licitação. A não informação, no campo reservado para essa finalidade, obsta o acesso ao certame.

Na modalidade do pregão, na forma presencial, cuja fase de apresentação de proposta de preço antecede a do exame da documentação de habilitação para contratar, oportuna será a exigência, no instrumento convocatório, de que a declaração do art. 11 do Decreto n.º 6.204/07 se insira no documento e no momento a que se refere o inciso VII do art. 4.º da Lei n.º 10.520/02.

Há controvérsia quanto ao efeito da não apresentação da declaração nessa fase do procedimento: daria causa à inabilitação do licitante ou lhe obsta o acesso ao certame?

Na primeira vertente, argumenta-se que o documento, além de forte conteúdo moral, submete o declarante, se inverídica a declaração, às penas de crime tipificado, além de possível sanção administrativa (impedimento para licitar e contratar com o ente federado, bem como unilateral descredenciamento dos sistemas cadastrais da Administração Pública, por até cinco anos, sem prejuízo de multa).

A segunda compreensão tem a sustentá-la o argumento de tratar-se de condição formal para ingressar no certame, aí descaber a inabilitação, própria para quem foi admitido a participar da competição. Esta a solução adequada. A habilitação/inabilitação se refere ao contrato (o licitante estará ou não habilitado a contratar na medida em que comprove, ou não, regularidade e qualificação em todos os itens exigidos no ato convocatório). Daí ser irrelevante que a fase de habilitação se faça ao início ou ao final do procedimento. Outra é a hipótese de admissão ao certame. Para que a empresa adquira o status de licitante, deve declarar que se enquadra na categoria empresarial a que se destina o tratamento diferenciado. À falta dessa declaração, não poderá sequer ter os seus documentos e propostas recebidos, posto que não faz jus ao tratamento diferenciado que justificaria o seu ingresso na disputa, na presumida qualidade de microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa. A consequência, *ab initio*, deve ser, portanto, a de obstar o acesso ao certame àquele que não declarar o enquadramento na forma da Lei e, por isonomia, conferir-lhe o mesmo efeito nomeadamente previsto no pregão eletrônico.

Seria o caso de indagar se a empresa que não apresenta tal declaração, ou a tem recusada por incidir em uma das vedações do art. 3.º, § 4.º, da LC n.º 123/06, poderia, então, postular o ingresso na disputa como empresa comum, sem direito a tratamento diferenciado. Nenhuma oposição se encontra na legislação a tal possibilidade. Seria recomendável que se fizesse constar em ata a disposição dessa empresa em participar da licitação sem direito ao tratamento exclusivamente devido às microempresas e empresas de pequeno porte, com extensão às cooperativas, desde que admita não se enquadrar como qualquer dessas entidades.

Hipótese diversa é a da comprovação da regularidade jurídica (art. 4.º, XIII, da Lei n.º 10.520/02 e art. 28 da Lei n.º 8.666/93) do licitante, notadamente, no caso, quanto a seu enquadramento como microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. Como requisito de habilitação, o documento que assim o comprove deverá estar no ENVELOPE N.º 2 (na forma presencial do pregão), no ENVELOPE N.º 1 (nas modalidades da Lei n.º 8.666/93), ou nos termos do art. 25, §§ 2.º e 3.º, do Decreto n.º 5.450/05 (forma eletrônica do pregão). Tal documento será a certidão expedida na forma do art. 8.º da Instrução Normativa n.º 103, de 30 de abril de 2007, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, ou documento equivalente, expedido pela Receita Federal, ou, ainda, comprovação mediante consulta ao SICAF.

O art. 11 do Decreto n.º 6.204/07 exige a apresentação da declaração de que as empresas cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa, empresa de pequeno – em especial o art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06 – sem, contudo, estabelecer forma determinada. A eventual falta dessa declaração, inclusive por lapso do licitante, poderá ser suprida pela singela providência de ter-se à mão um modelo padronizado de declaração, que os respectivos representantes assinam na própria sessão – somente poderão firmar a declaração os representantes munidos dos correspondentes poderes.

O instrumento convocatório também pode contribuir para prevenir incidentes, fazendo-se acompanhar, como anexo, do mesmo modelo, de que também disporá o pregoeiro ou a comissão de licitação para atender ao licitante que não a houver trazido. Deverá constar no instrumento convocatório, também, que os licitantes que não desejarem comparecer à sessão, poderão enviar os respectivos envelopes contendo a proposta de preço e a documentação, até a data e horário fixados, e, no mesmo prazo e separadamente, a declaração

do art. 11 do Decreto n.º 6.204/07, devidamente assinada por quem detenha poderes para essa finalidade.

Quanto à determinação, posta no parágrafo único, de que a identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte, na sessão pública do pregão eletrônico, só deva ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a elidir a “possibilidade de conluio ou fraude no procedimento”, denota a mesma preocupação inspiradora do disposto no § 5.º do Decreto n.º 5.450/05, segundo o qual, durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

Antes desses preceptivos, já a Lei n.º 8.666/93 tipificou como crime “Frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” (art. 90).

Não parece ser outro o núcleo do conceito jurídico indeterminado com que se deve classificar a expressão “possibilidade de conluio ou fraude no procedimento”, que arremata a redação do parágrafo único do art. 11. A fraude ou o conluio consistiria em expediente de qualquer espécie, concertado entre licitantes, com o propósito de viciar o resultado da competição em proveito próprio ou de terceiro. Por óbvio que tal expediente se inviabiliza ou resulta grandemente dificultado se os licitantes não souberem quais são os demais concorrentes participantes da disputa.

#### 4 CONCLUSÃO

O cenário retro descrito tenderá a valorizar, nos processos de contratação de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, pontos em que a gestão da Administração Pública brasileira enfrenta problemas crônicos. Como demonstrar, em cada processo, que a contratação dessas entidades atenderá às cláusulas gerais do sistema legal pertinente e estará sintonizada com os conceitos jurídicos indeterminados nele definidos, sem planejamento que contemple a seleção de alternativas de solução, com análise das respectivas relações de custo-benefício e o estabelecimento de indicadores qualitativos e quantitativos, capazes de reduzir riscos e incertezas, direcionar recursos adequados e propiciar condições para a obtenção

de resultados comprometidos com o interesse público, segundo as diretrizes postas no art. 47 da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 1º do Decreto nº 6.204/07?

É de planejamento que se trata, sim, de vez que o Decreto impõe limite objetivo às contratações de pequenas empresas decorrentes de tratamento diferenciado: ao que se extrai de seu art. 9º, IV, a Administração somente poderá comprometer com essas contratações um quarto das verbas orçamentárias, a cada ano civil. Logo, haverá de saber, ao início de cada exercício, quais os contratos cujo objeto poderá licitar segundo as regras do tratamento diferenciado em benefício dessas empresas, cujo valor global não poderá ultrapassar 25% do orçamento.

Pareceres técnicos e jurídicos, relatórios, levantamentos e pesquisas, demais documentos relevantes, tal como referidos no conteúdo obrigatório dos processos administrativos das licitações e contratações (Lei n.º 8.666/93, art. 38, incisos V, VI e XII), deverão retratar a prática cotidiana do princípio da eficiência (CF/88, art. 39, caput, com a redação da EC n.º 19/98), que o direito público, há décadas, vem destacando como o fator diferencial entre a gestão patrimonialista e a gestão de resultados do Estado.

Parta-se da contribuição italiana, que começa nos anos sessenta, com Massimo Severo Giannini (“Sulla formula amministrazione per risultati”), a que se seguiram monografistas de prestígio, como destacado na resenha coordenada por Giancarlo Sorrentino (Diritti e partecipazione nell’amministrazione di risultato, Nápoles, Ed. Scientifica, 2003), aduzindo G. Pastori, na mesma obra coletiva, a identificação da administração de resultado com a anglo-saxônica “performance-oriented administration”. Entre nós, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sumaria estar “implícito que a chave do êxito do controle de resultado ... está preponderantemente na participação, pois a sintonia fina da legitimidade dela necessita para que se não pratique uma justiça abstrata e distante, mas uma justiça administrativa concreta e bem próxima das necessidades das pessoas [...]. É ainda a participação, disciplinada pelo procedimento adequado – e por isso, elemento essencial da assim chamada democracia processual – que concorre para reestruturar o direito pela renovação da relação entre as normas e as pessoas [...]. E, se no passado, no processo administrativo decisório, a discricionariedade tornava supérflua a participação, atualmente, os termos se inverteram e passa a ser a própria discricionariedade que,

para ser adequadamente exercida com o máximo de legitimidade, impõe a participação. Finalmente, e como reforço da tese da ampla participação legitimatória do controle da administração de resultado e de sua importância no Direito Público do século que se inicia, vale lembrar que a doutrina acrescenta-lhe duas outras preciosas vantagens: a primeira, por ser um antídoto ao despotismo da maioria (Sabino Cassese, *Lo spazio juridico globale*. Rev. Trim. Di Diritto Pubblico, 2002, p. 331-332), e a segunda, por inaugurar um novo modo de tomada de decisões nas sociedades pós-modernas, notadamente naquelas ainda vias de desenvolvimento, em que os reclamos de legitimidade são mais prementes, embora menos auscultados” (Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado, III Forum de Controle da Administração Pública, Rio de Janeiro, 08.08.06).

A ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências do interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico). São as técnicas diversas e a experiência pretérita que indicam a ação administrativa superiormente apta a assegurar, essencialmente, prestação, agilidade, economia, rendimento e resposta às necessidades dos usuários. O que pressupõe controle e avaliação de resultados, segundo indicadores pré-estabelecidos e que gerarão informações a serem consideradas no aperfeiçoamento de futuros contratos, base das melhorias contínuas que deve animar todo planejamento.

Sem essa ótica, o tratamento diferenciado desejado pela Constituição da República será ineficiente (relação custo-benefício insatisfatória) e ineficaz (resultados planejados inatingidos). E não apenas nas licitações e contratações.



# COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SEM INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO

*Kaline Ferreira Davi*

*Advogada da União e Mestra em Direito  
Público pela Universidade Federal da Bahia*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Binômio Interesse público primário e interesse público secundário; 3 Indisponibilidade dos interesses públicos e suposta necessidade de intervenção judicial; 4 A Administração pública e o dever de juridicidade como fundamento da autotutela administrativa; 5 Os Instrumentos disponíveis e a falta de acesso a máquina administrativa; 6 Conclusão.

**RESUMO:** O objetivo desse artigo é responder o questionamento em que a Administração Pública adstrita ao princípio da juridicidade administrativa, impõe acerca da obrigatoriedade na apuração e reparação de danos aos particulares por parte do Estado, sem intervenção do Judiciário. Para tanto faz-se necessário analisar qual a dimensão do interesse público tutelável pelo Estado, e até que ponto não se confunde interesse do aparato estatal com o verdadeiro interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Administração Pública. Processo Administrativo. Juridicidade Administrativa. Composição de Litígios.

## 1 INTRODUÇÃO

O Judiciário está abarrotado de ações que envolvem o Poder Público, seja na esfera municipal, estadual ou federal, figurando principalmente como sujeito passivo nas relações processuais. Tal circunstância tanto pode derivar de crescente desrespeito aos direitos individuais, como também da total e absoluta falta de competência para gerir e compor os próprios conflitos no âmbito interno, sem necessitar da intervenção judicial.

Vale notar que a maioria das ações movidas contra os entes federados não foi objeto de pleito administrativo, isso porque, a despeito de estarmos num Estado em processo de democratização, ainda temos um longo e distante caminho entre o cidadão e os centros de poder e de decisão, o que gera ações judiciais com pleitos incontroversos, e que são objeto de contestação e às vezes até mesmo de recurso para instância superior.

Somos de opinião que a maior causa de aumento do contencioso administrativo se dá pela completa ausência de proximidade entre a Administração e os cidadãos, além da falta de meios para concretização da pacificação dos conflitos em âmbito interno, gerando assim o aumento de poder do Judiciário, que é chamado a intervir em todos os casos onde a Administração se mostra omissa.

A questão que se impõe é: o que inspira a Administração quando ela, mediante instauração de devido processo administrativo disciplinar, onde foram apurados os fatos e comprovada a culpabilidade do acusado, demite um servidor público por infração disciplinar grave – homicídio doloso – contudo, não obstante a indubitosa responsabilidade, deixa de reparar os danos causados aos dependentes do cidadão falecido, que têm que se socorrer do Judiciário, mesmo contando com a prova inequívoca da responsabilidade da Administração produzida por ela própria nos autos do processo disciplinar que culminou com a demissão do servidor acusado?

As respostas são escassas e não justificam a solução adotada. Primeiro pode se argumentar que a Administração pode estar defendendo interesse público secundário ao ganhar tempo com a morosidade da Justiça ou apostando numa postulação mal executada pela parte interessada; segundo pode se argumentar que a intervenção judicial se

impõe pela indisponibilidade dos bens públicos, que carecem de uma certeza quanto à responsabilização da Administração. Analisemos as duas argumentações.

## 2 O BINÔMIO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO:

Enfatizando a simbiose entre o Estado e o indivíduo, Eros Grau<sup>1</sup> observa a expressão mais profunda da incompreensão dessa identidade entre os nossos juristas, o que reflete na nossa doutrina, que ainda hoje aceita e propaga a dicotomia do interesse público primário e interesse público secundário<sup>2</sup>. Considera-se que esses supostos interesses públicos secundários legitimam o Estado como sujeito de interesses contrários ao interesse da coletividade, e mesmo cientes dessa anomalia, admite-se a prática da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, privilegiando em alguns casos não o interesse do Estado como verdadeiro interesse da sociedade, mas sim os interesses político-partidários daqueles que detêm o controle estatal.

Segundo lição de Bandeira de Mello<sup>3</sup>, que admite a existência desses interesses públicos secundários, o Estado como pessoa jurídica, capaz de exercer direitos e obrigações, poderá adquirir interesses que lhe são particulares, individuais, que se encerram no Estado como pessoa e esses interesses não terão nenhum caráter público, são os chamados interesses secundários. Acrescenta que para eles serem exercidos deverão coincidir com os interesses primários, que são os típicos interesses públicos.

Utilizando-nos da lição de Marçal Justen Filho<sup>4</sup> que não difere de Eros Grau, conclui-se que nem sempre o público é estatal, pois não é pela titularidade que se classifica um interesse em público, podendo

1 GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258.

2 Resgatando a antiga bipartição entre interesse público primário e secundário, engendrada por Renato Alessi e introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, Barroso identifica o primeiro como "a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social." Já o segundo é caracterizado como "o interesse da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica." BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006. p. 101.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 76.

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37

outros entes, afóra o Estado, titularizarem um interesse público. Contudo, adverte o autor que nem por isso o contrário é verdadeiro, não podendo ser creditado ao Estado um interesse qualquer de natureza não pública.

O que o autor defende é que ao Estado não pode ser atribuído nenhum interesse exclusivamente privado, sob pena de ofensa direta ao princípio republicano. Ele admite a idéia de que o Estado como sujeito de direito tem certas conveniências, que não podem ser consideradas nem como interesse quanto mais quanto público. Exemplificando essas conveniências tem-se a falta de pagamento das dívidas do Estado que conferem um benefício para os cofres públicos, o que não poderá jamais ser entendido como interesse público, mas sim como vantagens alheias ao direito.<sup>5</sup>

Com base nessas lições concluímos acerca desses chamados interesses públicos secundários que eles não passam de opções políticas dos governantes que não coincidem de forma alguma com os interesses públicos. Daí concluir que o Estado é algo externo aos governantes e seus agentes, e só é capaz de legitimar suas opções e decisões quando elas refletirem o verdadeiro interesse público, que nada mais é do que a ordem jurídica ideal almejada pela coletividade – algo mutável no tempo e no espaço e difícil de elucidação abstrata.

Depreende-se do que foi visto até aqui que alguns doutrinadores admitem que o Estado possa titularizar interesses individuais, como se fosse um particular, só estariam impossibilitados de exercer esses direitos na medida em que colidissem com o interesse público primário; já outros doutrinadores afastam a idéia de que o Estado possa agir no exercício de interesses de natureza privada, o que não pode sequer ser denominado interesse, mas sim conveniência egoística da Administração Pública, circunstância que é completamente contrária ao direito.

Para nós, o Estado e sua força exterior capaz de legitimar o poder político e os governantes, como uma ficção criada pelos homens, deixaria de existir quando exercesse a defesa de interesses privados, na condição

5 [...] É imperioso ter em vista que nenhum “interesse público” se configura como “conveniência egoística da administração pública”. O chamado interesse público secundário (ALESSI, ano, página?) ou “interesses da Administração Pública” não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são interesses na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a melhor vantagem possível é validada e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral (JUSTEN FILHO, 2005, p. 38-39).

de sujeito de direito. Ele passaria a ostentar uma existência própria e distanciada dos homens que o criaram. Teríamos admitido uma pessoa autônoma, sujeita de direitos e obrigações próprias e particulares, um leviatã capaz de nos esmagar em prol dele próprio.

A rejeição da existência de interesses públicos secundários parece mais adequada à existência de um Estado despersonalizado e pensado para favorecer o desenvolvimento integral da personalidade humana, como um ser que não existe nele próprio, mas sim em função de um objetivo, a dignidade da pessoa humana. Diante desse raciocínio, as conveniências ou vantagens perseguidas, não seriam próprias do Estado, mas sim do governo que se serve dele, e que nesse momento, estaria se distanciando da legitimidade que o Estado lhe oferece, pois, estaria o governo praticando atos em favor dos seus próprios agentes, interessados em se manter no poder; ou em favor de suas próprias ideologias políticas, o que chamamos usualmente de garantia da governabilidade.

A verdade dogmaticamente divulgada, de que Estado e indivíduo, ou estado e sociedade estão em pólos opostos, é estimulada pela noção do Direito Administrativo, cujos fundamentos ainda estão ancorados no pensamento liberal, e que tem sua razão de ser na defesa do indivíduo em face do Estado. Essa noção inspira nossos doutrinadores até os dias de hoje, e serve para instalar o pressuposto de que há um rompimento tanto entre Estado e indivíduo como no estado e sociedade.<sup>6</sup>

A razão do Estado como o primado da política é a responsável por essa suposta independência ou superioridade do juízo político sobre o juízo moral. Preconizada por Maquiavel essa foi à base de sustentação para o Estado moderno, propagando a existência de uma razão do Estado diferente da razão dos indivíduos ou da coletividade, o que quer dizer que o Estado é livre para perseguir os próprios objetivos sem se importar com preceitos morais que obrigam o indivíduo singular nas suas relações com outros indivíduos.<sup>7</sup>

Tal teoria se afigura completamente incompatível com a idéia de Estado. A entidade estatal deve expressar toda a expectativa que a coletividade faz de seu futuro, deve ser uma esperança de concretização da ordem desejável pelo titular da soberania, para o qual o direito desempenhará um papel de fundamental importância, impondo a

6 GRAU, op.cit., p. 261.

7 BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005. p. 85.

disciplina necessária para orientar os comportamentos individuais até ser alcançada essa finalidade estatal.<sup>8</sup>

Desta forma, não se pode deixar de frisar que a atividade administrativa deve perseguir como objetivo primordial a satisfação de interesses essenciais, definidos esses como os direitos fundamentais consagrados na Constituição, que como muito bem colocou Maria Garcia<sup>9</sup> é por meio da Administração Pública que o Estado adquire realidade e tem razão de ser.

Seguindo a mesma linha, Marçal Justen Filho<sup>10</sup> adverte para a insuficiência de dotar um País de uma Constituição sem constitucionalizar a atividade administrativa de modo a efetivar os princípios nela consagrados, única maneira de ter um Estado democrático com a realização dos valores almejados socialmente. Afinal, a transformação da realidade social depende do desenvolvimento de atividade administrativa, que nada mais é do que a dinamização do Estado.

A par do que foi dito sobre o interesse público e sobre o mal denominado interesse público secundário, que preferimos nos referir como conveniência do aparato estatal, conclui-se que não é adequado a um Estado de direito constitucional, como é o caso do nosso, admitir-se que entes públicos exercitem suas competências para defenderem, sob o manto da legitimidade, opções e vantagens contrárias ao sistema jurídico vigente.

O art. 37 da CF/88 submete a Administração Pública aos princípios da legalidade e da moralidade e no §6º consagra o dever de a Administração ressarcir danos causados pelos seus agentes independentemente da incidência de dolo ou culpa. Assim, o fato de um cidadão que tenha sofrido danos por ato de agente público investido em suas funções – fato incontroverso – somente obter a justa reparação através da via judicial, se afigura contrário ao único interesse que a Administração pode perseguir, que é o interesse público propriamente dito.

Não pode a Administração fazer juízo de oportunidade e conveniência em casos como esse, onde o único interesse público a

8 BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42.

9 Apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, prefácio, p. XXI.

10 JUSTEN FILHO, op.cit., p. 14.

preservar é a dignidade da pessoa humana, que não pode ceder diante de um suposto interesse público egoístico e impossível de ser tutelado pela ordem jurídica vigente.

### **3 INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS E SUPOSTA NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIAL**

A motivação para um regime jurídico diferenciado na seara administrativa advém de imposições éticas, relacionadas à relevância dos valores e necessidades envolvidas, que determinam um tratamento especial quando o interesse em jogo recebe a qualificação de público.<sup>11</sup>

Resta esclarecer quando é que um interesse pode ser qualificado como público. Na lição de Justen Filho<sup>12</sup>, ele deixa de ser privado quando sua satisfação não puder ser objeto de transigência, ou seja, um interesse é público por ser indisponível, por não admitir risco para sua realização.

Diante disso podemos perceber que a tutela desses interesses públicos indisponíveis recai primordialmente na competência da própria Administração, a quem cabe satisfazê-los e nunca contrariá-los, sob pena de abuso de poder. Apenas num segundo momento, quando já se tem indícios de desrespeito ou lesão a esses interesses indisponíveis, é que o Judiciário é chamado a intervir para restabelecer a ordem natural das coisas.

Daí se deduz que a Administração não está proibida de restabelecer, ela própria, uma ordem jurídica que tem o dever de nunca violar. Haja vista que o interesse público indisponível estará exposto a risco quando a Administração se furtar de exercer sua atividade de acordo com os princípios que está adstrita, se igualando a um particular na defesa de seus interesses privados.

Advirta-se que não se prega a ausência de controle judicial, o que com certeza vulneraria a indisponibilidade do interesse público, o que se defende é uma atitude positiva da Administração nos casos em que existe verossimilhança nas alegações do cidadão, que se socorrem do Judiciário muito mais pela barreira anti-democrática posta entre ele

---

11 JUSTEN FILHO, op.cit.

12 Tudo evidencia que a questão não reside num interesse público de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais. JUSTEN FILHO, 1999.

e o ente estatal, do que efetivamente pelo interesse de agir expressado por uma pretensão resistida.

Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>13</sup> ensina sobre a responsabilidade do Estado, que ela representa uma obrigação jurídica de imunizar o patrimônio particular e as liberdades individuais, o que se traduz num dever de restabelecer a situação anterior ao dano porventura perpetrado pela atuação estatal.

#### 4 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O DEVER DE JURIDICIDADE COMO FUNDAMENTO DA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Vários são os autores que há muito defendem a substituição da legalidade administrativa que pressupõe a lei como cerne do regime jurídico-administrativo, para a versão juridicidade administrativa que se mostra muito mais consentâneo com o constitucionalismo, pois rejeita uma idéia meramente formal de direito e justiça, para adotar como pilar básico da vinculação administrativa, a Constituição.

Dentre esses autores citamos Carmen Lúcia Antunes Rocha<sup>14</sup>, Marçal Justen Filho<sup>15</sup> e Gustavo Binbenojm<sup>16</sup>, que pregam em suas obras o término da ênfase da forma sobre o conteúdo, que não é nada menos do que acentuar a importância dos direitos fundamentais para a sustentação de um regime materialmente democrático, o que significa dizer que as regras porventura adotadas no regime administrativo têm sua raiz comum e irrenunciável na Constituição.

É justamente dessa superação de paradigma, que afasta o simples dever de legalidade administrativa para originar o dever de juridicidade da Administração, que surge o outro lado da moeda, o direitos fundamentais do indivíduo em face do Estado.<sup>17</sup>

A responsabilidade estatal tem sua eficácia diretamente proporcional à efetividade do princípio da juridicidade, pois tanto

13 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 254.

14 Ibidem.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.

16 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

17 ROCHA, op.cit., p. 81

um como o outro conciliam esforços para assegurar a integralidade dos direitos fundamentais, sem perder de vista o objetivo maior da Administração que é a satisfação dos interesses coletivos.

É nisso que se fundamenta o dever de autotutela administrativa, tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como um poder, que para ela é decorrência lógica da submissão da Administração a lei e da persecução do interesse público. Afirma a autora que negando à administração o controle de seus próprios atos ela se sujeitará ao controle dos outros poderes – Legislativo e Judiciário – aumentando o ônus do Estado na missão suprema da tutela do direito.<sup>18</sup>

Não há dúvida sobre a possibilidade de autotutela dos atos administrativos, o que está consagrado inclusive pelo Judiciário em duas súmulas do STF a 346 e a 473, ambas admitindo a declaração de nulidade efetuada pela própria Administração quando o ato estiver eivado de vício; bem como a revogação de atos pela Administração quando eles se apresentarem importunos e inconvenientes, ressalvada a apreciação judicial posterior, em todos os casos.

O que verificamos é que nessa autotutela só se menciona a nulidade e revogação de atos administrativos, mas não se fala no dever de reparação dos danos causados aos particulares por ato próprio, sem a necessidade de intervenção do Judiciário. Sabemos que a responsabilidade da Administração está consagrada constitucionalmente, quanto a isso não se questiona, mas a forma de obter essa reparação é algo que também deveria pertencer à seara da autotutela administrativa, até porque assim impõe o princípio da juridicidade.

Seria insuficiente e descabido que a Administração que tem por finalidade a promoção dos valores fundamentais, no momento em que causasse um dano a alguém na persecução dessa finalidade, não tivesse o dever/poder de em âmbito interno, restaurar a situação anterior reparando os danos causados.

Não se pode negar que tal reparação poderia ser questionada posteriormente em esfera judicial, como ocorre com todos os atos administrativos que são passíveis de revisão pelo Judiciário; também o cidadão poderia recusar a reparação oferecida e propor ação judicial, contudo, mesmo existindo todas essas possibilidades, o fato de a Administração criar

---

18 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 600.

um canal de comunicação com o particular e encontrar uma solução sem a obrigatória intervenção do Judiciário, no mínimo, devolverá à sociedade mais confiança na gestão pública de seus interesses.

## 5 OS INSTRUMENTOS DISPONÍVEIS E A FALTA DE ACESSO A MÁQUINA ADMINISTRATIVA

Através do direito de petição previsto no art. 5º, XXXIV, está consagrado como direito fundamental do cidadão o acesso aos órgãos públicos para defesa de direitos e para denúncia contra ilegalidades ou abuso de poder, ocorre que a previsão constitucional é apenas uma norma escrita, um texto para ser transformado em realidade fática pela vontade política.

Calmon de Passos ensina que nenhuma norma, como mero juízo ou enunciado, está dotada de efetividade<sup>19</sup>, o que é uma verdade inegável e ratifica o que se propõe a demonstrar nesse trabalho, que tudo dependerá dos homens, da vontade de por em prática um direito abstrato e sem vida, enquanto resumido a tinta e folha de papel.

Soma-se a isso, a frágil democracia instaurada em nosso País, que facilita a ausência de efetividade dos direitos assegurados normativamente, já que um povo que não tem acesso a educação exerce mal a forma de controle político que detém, e não participa das outras formas de controle previstas em instrumentos mais sofisticados e mal divulgados, como é o caso do direito de petição aos órgãos públicos.

Celso Antônio Bandeira de Mello classifica os países quanto ao seu estágio democrático em três blocos: substancialmente democráticos, aqueles que alcançaram a democracia através de maturação histórica e conquistas políticas; formalmente democráticos, aqueles que acolhem apenas nominalmente em suas constituições os princípios democráticos importados de realidades estrangeiras; em transição para a democracia, aqueles países que se constituem em agentes transformadores, dedicados a suprir de recursos sociais básicos as camadas mais desfavorecidas.<sup>20</sup>

19 PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Jus Navigandi**. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

O Brasil não pode ser considerado um País substancialmente democrático, portanto, ocupará, no máximo, a classificação intermediária, que nada mais é do que uma expectativa para o futuro, deixando-nos conscientes de que hoje temos a maior parte da população sem o mínimo de cultura política que garanta a consciência do poder que detém através da titularização da soberania popular, pilar em que se assenta a democracia.

Comentando condição de povo ativo Friederich Müller afirma que este só existirá quando forem respeitados e praticados os direitos fundamentais individuais e políticos, que para ele não são valores, privilégios ou exceções do poder estatal, mas sim fundamentos jurídicos de uma sociedade libertária. Sem a efetivação desses direitos fundamentais o povo permanecerá como metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade.<sup>21</sup>

Assim, resta evidente que a única maneira de se efetivar o direito de petição em toda a sua plenitude, é regulamentando o dispositivo constitucional e dotando de competência específica alguns órgãos da Administração, que receberão a parcela de poder indispensável para analisar os casos concretos envolvendo Administração e cidadão, para afinal decidir acerca da controvérsia e adotar a melhor solução de acordo com a Constituição, com os princípios e com as leis.

## 6 CONCLUSÃO

A Administração deve exercer suas funções tendo como principal fundamento a promoção dos direitos fundamentais com ênfase a dignidade da pessoa humana, e nunca deve se desviar dessas finalidades para buscar a satisfação de interesses outros que são lícitos apenas para os particulares nas relações regidas pelo direito privado.

A Administração se serve de um regime jurídico privilegiado justamente por objetivar finalidades nobres e indisponíveis, o que tornaria absolutamente injustificável o desvio dessas finalidades e a manutenção dos seus privilégios em detrimento dos particulares.

Nessa esteira de pensamento afastamos a possibilidade da Administração inibir ou negar pleitos incontroversos dos Administrados,

---

21 MÜLLER, Friederich. *Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 63.

se colocando numa posição contrária aos princípios a que está adstrita, especialmente no que tange ao princípio da juridicidade administrativa, que de forma alguma autorizaria o agir egoístico e de cunho privatístico de um ente público.

Nossa proposta é a democratização do acesso aos órgãos administrativos, com a assunção de responsabilidade pela Administração, que, no desempenho da autotutela, diante de provas inequívocas, promova tanto a reparação de danos causados aos particulares, como também a declaração de direitos no âmbito interno, ou seja, na medida do possível, solucione os conflitos e controvérsias geradas no exercício das suas funções, sem a intervenção desnecessária do Judiciário.

## 7 REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Revista Zênite Web Direito Adminisdtrativo**. A intervenção do estado no domínio econômico. Zênite, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade**. 12. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Jus Navigandi**. A democracia e suas dificuldades contemporâneas, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2290>>. Acesso em: 13 fev. 2006.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo? A Questão Fundamental da Democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. 1ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar. 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Direito posto e direito pressuposto**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 258.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

PASSOS, JJ Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público**. Organizador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

# SUSTENTAÇÃO ORAL EM AGRAVO INTERNO E *FAIR TRIAL* NOS JULGAMENTOS COLEGIADOS DOS TRIBUNAIS<sup>1</sup>

*Luciano Pereira Vieira*

*Advogado da União, Vice-Presidente da Comissão da Advocacia Pública (OAB-Maringá/PR),  
Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino/PR.*

---

<sup>1</sup> Trabalho apresentado como requisito para a obtenção do título de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil do Instituto Paranaense de Ensino e no I Congresso Jurídico Integrado de Maringá – CONJURI.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Considerações sobre o devido processo legal (*due process of law*): direito ao fair trial; 3 Das hipóteses de cabimento de sustentação oral perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal; 4 Agravo interno (ou regimental) x sustentação oral: conciliação plenamente possível; 5 Considerações finais; 6 Referências bibliográficas.

**RESUMO:** Apresenta uma análise crítica da possibilidade de sustentação oral em agravo interno pelos litigantes perante os órgãos colegiados dos Tribunais, valendo-se, para tal finalidade, de propostas conciliatórias, dentro da realidade jurisprudencial já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, entre a previsão do artigo 554 do Código de Processo Civil, a autonomia dos Tribunais para regularem a ordem interna dos trabalhos judiciários e a necessidade de observância do devido processo legal, na vertente do *fair trial*.

**PALAVRAS-CHAVE:** Art. 554, CPC; 2 Art. 557. CPC. Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Regimento Interno. 6 Devido Processo Legal. 7 *Fair Trial*. 8 Autonomia dos Tribunais. 9 Decisão Monocrática. 10 Julgamento Colegiado.

## 1 INTRODUÇÃO

A possibilidade de sustentação oral em agravo interno é deveras controvertida na doutrina, muito embora existam reiteradas e sedimentadas manifestações contrárias dos Tribunais pátrios em seus julgados e Regimentos Internos, em especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF).

Entretanto, consoante se pretende demonstrar, a vedação da sustentação oral em agravos internos pelos Tribunais, *em alguns casos*, é equivocada, porquanto viola frontalmente o direito ao procedimento justo ou *fair trial*, faceta do princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law*), implica em cerceamento de defesa em afronta ao artigo 554 do Código de Processo Civil (CPC) e aos artigos 22, inciso I, e 96, inciso I, “a”, da Constituição da República de 1988 (CF/88).

Nessa esteira, o presente estudo pretende apresentar uma análise crítica da possibilidade de sustentação oral em agravo interno pelos litigantes perante os órgãos colegiados dos Tribunais.

Para tanto, valer-se-á de propostas conciliatórias, dentro da realidade jurisprudencial já consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, entre a previsão do art. 554 do Código de Processo Civil, a autonomia dos Tribunais para regularem a ordem interna dos trabalhos judiciários e a necessidade de observância do devido processo legal, na vertente do *fair trial*, mais especificamente no caso em que a sustentação oral seria permitida durante o julgamento colegiado do mérito do recurso interposto junto ao Tribunal, mas que, por ter sido monocraticamente julgado pelo Relator, acaba afastada pelo manejo do agravo interno.

## 2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DEVIDO PROCESSO LEGAL (*DUE PROCESS OF LAW*): DIREITO AO *FAIR TRIAL*

Consoante discorre a mais abalizada doutrina, o devido processo legal é corolário do Estado de Direito Democrático, pois, “a partir da instauração deste, todos passaram a se beneficiar da proteção da lei contra o arbítrio do Estado”<sup>1</sup>.

---

1 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 226.

Tamanha é a importância de sua previsão constitucional que não seria demais considerá-lo o vértice de toda ordem democrática e justa, a ponto de levar o renomado jurista Nelson Nery Junior a destacar que:

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do 'due process of law' para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies<sup>2</sup>.

Fixada essa premissa, impende salientar que o devido processo legal projeta-se não apenas em direção à tutela do processo, como precipitadamente se poderia supor. Na verdade, em seu âmago, estão presentes dois escopos: 1) o devido processo legal em sentido material (*substantive due process*); e 2) o devido processo legal em sentido formal (*procedural due process*)<sup>3</sup>.

O devido processo legal substantivo (ou material), nos dizeres de Luís Roberto Barroso, juntamente com princípio da isonomia, "tornou-se importante instrumento de defesa dos direitos individuais, ensejando o controle do arbítrio do Legislativo e da discricionariedade governamental"<sup>4</sup>. É por meio dele que, segundo André L. Borges Netto:

[...] a Constituição indica a existência de competência a ser exercida pelo Judiciário, no sentido de poder afastar a aplicabilidade das Leis com conteúdo arbitrário e desarrazoado, como forma de limitar a conduta do legislador<sup>5</sup>.

Já o devido processo legal adjetivo (ou formal) nada mais é, na lição de Nelson Nery Junior, do que "a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível"<sup>6</sup>.

---

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

3 Ibid., p. 37.

4 BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 219.

5 NETTO, André L. Borges. A Razoabilidade Constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, v. 2, n. 12, maio 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev\\_12/razoab\\_const.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm)>. Acesso em: 20 ago 2006.

6 NERY JUNIOR, op. cit., p. 42.

Dado o corte metodológico que se propõe (a análise da possibilidade de sustentação oral em algumas hipóteses de julgamento do agravo interno), doravante o presente estudo cuidará apenas desta última dimensão do devido processo legal.

É inegável que todos os postulados necessários para assegurar o direito à “ordem jurídica justa” decorrem do acesso à justiça e do devido processo legal<sup>7</sup>.

Entretanto, muito pouco se fala na doutrina e jurisprudência que a salvaguarda do *procedural due process* está na garantia aos litigantes em processo judicial ou administrativo do desenvolvimento de um procedimento, além de legal, também justo, no qual: 1) todas as etapas de seu desenrolar estão devidamente esclarecidas de forma prévia e equânime; 2) está assegurada a possibilidade de utilização de todos os meios hábeis à sustentação, comprovação ou refutação do alegado; e 3) está garantida a produção de um julgamento célere, sério, firme, imparcial e consentâneo com objetivo pretendido pelas partes e da sociedade (pacificação social).

Não há decisão justa sem processo consubstanciado em um procedimento justo<sup>8</sup>.

É esse direito a um procedimento justo que se convencionou denominar *fair trial*. Afinal, não basta a constituição formal de um processo e o desencadear de atos dirigidos à edição de um provimento administrativo ou judicial final de cunho decisório (pacificador) para que se considere concretizada a previsão constitucional do devido processo legal. É necessário mais:

O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo ‘devido processo legal’, legitime o exercício da função jurisdicional.<sup>9</sup>

7 Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 84.

8 “Compreende-se modernamente, na cláusula do devido processo legal, o direito do procedimento adequado: não só deve o procedimento ser conduzido sob o pálio do contraditório, como também há de ser aderente à realidade social e consentâneo com a realidade de direito material controvertida” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 82).

9 *Ibid.*, p. 84.

É por isso que se convida a discutir eventuais hipóteses, ao menos em tese, de sustentação oral nos julgamentos de agravos internos pelos Tribunais pátrios. Sua desconsideração pode estar ferindo de morte um dos pilares do Estado de Direito Democrático, ceifando as partes litigantes de importante instrumento processual para a manifestação do direito de ação e de defesa.

Em suma: o direito e o respeito ao *fair trial* é essencial à manutenção da ordem jurídica vigente, isto porque é ele quem propicia a consecução/concretização de outros dois nobres princípios constitucionais: o contraditório e a ampla defesa<sup>10</sup>.

Esse também parece ser o entendimento do jurista Leonardo José Carneiro da Cunha. Confira-se:

Em decorrência do devido processo legal, sobressaem os princípios do contraditório e da ampla defesa. Extraem-se do princípio do contraditório a) a necessidade de se dar ciência às partes do atos a serem realizados no processo e das decisões ali proferidas e b) a necessidade de conferir oportunidade à parte de contribuir com o convencimento do juiz ou tribunal.

À evidência, integram o contraditório e a ampla defesa não apenas a necessária ciência às partes dos atos que irão ocorrer e do teor das decisões proferidas, mas também, e sobretudo, a indispensável oportunidade de poderem tentar convencer o juiz quanto ao acerto de sua tese ou quanto à veracidade de suas alegações.

Além da bilateralidade de audiência e de igualdade de oportunidades, o contraditório deve instaurar um 'diálogo' no processo entre o juiz e as partes, garantindo uma atividade verdadeiramente dialética, com que se assegura a prolação de uma decisão justa e, de resto, de um procedimento justo<sup>11</sup>.

---

10 “[...] Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo. Com efeito, não seria um processo civil aquele procedimento em que se conceda audiência a apenas uma das partes, se bem que seja suficiente dar a todas elas a ‘oportunidade’ do contraditório, não sendo necessário que haja ‘efetiva’ manifestação” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Sustentação oral. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), jul./2005, p. 90).

11 CUNHA, op. cit., p. 89.

As partes de um processo têm sempre o direito a um procedimento justo, como elo concretizador do acesso à justiça e da pacificação social dos conflitos. E nisso está incluído o direito de valerem-se de todos os meios processualmente válidos à manifestação de sua pretensão, dentre os quais indubitavelmente está a sustentação oral perante os Tribunais.

Conforme preleciona o jurista alemão Stefan Leible:

[...] el juez tiene el deber, de estructurar el procedimiento de manera tal, como lo pueden pretender de él las partes del proceso civil. Particularmente ello significa, que el juez no puede conducirse contradictoriamente, que le está vedado, derivar prejuicios de errores u omisiones propias para las partes, y que en general está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación.

[...]

También están asegurados por el principio de un procedimiento justo una justa aplicación del derecho de prueba, de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba. Otra expresión del proceso justo radica en la igualdad de oportunidades, que debe ser concedida a las partes.

[...]

También es propio de un procedimiento justo, que se dé en general oportunidad a las partes de expresarse. El derecho a ser oído por el juez, es por ello el más importante principio procesal y una parte irrenunciable de todo orden procesal de un Estado de Derecho<sup>12</sup>.

Fabiano Carvalho, ao enfrentar essa questão, acaba por comungar do mesmo entendimento:

Mauro Cappelletti e Vincenzo Vigoriti ensinam que o direito de ação e defesa não está limitado ao pedido inicial ou à resposta, mas expressa também uma garantia geral do direito de ser adequadamente ouvido durante todo o processo. Cada estágio do processo deve ser estruturado de maneira a propiciar às partes uma real oportunidade de manifestação.<sup>13</sup>

12 LEIBLE, Stefan. **Proceso Civil Alemán**. 2. ed. Medellín: Konrad Adenauer Stiftung; Biblioteca Jurídica Diké, 1998. p. 152-153.

13 CARVALHO, Fabiano. Princípios do contraditório e da publicidade no agravo interno. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e**

Destarte, se a marcha processual estiver produzindo situações de flagrante prejuízo a qualquer das partes litigantes, seja impedindo (ou meramente reduzindo) a possibilidade do uso, a extensão ou a finalidade de qualquer instrumento processual, consubstanciada estará a violação ao *procedural due process*, na vertente do *fair trial*.

### 3 DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE SUSTENTAÇÃO ORAL PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A *sustentação oral* pode ser conceituada como o instrumento processual de veiculação oral da pretensão recursal das partes litigantes perante Tribunais, seja para concretizar seu direito de ação, seja para concretizar seu amplo direito à defesa e ao contraditório, durante a sessão de julgamento do recurso interposto por qualquer das partes, de modo a permitir uma maior proximidade do órgão julgador com a *res in iudicium deducta*.

É “ato de privilégio do advogado para defender categoricamente o recurso a ser julgado na sessão designada pelos Tribunais”<sup>14</sup>, constituindo-se num “direito integrado na ampla defesa da parte”<sup>15</sup> e que “não admite exceção, limitação ou regulamentação cerceadora em regimento interno de Tribunais”<sup>16</sup>, salvo nas hipóteses taxativamente previstas em lei ou consentâneas com os princípios constitucionais.

A possibilidade de utilização da sustentação oral como instrumento processual está expressamente prevista no art. 554 do CPC<sup>17</sup>, o qual dispõe que, em não se tratando de *embargos declaratórios ou*

---

de outros meios de impugnação às decisões judiciais. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

14 NETO, José Salem. Sustentação oral nos Tribunais. *Repertório de Jurisprudência IOB – Trabalhista e Previdenciário*. São Paulo, n. 13, v. 2, p. 393, jul.2004.

15 Ibid.

16 Ibid.

17 A previsão também estava encartada, embora em contornos mais amplos, no Estatuto da Advocacia (artigo 7o, inciso IX, da Lei no 8.906/94). Contudo, o STF, em sede de controle concentrado de constitucionalidade (ADI 1.105-7/DF e ADI 1.127-8/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, DOU 26/05/2006, Seção 1, p. 01), em 17/05/2006, declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo, por reconhecer a impossibilidade de o Advogado fazer sustentação oral após o voto do relator, pois esta etapa já integraria a fase decisória e a sua utilização nesse estágio implicaria em reabertura da fase postulatória, bem como por concluir que o procedimento previsto afrontava “os princípios do contraditório, que se estabelece entre as partes e não entre estas e o magistrado, e do devido processo legal” (Informativo no 427/STF).

*agravo de instrumento*, será permitida às partes, recorrente e recorrido, a ratificação ou reforço pontual de suas razões e contra-razões<sup>18</sup> recursais por meio de sustentação oral nas sessões de julgamento dos recursos interpostos perante os Tribunais.

Contudo, os Tribunais pátrios, na esteira da orientação sedimentada pelo STJ e STF<sup>19</sup>, têm ampliado o rol das exceções legais ao cabimento da sustentação oral em seus regimentos internos<sup>20</sup>, em

18 Em que pese não seja objeto do presente estudo, por oportuno, manifestamos nosso entendimento no sentido de que só será possível à parte recorrida realizar sustentação oral na sessão de julgamento do recurso especial ou extraordinário se tiver apresentado oportunamente contra-razões aos mencionados recursos, pois, do contrário, terá ocorrido a preclusão de sua manifestação, salvo em se tratando de questões cognoscíveis de ofício pelo Tribunal.

Por outro lado, e por razões óbvias, não pode ser objeto de sustentação oral pelo recorrente questões que não foram devidamente prequestionadas perante o Tribunal *a quo*, sob pena de violação ao devido processo legal, por reabrir etapa processual já devidamente consumada e implicar em indevida inovação na via excepcional, malferindo os artigos 102, III, e 105, III, da CF/88 (“causas decididas”).

19 À guisa de ilustração, citam-se m os seguintes julgados: STF: Pet-AgR 2820/RN, Tribunal Pleno, Relator Min. Celso de Mello, DJ 07-05-2004, pp. 07; AI-AgR-ED 457404/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20-02-2004, pp. 22; STJ: EDcl no AgRg no RMS 10.205/BA, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 16.04.2002, DJ 13.05.2002 p. 209; AgRg no Ag 12.608/SP, Rel. Ministro CLAUDIO SANTOS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.09.1991, DJ 04.11.1991 p. 15685; EDCL nos EDCL no AGRG nos EDCL no MS 4.221/DF, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Terceira Seção, julgado em 26.06.1996, DJ 19.08.1996 p. 28422.

20 Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 131. Nos julgamentos, o Presidente do Plenário ou da Turma, feito o relatório, dará a palavra, sucessivamente, ao autor, recorrente, peticionário ou impetrante, e ao réu, recorrido ou impetrado, para sustentação oral [...]”

§ 2º Não haverá sustentação oral nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar”

Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça:

“Art. 159. Não haverá sustentação oral no julgamento de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar”.

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Art. 46. Não haverá sustentação oral no julgamento de remessa oficial, agravo, embargos declaratórios e arguição de suspeição”.

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“Art. 144. Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, embargos declaratórios, arguições de suspeição, incompetência ou impedimento”.

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“Art. 143 - Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, de embargos de declaração e de arguição de suspeição”.

franca afronta ao art. 554 do CPC e arts. 22, inciso I, e 96, inciso I, “a”, da CF/88, pelas razões adiante demonstradas.

É sabido que à União compete legislar privativamente sobre processo (art. 22, I, da CF/88). Assim, ao menos em tese, não poderiam os Tribunais dispor, em seus regimentos internos, *contra* ou *praeter legem*, uma vez que a eles é vedado criar recursos<sup>21</sup> (norma de índole processual), tanto como restringir o alcance destes ou colmatar falsas lacunas em franco prejuízo das garantias processuais das partes.

Na esteira do entendimento supra, basta verificar que o art. 96, I, “a”, da CF/88 reza competir privativamente aos Tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

Destarte, as normas regimentais que vedam a sustentação oral fora das hipóteses contempladas na legislação processual (ou que indevidamente as restringem) ou estão eivadas de ilegalidade e inconstitucionalidade reflexa (art. 96, I, “a”, CF/88), porquanto inobservam a legislação federal relativa às normas de processo e de garantias processuais das partes, *in casu*, o CPC (art. 554), ou, indo mais além, arvoram-se indevidamente de competência legislativa da União, corporificando ofensa direta à Constituição da República de 1988 (art. 22, inciso I).

É certo que o STF consagrou o entendimento, com farto assento doutrinário e jurisprudencial, de que os regimentos internos dos

---

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Art. 128. [...]”

§ 1.º Não haverá sustentação oral no julgamento de agravos, embargos de declaração e de exceção de suspeição”.

Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

“Art. 118. Não haverá sustentação oral no julgamento dos agravos, dos embargos declaratórios, nos incidentes de inconstitucionalidade, nos incidentes de uniformização de jurisprudência, nos conflitos de competência e questão de ordem”.

21 “Os Regimentos Internos dos tribunais (quer federais como estaduais) não podem ‘criar recursos’, sob pena de invadirem a competência privativa da União para dispor, ‘mediante lei’, sobre processo (CF, art. 22, I)” (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso especial, agravos e agravo interno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 314).

Tribunais são *leis materiais*<sup>22</sup>, razão pela qual não haveria a ofensa acima destacada, haja vista os regimentos internos estarem, na hipótese, disciplinando matéria pertinente à organização e à definição da ordem interna dos trabalhos judiciais, o que, sob a ótica da separação e autonomia dos Poderes Republicanos, ser-lhes-iam privativo.

No entanto, essa visão faz despontar para a Corte Suprema uma delicada questão a ser solucionada: “até onde pode ir a lei dispondo sobre o processo, e até onde pode chegar o regimento zelando pela autonomia do poder”?<sup>23</sup>

A resposta dada pelo Pretório Excelso tem sido uníssona, podendo-se valer, portanto, de excerto do voto proferido pelo Ministro Paulo Brossard no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI-MC) nº 1.105-7/DF, da qual foi relator:

A questão não está em saber se o regimento contraria a lei ou se esta prevalece sobre aquele; a questão está em saber se, dispondo como dispôs, o legislador poderia fazê-lo, isto é, se exercitava competência legítima ou se, ao contrário, invadia competência constitucionalmente reservada aos tribunais; da mesma forma, o cerne da questão está em saber se o Judiciário, no campo de sua competência legislativa, se houve nos seus limites ou se os excedeu [...]

Em outras palavras, como o Poder Legislativo, os tribunais têm competência legislativa; reduzida, sem dúvida, delgada ninguém o nega, circunscrita, é claro, mas quando a exercem nos limites da Constituição, a norma por eles editada, sob a denominação de regimento, em nada é inferior à lei, e esta em nada lhe é superior. Andam em esferas distintas, que não se confundem.

Corroborando esse entendimento, a Ministra Ellen Gracie, durante o julgamento da ADI nº 2.970-3/DF, da qual era relatora, destacou a “existência de duas esferas de competência normativa”, distintas e autônomas, extraídas diretamente da Constituição da República e atribuídas, de um lado, ao legislador ordinário, e, do outro,

<sup>22</sup> Acerca da diferenciação entre “leis em sentido formal” e “leis em sentido material”, conferir a Teoria dos Atos Funcionais de Seabra Fagundes (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 21).

<sup>23</sup> Indagação extraída do voto proferido pelo eminente Ministro Paulo Brossard no julgamento da ADI-MC 1.105-7/DF, da qual foi relator.

aos Tribunais, relativamente à matéria pertinente à organização e à definição da ordem interna dos trabalhos judiciários.

Asseverou ainda que:

[...] até a ordem constitucional anterior a que foi instaurada pela Carta de 1988, este fato não causaria espécie, dadas as regras, então existentes, que delegavam aos regimentos a função de editar ‘normas complementares para o processo’ [...] ou mesmo de dispor, no caso do Supremo Tribunal Federal, sobre ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência’ (Constituição de 1967, art. 119, § 3º, c).

Mas com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos respeitarem a reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, art. 22, I), bem como as garantias processuais das partes, ‘dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos’ (CF, art. 96, I, a) [...] Não é o caso, portanto, de se averiguar se as normas de regimento em análise estão em confronto com a lei, mas se poderiam dispor, soberanamente, sobre o assunto em questão [...] <sup>24</sup>.

No desfecho de sua explanação no voto acima aludido, a Ministra Ellen Gracie, citando lição de José Frederico Marques, assentou que o termo “direito processual” abarca não apenas as normas relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual<sup>25</sup>, mas também aquelas normas que visam a compor preceitos regulatórios dos atos destinados a realizar “a *causa finalis* da jurisdição”.

Como se nota, o STF vem, há muito tempo, sedimentando o entendimento de que, no embate entre a lei e o regimento interno (lei em sentido material), aos Tribunais falece competência para editar normas processuais e relativas às garantias processuais das partes, pois estas estariam adstritas à reserva de lei formal, do mesmo modo que estariam os Poderes Legislativo

<sup>24</sup> Esse também é o entendimento do Ministro Paulo Brossard: ADI-MC 1.105-7/DF.

<sup>25</sup> Em nota de rodapé, a Ministra Ellen Gracie informa que o excerto de autoria do jurista Frederico Marques foi extraído da obra “Dos Regimentos Internos dos Tribunais”, in: **Nove Ensaios Jurídicos em Homenagem ao Centenário do Tribunal de Justiça de São Paulo**, Lex Editora, 1975, p. 88.

e Executivo impedidos constitucionalmente de enveredarem-se na edição de atos normativos atinentes ao funcionamento dos Tribunais.

Acontece, porém, que tal entendimento não está sendo aplicado em relação às hipóteses de cabimento de sustentação oral durante o julgamento colegiado dos recursos perante os Tribunais<sup>26</sup>, pois, embora se cuide de norma de índole processual e diretamente relacionada às garantias processuais das partes, os regimentos internos, sob o color de estar se tratando de organização do funcionamento interno do Tribunal relativamente ao ato de julgamento e à ordem de seus serviços, têm inexoravelmente atuado como legislador positivo, reduzindo, fora das raízes constitucionalmente traçadas, a previsão encartada no art. 554 do Código de Processo Civil.

#### 4 AGRAVO INTERNO (OU REGIMENTAL) X SUSTENTAÇÃO ORAL: CONCILIAÇÃO PLENAMENTE POSSÍVEL

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Questão de Ordem (QO) em Agravo Interno (AgRg) no Recurso Extraordinário (RE) nº 227.089-MG (08/06/2000), conforme já destacado, sedimentou o entendimento de que haveria impossibilidade de realização de sustentação oral em agravo interno, porquanto, segundo se decidiu, esse procedimento seria contrário à *ratio* do art. 557, § 1º, do CPC, “tornando inócua a alteração legislativa, cuja finalidade essencial é a de dar celeridade à prestação jurisdicional”.

---

26 Acerca do tema, confira-se: “A sustentação oral, em princípio, estaria afastada não só pela suspensão do item IX do art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB), como também pela regra do art. 554 do CPC, se bem que essa regra só se refere aos embargos declaratórios e ao *agravo de instrumento*. Esse é, sem dúvida, o entendimento predominante nos Tribunais, que não vêm admitindo a sustentação oral no agravo interno. Contudo, ponderáveis razões justificam o posicionamento contrário, especialmente nos casos em que o recurso julgado pelo relator, em decisão monocrática, admite sustentação oral. É que, como acentuado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em voto já referido, ‘o recurso decidido pelo relator é que se devolve ao plenário’. É verdade que o STF, em julgamento que contou com três votos vencidos, entendeu descabida a sustentação oral. Se a sua falta pode até não caracterizar inconstitucionalidade, certo é que, *de lege ferenda*, oportuna seria a sua previsão, para uma maior eficácia do princípio do *contraditório e da ampla defesa* [...] Em suma, seja porque a lei não restringe a possibilidade de sustentação oral, em relação ao agravo interno, seja porque o colegiado, inúmeras vezes, estará apreciando, no julgamento do agravo interno, na verdade, o recurso julgado monocraticamente pelo relator, é indubitável o cabimento da sustentação oral [...]” (ALMEIDA, José Antônio. O agravo interno e a ampliação dos poderes do relator. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). *Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 415-417.

Essa necessidade de uma maior celeridade e racionalização dos julgamentos nos Tribunais<sup>27</sup>, que o art. 557, § 1º, do CPC buscou atingir com a ampliação dos poderes do relator, estava diretamente relacionada com o vertiginoso incremento do volume de processos em sede recursal, muitos veiculando matérias já sedimentadas no âmbito do próprio Tribunal, do STJ ou do STF ou, ainda, não preenchiam os requisitos formais necessários à sua apreciação.

Logo, a espera pela inclusão em pauta de julgamento para a apreciação colegiada das razões de um recurso já fadado ao insucesso representava um verdadeiro contra-senso à presteza da tutela jurisdicional e, tal aspecto, também não havia passado despercebido pelo Superior Tribunal de Justiça, consoante se infere do julgamento proferido no Recurso Especial (REsp) nº 156.311/BA<sup>28</sup>.

É nesse sentido também a manifestação de Estefânia Viveiros:

A morosidade no julgamento pelos Tribunais revelou a necessidade de prestigiar a decisão monocrática do relator, suavizando as congestionadas pautas, que contêm, em sua grande maioria, recursos com teses jurídicas reiteradamente já decididas pelas cortes. Reservaram-se, assim, às pautas, as questões ainda não solucionadas pelos Tribunais e a apreciação das ações de competência originária e, valorizaram-se, por outro lado, os precedentes jurisprudenciais.<sup>29</sup>

27 "PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL PROVIDO MONOCRATICAMENTE PELO RELATOR – POSSIBILIDADE - LEI Nº 9.756/98 - PERMISSIVO DO ART. 557, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC.

I – Evidenciado o dissídio pretoriano, e estando a pretensão recursal de acordo com a jurisprudência sumulada do STJ, está o relator autorizado, através de decisão monocrática, a prover o recurso especial. Inovação trazida com a Reforma do CPC que visa prestigiar a celeridade processual.

II – Agravo regimental improvido”.

(AgRg no REsp 236.341/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.02.2001, DJ 07.05.2001 p. 138).

28 “[...] O ‘novo’ art. do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão colegiado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por essa razão, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no tribunal de segundo grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, através de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas.

Prestigiou-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam direito processual moderno [...] (REsp 156.311/BA, Rel. Min. Adhemar Maciel, Segunda Turma, julgado em 19.02.1998, DJ 16.03.1998 p. 102).

29 VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Op. cit., p. 145, v. 7.

Foi imbuído desse espírito que, por maioria, acabou prevalecendo a tese no STF de que a não oportunização da sustentação oral na hipótese não implicava em ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. O fundamento repousava na tese de que “a norma constitucional não impede a instituição de mecanismos que visem à racionalização do funcionamento dos Tribunais”, bem como por não serem valores absolutos referidos princípios<sup>30</sup>.

Entretanto, em que pese a altivez desse pronunciamento, algumas ponderações merecem ser apresentadas. Afinal, por mais que os julgados do Pretório Excelso estejam acima de qualquer censura e a doutrina não seja fonte do Direito, é forçoso reconhecer nos argumentos doutrinários a função de “mola propulsora” do ordenamento jurídico, na feliz lição de Miguel Reale<sup>31</sup>.

Como ponto de partida, bastaria apontar a falha existente no argumento de que a oportunização da sustentação oral durante o julgamento dos agravos internos, repelida pelos regimentos internos dos Tribunais, iria em sentido contrário à *ratio* da Lei nº 9.756/98, ante a necessidade de *se* “racionalizar o funcionamento dos Tribunais Superiores, desafogando as sessões de julgamento”.

Ora, se assim realmente fosse, a permissão atribuída ao relator para que, nos termos da lei, proceda ao julgamento monocrático dos recursos interpostos perante o Tribunal, em exceção à regra da colegialidade, também se contraporía à invocada presteza jurisdicional. Afinal, é cediço que as decisões monocráticas inelutavelmente têm gerado a interposição maciça de agravos internos, levando a julgamento, nas sessões colegiadas, os processos cuja alteração no art. 557 do CPC buscou-se afastar.

Essa afirmação é facilmente verificada no Boletim Estatístico da Assessoria de Gestão Estratégica do STJ, o qual informa que, em 2006, foram interpostos, no âmbito do Tribunal, 29.896 agravos

---

30 Nesse sentido, verifique-se: “Cabível ponderar, outrossim, que o princípio do contraditório não apresenta valor ‘absoluto’, mas será exercido consoante as regras estabelecidas em lei e de forma a atender outros princípios igualmente relevantes, máxime os da eficiência e celeridade na prestação jurisdicional” (CARNEIRO, op. cit., p. 329).

31 REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 178.

regimentais (26.346 julgados)<sup>32</sup>; em 2007, 42.094 (35.864 julgados)<sup>33</sup>; e, em 2008, levando-se em conta apenas os meses de janeiro e fevereiro, já são 5.265 agravos regimentais interpostos<sup>34</sup>.

Assim, a dita “racionalização dos julgamentos” somente reduziu, em suma, a quantidade de sustentações orais nas sessões de julgamento.

É óbvio que essa tentativa de otimização do ato de julgamento e dos serviços internos dos Tribunais mostra-se significativa para a celeridade da prestação jurisdicional se isoladamente considerada. Contudo, como demonstrado, essa atuação normativa dos Tribunais em matéria de direito processual gerou a indevida supressão de garantia processual atribuída pelo legislador ordinário às partes (art. 554 do CPC), malferindo a matriz constitucional (arts. 5º, LIV; 22, I; e 96, I, “a”, da CF/88).

Esse “prejuízo processual” acima ressaltado pode ser facilmente verificado a partir da manifestação doutrinária do Ministro Francisco Peçanha Martins, do Superior Tribunal de Justiça:

[...] a presença do advogado na tribuna conduz, não raro, ao reexame de votos pré-elaborados pelos relatores e, sobretudo, a um melhor exame pelos componentes da Turma ou Seção. Não foram poucas vezes que tive de proferir novo voto ou emendá-lo diante das ponderações tribúncias do advogado. E não há negar da atenção maior dos julgadores quando na tribuna o causídico.<sup>35</sup>

Em resumo: a prestação jurisdicional não se tornou mais célere e eficiente após a interpretação restritiva lançada à parte final do § 1º do art. 557 do CPC e pela ampliação, via regimento interno, do rol de exceções às hipóteses de sustentação oral nos julgamentos colegiados dos recursos perante os Tribunais, contido no art. 554 do CPC<sup>36</sup>.

---

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Boletim Estatístico**, Brasília/DF, 2006, p. 27.

33 Ibid., 2007, p. 27.

34 Ibid., fev.2008, p. 47.

35 MARTINS, Francisco Peçanha. A reforma do art. 557 do CPC. Inconstitucionalidade e ilegalidade. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 7. ano 3, n. 5, jan.-jun.2000, p. 58 *apud* VIVEIROS, op. cit., p. 150.

36 Essa situação já tinha sido antevista por Estefânia Viveiros, que, ao analisar a ampliação dos poderes do relator pelo artigo 557, já asseverava: “Tem-se em mente que, na prática, o sucesso da ampliação dos poderes conferida ao relator, nos moldes do art. 557 do CPC, dependerá da atuação dos vencidos em anuir

Diante dessa constatação, imperioso se faz demonstrar, dentro da realidade jurisprudencial posta, uma possibilidade de conciliação entre o julgamento colegiado do agravo interno e a utilização da sustentação oral.

Consoante preconiza o § 1º do art. 557 do CPC<sup>37</sup>, contra a decisão monocrática do relator, seja ela denegatória do seguimento do recurso interposto em razão da existência de óbices formais, seja ela de mérito, caberá *agravo*, no prazo de cinco dias<sup>38</sup>, ao órgão competente para o julgamento do recurso<sup>39</sup>.

### E qual seria esse *agravo*?

---

à decisão singular, abstando-se, por conseguinte, de provocar o colegiado pela interposição do agravo interno, quando o relator tenha realmente obedecido aos limites que lhe foram conferidos pelo legislador” (VIVEIROS, Estefânia. Op. cit., p. 151).

37 Art. 557, § 1º, do CPC: “Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento”.

38 Recorde-se que, em se tratando de Fazenda Pública, o prazo será de 10 dias (Artigo 188 do CPC).

39 Acerca dos contornos do artigo 557 do Código de Processo Civil, elucidativo é o acórdão proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp no 567.291/RS:

“PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EXECUÇÃO FISCAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APLICAÇÃO DO ART. 557 DO CPC - AGRAVO REGIMENTAL - MULTA .

1. O julgamento monocrático pelo relator encontra autorização no art. 557 do CPC, que pode negar seguimento a recurso quando: a) manifestamente inadmissível (exame preliminar de pressupostos objetivos);

b) improcedente (exame da tese jurídica discutida nos autos);

c) prejudicado (questão meramente processual); e d) em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do STF ou de Tribunal Superior.

2. Monocraticamente, o relator, nos termos do art. 557 do CPC, poderá prover o recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula do próprio Tribunal ou jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (art. 557, § 1º do CPC).

3. Nas hipóteses de fixação de honorários com base no art. 20, § 4º do CPC, o julgador não está adstrito ao percentual mínimo do § 3º do CPC, cabendo a apreciação equitativa.

4. Descabe a imposição de multa, nos termos do art. 557, § 2º do CPC quando interposto agravo regimental, diante da necessidade que tem a parte obrigação de esgotar a instância para, somente depois, ter acesso à instância extraordinária.

5. Recurso especial provido em parte”.

(STJ, REsp 567.291/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.02.2004, DJ 17.05.2004 p. 191).

Apreciando o tema, o jurista Athos Gusmão Carneiro ressaltou que:

Este agravo apresenta-se, indubitavelmente, como um *tertium genus* relativamente ao agravo retido e ao agravo por instrumento. Difere substancialmente do agravo retido, pois sua eficácia não é diferida para momento processual posterior. E independe de instrumento, pois não exige autos em separado.<sup>40</sup>

Já para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, o agravo interno não configuraria nova espécie do recurso de agravo, senão:

[...] apenas uma maneira de devolver ao colegiado competência que originariamente já era sua e, por isso mesmo, não pode constituir recurso novo, assemelhando-se, nesse ponto, substancialmente ao agravo de que trata o art. 544. [...] O 'agravo' apenas desobstrui a via normal do recurso, permitindo a fluência adequada da irresignação.<sup>41</sup>

José Antônio de Almeida, após analisar detidamente a origem do *agravo*<sup>42</sup>, destaca que essa posição de Marinoni e Arenhart é isolada, pois “o agravo interno é, sim, um recurso, e representa uma espécie do gênero agravo”<sup>43</sup>. Em complemento, Fabiano Carvalho assevera que “esse meio impugnativo deve ser denominado de *agravo interno*, uma vez que se trata de recurso que impugna decisão unipessoal do relator, proferida *internamente* no tribunal. Esse agravo também será julgado *internamente* pelo tribunal”.<sup>44</sup>

40 CARNEIRO, op. cit., p. 313.

41 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 582.

42 “O agravo tem sua origem na *querima*, não há dúvida de que o agravo interno [...] tem sua origem num sucedâneo de recurso, como o classifica Araken de Assis: o agravo regimental. Com efeito, a previsão, nos Regimentos dos Tribunais, da possibilidade de serem revistas as decisões de magistrados com assento na Corte sem dúvida inspirou o legislador, levando-o a instituir o atual agravo interno[...].

Entendo que o termo ‘interno’ designa a circunstância de o relator ‘representar’ o colegiado na decisão monocrática; ele age, sem dúvida, por delegação do colegiado, e assim o agravo devolve ‘internamente’ a questão ao exame daquele órgão colegiado competente, *a priori*, para o exame do recurso. Assim, o agravo é *interno* não só porque ataca decisão do próprio tribunal [...]. É interno também (ou principalmente) porque ataca decisão que caberia ao órgão que o julgará e que foi delegada ao magistrado que proferiu a decisão agravada” (ALMEIDA, José Antônio. op. cit., p. 378-381, *passim*, v. 7).

43 Ibid., p. 329-330, v. 7.

44 CARVALHO, op. cit., p. 103-104, v. 8.

Logo, cabível, na hipótese, o denominado agravo interno (ou regimental) previsto no art. 39 da Lei nº 8.038/90<sup>45</sup>.

Seguindo na explanação, importante recordar que são remansosas a doutrina e a jurisprudência em afirmar que não há previsão, no art. 557 do CPC, de contraditório no julgamento do agravo interno (tanto que nem é obrigatória a sua inclusão em pauta de julgamento<sup>46</sup>), o que afastaria *incontinenti* a obrigatoriedade de franqueamento do uso, pelas partes, da sustentação oral em seu julgamento.

Contudo, o jurista Leonardo José Carneiro da Cunha, embora também reconheça a soberania do entendimento do Supremo Tribunal Federal, enriquece essa discepção ao reconhecer a existência de situações particulares, excepcionais, que abririam flanco ao reconhecimento da possibilidade de sustentação oral durante o julgamento colegiado do agravo interno. Verifique-se:

---

45 “Art. 39. Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar gravame à parte, caberá agravo para o órgão especial, Seção ou Turma, conforme o caso, no prazo de 5 (cinco) dias”.

46 Criticando a ausência de contraditório e de inclusão em pauta de julgamento do agravo interno, Estefânia Viveiros destaca: “[...] a nova feição do agravo interno não prescinde de novas regras procedimentais, sobretudo quando se permitiu ao relator a análise meritória do recurso.

Exige-se, assim, em razão da relevante feição incorporada pelo agravo interno, a revisão dessas normas, quais sejam a inclusão em pauta do recurso e a realização de sustentação oral [...]. O ‘novo’ agravo, repisa-se, não comporta conviver com as antigas regras do agravo ‘regimental’.

Talvez a resistência que ainda se encontra por parte de alguns advogados e, até, de magistrados refere-se à não-inclusão em pauta do recurso de agravo interno –, o que ocorria quando do julgamento do recurso especial, mesmo se restringindo às hipóteses de análise do juízo de admissibilidade –, e a perda da possibilidade da realização de sustentação oral das razões recursais no dia do julgamento do recurso” (VIVEIROS, op. cit., p. 149-150, v. 7).

Acerca do tema, confira-se também Fabiano Carvalho: “Em nosso sentir, o contraditório é absolutamente necessário [...].

A ausência do contraditório no agravo interno implica negar a relação das pessoas que atuam no processo, regulada juridicamente pelas normas do direito processual civil, isto é, da própria relação jurídica processual (relação trilateral), porquanto o agravado é automaticamente expelido do vínculo que o liga ao juiz e ao agravante, de maneira que passa a ser figura meramente ilustrativa dentro do processo.

Outro aspecto que se revela importante e se solidariza com o argumento da necessidade do contraditório no agravo interno é que inexistente atividade exclusiva da parte sem a possibilidade de controle. A resposta do agravado é meio processual adequado a fiscalizar o agravo interno para que esse não se desvie das normas preestabelecidas [...].

A inclusão do agravo interno na pauta de julgamento do tribunal é imprescindível por mais de uma razão: dá publicidade ao julgamento colegiado; permite conhecimento prévio da parte a respeito do julgamento; garante mais confiança e respeito pela decisão colegiada; viabiliza fiscalização do pronunciamento colegiado” (CARVALHO, op. cit., p. 107-110, *passim*, v. 8).

A restrição [...] é inconstitucional, por contrariar os princípios do contraditório e da ampla defesa. Não se revela, porém, admissível, no entendimento da Corte Suprema, a sustentação oral no agravo interno. Sendo o STF o guardião da Constituição Federal e cabendo-lhe fixar o entendimento acerca das normas constitucionais, não há, no entendimento da Corte Suprema, tal inconstitucionalidade.

Incabível, portanto, a sustentação oral no julgamento do agravo interno.

**Há, contudo, uma situação particular que, ao que parece, autoriza a apresentação de sustentação oral.**

Como se viu, é possível ao relator do recurso já lhe negar seguimento se a decisão recorrida estiver respaldada em súmula ou jurisprudência dominante do próprio tribunal ou tribunal superior (CPC, art. 557, 'caput'). De igual modo, é possível ao relator já dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver contrária a súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior (CPC, art. 557, § 1º-A).

Em tais situações, a parte contrária poderá interpor o agravo interno (CPC, art. 557, § 1º), daí se seguindo a decisão colegiada. Nesse caso, o colegiado, ao apreciar o agravo interno, estará, em verdade, julgando o recurso. Imagine-se, por exemplo, que o relator, aplicando o art. 557 do CPC, já negue seguimento ou já dê provimento a uma apelação. Interposto o agravo interno, o colegiado irá, no seu julgamento, apreciar a apelação. Ora, se cabe sustentação oral em apelação, será no julgamento desse agravo interno, cabível a sustentação oral.<sup>47</sup>

Nessa esteira, encontram-se também os juristas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, os quais chamam novamente a atenção para o fato de que a decisão do relator submetida à apreciação do colegiado pela interposição do agravo interno poderá representar, em muitas hipóteses, o julgamento do recurso originariamente apresentado, razão pela qual não haveria, nesses casos, como se obstar a realização de sustentação oral.

---

<sup>47</sup> CUNHA, op. cit., p. 101-102.

Ante a solidez dos argumentos apresentados, oportuna se mostra a transcrição do excerto donde se extrai essa máxima:

Desde logo, partindo-se da premissa acima lançada, não é possível aceitar-se a tese de que no julgamento desse ‘agravo’ é incabível a sustentação oral. Ora, esse ‘agravo’ não se confunde com alguma espécie de agravo de instrumento, nem é ele que será julgado, ‘de forma principal’, pelo colegiado. O ‘agravo’ apenas representa a manifestação de vontade da parte, no sentido de que o recurso inicialmente apresentado (e originariamente endereçado ao colegiado) seja submetido à apreciação do órgão coletivo originariamente competente. Visto sob esse prisma, não é possível esquivar-se da conclusão óbvia de que aquilo que será examinado, prioritariamente, pelo colegiado, será o recurso inicialmente interposto, não havendo motivo para impedir-se à parte (desde que esse recurso o comporte) o uso da faculdade de sustentar oralmente suas razões<sup>48</sup>.

Dessa forma, exsurge cristalina a hipótese que se pretende sustentar. Em se cuidando de julgamento colegiado de agravo interno manejado contra decisão monocrática que tenha adentrado no mérito do recurso interposto contra acórdão do Tribunal *a quo*, seja para dar ou negar-lhe provimento, seja para negar-lhe seguimento, à exceção de embargos declaratórios ou agravo de instrumento (art. 554 do CPC), caberá sustentação oral da tribuna da sessão.

Em consequência, e por exclusão, os demais agravos internos interpostos em face das decisões monocráticas denegatórias do seguimento do Recurso Especial (REsp), do Recurso Extraordinário (RE) ou dos Embargos de Divergência em REsp ou RE, por óbices formais, não comportariam sustentação oral da tribuna, visto que iriam, nesses casos, indubitavelmente, contra a *ratio* contida na alteração legislativa engendrada no art. 557 do CPC, cuja finalidade essencial foi racionalizar os julgamentos dos Tribunais e dar celeridade à prestação jurisdicional, consoante preconizou o Supremo Tribunal Federal, acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nessa esteira, a compatibilização proposta teria o condão de concretizar e dar efetividade ao *fair trial* para os litigantes em juízo. Afinal, em havendo essa compatibilização, as partes não estariam irrestritamente impedidas da utilização da sustentação oral quando do julgamento de

48 MARINONI;ARENHART, op. cit., p. 582-583.

agravos internos, já que esta seria permitida, excepcionalmente, durante o julgamento colegiado do mérito do recurso interposto originariamente (do “recurso principal”).

Criticando a posição encampada pelo STF, no julgamento da Questão de Ordem em AgRg no RE nº 227.089-6/MG, em que restou vencido, o Ministro Marco Aurélio assim se manifestou em seu voto:

Só se afasta a sustentação, no que se prevê a consequência do provimento do agravo, naquela hipótese de negativa de seguimento.

[...] a sustentação oral, se admitirmos a tese do Relator, terá um sabor lotérico. Distribuído o recurso extraordinário a um juiz da Corte que aplique rigorosamente esse preceito, não haverá sustentação oral da tribuna; distribuído a outro que tenha uma visão mais flexível e dê seguimento, entrando o recurso em pauta da Turma, haverá sustentação da tribuna.

E não há que se falar ainda que a mudança de entendimento burocratizaria ainda mais os julgamentos, sob o fundamento errôneo de que haveria necessidade de inclusão em pauta de julgamento dos agravos internos que, ao menos em tese, permitissem a utilização da sustentação oral a fim de que as partes litigantes pudessem realmente valer-se dela.

Esse argumento não se sustenta, pois o § 1º do art. 557 do CPC afastou a necessidade de inclusão em pauta de julgamento<sup>49</sup> dos agravos internos ao fixar que, se não houver juízo de retratação, o Relator apresentará o processo em mesa<sup>50</sup>, proferindo voto.

49 Em sentido contrário: “Athos Gusmão Carneiro, escrevendo desta vez após a edição da Lei 9.756/98, insiste na necessidade de publicação da pauta, com argumentação algo semelhante: *a inclusão do agravo interno em pauta parece-nos obrigatória* para ciência e comparecimento dos advogados, máxime nos casos em que o julgamento singular tenha sido *de mérito*, ante a possibilidade de que o colegiado, em negando provimento ao agravo e, pois, confirmando a decisão do relator, venha a prolar *acórdão de mérito*” (ALMEIDA, op. cit., p. 419, v. 7).

50 “Nada obstante a alteração operada pela reforma, a norma não ficou livre das críticas. Barbosa Moreira afirma que ‘apresentar o processo *em mesa* significa, na linguagem forense, levá-lo à apreciação do colegiado com dispensa de inclusão em pauta previamente publicada. Quer dizer: o agravado, a quem beneficiaria a decisão do relator, arrisca-se a passar de vencedor a vencido sem prévio conhecimento de tal possibilidade – a não ser que haja tomado a iniciativa particular de proceder a uma permanente fiscalização pessoalmente ou por preposto, junto ao órgão competente, para verificar se se interpôs agravo ou não” (CARVALHO, op. cit., p. 110, v. 8).

A inclusão em pauta, apesar de não ser compulsória ao Tribunal, quando requerida, tem sido plenamente atendida. Além disso, acaso houvesse mudança do entendimento jurisprudencial quanto ao cabimento da sustentação oral em agravo interno, a ciência da parte interessada quanto ao julgamento do recurso poderia ser obtida de outras formas, tudo a depender do grau de diligência do patrono da causa.

Nesse passo, seria recomendável, por exemplo, que, *sponte propria*, a parte interessada se valesse do sistema eletrônico de acompanhamento de processos (*Sistemas Push*) disponibilizados pelos sítios dos Tribunais, haja vista ser comum a expedição de comunicados eletrônicos quanto à *apresentação em mesa* dos recursos a serem julgados, como tem feito o Superior Tribunal de Justiça.

Recorde-se, contudo, a pacífica orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as informações processuais prestadas por sítios eletrônicos da Justiça, ainda que se ressememem de credibilidade, não são dotadas de caráter oficial, amparado em Lei<sup>51</sup>. Logo, essas informações são meramente informativas às partes e não vinculativas aos Tribunais, muito embora o advento da Lei nº 11.419/2006 acene para uma modificação desse quadro num futuro próximo<sup>52</sup>.

Assim, com a adoção de tais precauções, poderia a parte interessada, se já não o tivesse feito nas suas razões recursais de agravo interno (ou no caso de a parte interessada ser a recorrida), em não ocorrendo juízo de retratação por parte do relator da decisão monocrática guerreada, comparecer à sessão de julgamento do recurso e manifestar seu desejo na realização de sustentação oral ou, se preferisse (já que desnecessário), efetuar *protocolo antecipado* do pedido de sustentação oral. Além disso, não seria demasiada a distribuição de memoriais escritos aos gabinetes dos Ministros que participarão do julgamento a fim de realçar ainda

---

51 Acerca do expendido, confirmaram-se os seguintes julgados do STJ: REsp 572.154/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.05.2004, DJ 14.06.2004 p. 174 e REsp 514.412/DF, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 02.10.2003, DJ 09.12.2003 p. 285.

52 Observe-se, também, que recentemente o Superior Tribunal de Justiça decidiu que havendo pedido expresso de sustentação oral, a defesa da parte interessada deve ser intimada ou a ela deve ser dada ciência da data do julgamento, ainda que por meio da página eletrônica do Tribunal. Caso isso não ocorra, o julgamento é nulo de acordo com o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), seguindo precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 93.557/AM, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19.02.2008, DJe - Edição 104, Brasília, Disponibilização: 18.03.2008, Publicação: 24.03.2008).

mais a importância e a necessidade de sustentação oral durante o julgamento do agravo regimental e, dessa forma, induzir a suscitação de “Questão de Ordem” por algum dos julgadores.

Paralelamente, apenas à guisa de convite à indagação, esse *protocolo antecipado*<sup>53</sup> do pedido de sustentação oral poderia até mesmo servir, em eventual mudança de entendimento jurisprudencial, como materialização da recusa, caso restasse afastada a sustentação oral em hipótese compatível com o julgamento colegiado do agravo interno.

Em se concebendo esse entendimento, outra indagação poderia surgir: qual o procedimento a ser adotado pelo Advogado na sessão de julgamento do agravo interno?

Partindo do norte apresentado mais uma vez pelo Ministro Marco Aurélio (STF) no despacho proferido na Reclamação nº 2.398-2, “a sustentação independe, nos casos em que admitida, de requerimento cabendo ao profissional da advocacia, realizado o pregão, assomar à tribuna e ao Presidente da Sessão dar-lhe a palavra”<sup>54</sup>.

Assim, realizado o pregão, o causídico da parte interessada em sustentar oralmente suas razões ou contra-razões recursais, em tese, deveria dirigir-se à tribuna e pedir a palavra ao Presidente da Sessão. Em lhe sendo deferida, o rito seguiria a previsão do art. 554 do CPC. Por outro lado, não sendo permitida a sua utilização pelo Presidente e havendo dissonância de entendimento com algum outro Membro da Turma ou Seção, a divergência deverá ser solucionada em *Questão de Ordem*<sup>55</sup>.

Em não sendo permitida a sustentação oral em qualquer das hipóteses excepcionais apontadas, haveria violação ao princípio

---

53 Note-se que o *site* do Superior Tribunal de Justiça (seção: “Sala de Serviços Judiciais”) permite a solicitação *on line* de pedidos de preferência de julgamento e de sustentação oral. Entretanto, por força do já mencionado artigo 159 do RISTJ, o sistema não permite o registro da solicitação de sustentação oral em agravo regimental, razão pela reiteramos a precaução de apresentar o desejo de valer-se da sustentação oral no bojo das razões do agravo interno ou, em caso de não tê-lo feito oportunamente ou em se tratando da parte *ex adversa*, por meio de petição simples perante o órgão julgador.

54 Cf. CUNHA, Op. cit., p. 95.

55 A invocação de *Questão de Ordem* somente é permitida aos membros do Órgão Julgador, ao passo que ao Advogado só lhe é garantida a invocação de *Questão de Fato* para esclarecer dúvida ou equívoco surgidos em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento (ou replicar injúrias e acusações), nos termos do artigo 7º, X, da Lei nº 8.906/94. Daí a importância da prévia distribuição de memoriais escritos aos gabinetes dos Ministros integrantes do órgão julgador do agravo interno.

constitucional do devido processo legal, na sua faceta denominada *fair trial*, porquanto estaria corporificada a afronta ao procedimento justo.

Outrossim, em havendo dúvidas sobre o cabimento ou não da sustentação oral na hipótese *in concreto*, deve-se levar a cabo a máxima externada no voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio no julgamento da Questão de Ordem em Agravo Interno (ou Regimental) no RE nº 227.089-6/MG: diante de situações ambíguas, deve-se decidir viabilizando-se, à exaustão, o direito de defesa.

Alcançado este ponto na exposição, importante ressaltar a atualidade e a razoabilidade da discussão estampada no tema em testilha.

Athos Gusmão Carneiro, na nota de rodapé nº 2 da p. 329 da obra *Recurso Especial, Agravos e Agravo Interno*, ressalta ter sido enviado pelo Executivo ao Congresso, em dezembro de 2004, projeto de lei que “prevê, no relativo aos agravos internos, sua inclusão em pauta e, ainda, o direito da parte à ‘sustentação oral’ quando a decisão houver apreciado o mérito da causa”<sup>56</sup>.

Trata-se do Projeto de Lei nº 4.729, de 27/12/2004, que acresce parágrafos aos arts. 552 e 554 do Código de Processo Civil, atribuindo às partes, igualmente, o direito à sustentação oral no julgamento de agravo interno contra a decisão que, nos termos do artigo 557 do *CPC*, *haja decidido o mérito da causa*. Além disso, referido Projeto de Lei prevê a possibilidade de inclusão em pauta de julgamento do agravo interno interposto contra a decisão do relator, caso não ocorra sua apreciação nas duas sessões ordinárias subsequentes à sua interposição e assim o requerer qualquer das partes<sup>57</sup>.

Como se nota, embora a jurisprudência do STJ e do STF aparente ter colocado uma *pá de cal* sobre o assunto, o Poder Legislativo dá sinais de ter notado possível desvirtuamento da finalidade encartada na alteração legislativa empreendida no art. 557 do *CPC*, motivo pelo qual pretende deixar, ao menos em tese, mais clara sua pretensão originária<sup>58</sup>.

<sup>56</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 329.

<sup>57</sup> A íntegra do Projeto de Lei nº 4.729/2004 pode ser obtida junto ao Portal da Câmara dos Deputados Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>.

<sup>58</sup> Uma prova disso é a existência do Projeto de Lei nº 1.823/1996, o qual altera a redação do art. 554 do *CPC*, passando a permitir sustentação oral em toda e qualquer espécie de recurso. A íntegra do referido

Enquanto essa mudança de postura jurisprudencial ou normativa não se opera, somente cabe esperar que os Tribunais pátrios, quando se depararem com uma das situações excepcionais apresentadas neste trabalho como compatíveis ao cabimento da sustentação oral em agravo interno, ao menos dêem efetiva aplicação à parte final do §1º do art. 557 do CPC, possibilitando o seguimento do recurso principal (REsp, RE ou Embargos de Divergência) para sua apreciação colegiada pelo Órgão Julgador originário, com a conseqüente inclusão em pauta de julgamento a fim de ensejar às partes a apresentação, se desejarem, de memoriais escritos e sustentação oral de suas razões recursais, nos moldes empreendidos pelo STJ no julgamento do AgRg nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 189.358/SP<sup>59</sup>.

Um sinal identificador da existência de espaços para mudanças de entendimento foi aventado recentemente no julgamento do AgRg nos EREsp nº 628.806/DF (Caso VARIG S/A). Na oportunidade, o Ministro Castro Meira (25/04/2007<sup>60</sup>), relator do recurso, ao analisar o requerimento da UNIÃO<sup>61</sup> de sustentação oral pelos mesmos fundamentos apresentados neste estudo, acenou em seu voto com uma singela possibilidade de modificação de entendimento da Corte quanto às hipóteses de cabimento da sustentação oral em agravos internos ao invocar a manifestação de seus pares, da Egrégia Primeira Seção do STJ, em relação ao tema veiculado nas razões recursais, ante o vultoso interesse público que estava em jogo naquele julgamento. Verifique-se:

Embora não exista previsão regimental para sustentação em agravo, diante do enorme interesse público subjacente à lide, submeto o requerimento à Seção.

Em que pese a tese sustentada tenha saído vencida, é inegável a importância do avanço contido nesse pequeno gesto, mormente levando-

---

Projeto de Lei pode ser obtida junto ao Portal da Câmara dos Deputados . Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br>>

59 Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal considerou que no julgamento de agravo interno impugnando a aplicação do art. 557, do CPC, “havendo discrepância de votos, o agravo deve ser provido para que o recurso extraordinário venha ao colegiado e as partes tenham direito à sustentação oral, à distribuição de memoriais, isto é, à instrução do processo” (RE 363.777 AgR/RS, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 11.12.2007, Ata no 37/2007, DJe no 20, divulgado em 06/02/2008).

60 Acórdão publicado no Diário Oficial da União de 06/08/2007.

61 Referidas razões recursais foram elaboradas e apresentadas pelo autor deste artigo junto ao Superior Tribunal de Justiça, durante o período em que atuou na Procuradoria-Geral da União, em Brasília/DF.

se em conta que o eminente Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 86.186/GO (DJ nº 100, de 15/05/2007<sup>62</sup>), recentemente manifestou seu entendimento de que, embora a sustentação oral não seja essencial à defesa, essa *não é uma verdade absoluta*, “em razão da possibilidade concreta de violação à efetivação do direito constitucional de defesa”, bem como pelo fato de que “a sustentação oral fundada em argumentos consistentes, não raras vezes pode contribuir na defesa do acusado”.

Essa manifestação, embora proferida no julgamento de um *habeas corpus*, pode ser perfeitamente estendida aos processos cíveis. Afinal, tanto num como noutro caso, o que permite a conclusão quanto à importância da sustentação oral para a defesa de uma tese, seja do recorrente, seja do recorrido, é a observância estrita do devido processo legal que, em sua maior feição, revela-se para os litigantes na faceta do procedimento justo (*fair trial*).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cabe ressaltar, por fim, que não importa o *nomen juris* que se atribua ao julgamento. Se a decisão monocrática impugnada adentrar no mérito do REsp, do RE ou dos Embargos de Divergência em REsp/RE, deveriam os Tribunais pátrios, na linha das razões apresentadas, permitir sustentação oral no agravo interno manejado, porquanto o que se estará julgando, em verdade, não será outra coisa senão o próprio REsp, o RE ou os Embargos de Divergência em REsp/RE, agora em decisão colegiada (acórdão).

Por outro lado, se a decisão monocrática vergastada estiver relacionada apenas a óbices formais de admissibilidade do REsp, do RE ou dos Embargos de Divergência não caberá sustentação oral, pois entendimento contrário macularia, sem dúvida, a *mens legis* (celeridade processual/racionalização dos julgamentos) que ensejou a introdução/modificação do art. 557 do CPC, na esteira dos argumentos delineados atualmente pelo STJ e pelo STF.

Nesses casos, não haveria violação a princípios constitucionais. Afinal, a ampla defesa e o contraditório estariam garantidos pela possibilidade conferida a ambas as partes de manejo do agravo interno e de embargos de declaração, os quais obrigatoriamente deverão

62 Cf. Notícia veiculada no *site* do Supremo Tribunal Federal: “15/05/2007 – 20:58 – STF defere *habeas* para acusado de porte ilegal de arma de fogo”.

demonstrar a inexistência do óbice formal apontado (desacerto da decisão monocrática) e a conseqüente usurpação pelo relator do julgamento colegiado (violação ao artigo 557 do CPC).

Em havendo decisão monocrática com julgamento do mérito, na esteira da mudança de orientação jurisprudencial que apreçoamos, deve o Advogado assomar à Tribuna e solicitar a sustentação oral de sua pretensão recursal perante o Presidente da sessão.

Ocorrendo divergência quanto ao seu cabimento entre os Ministros presentes à sessão de julgamento, a questão deverá ser solucionada via Questão de Ordem, incidente este cuja suscitação é de atribuição exclusiva dos Membros do Órgão Julgador.

Em suma: não permitir a manifestação de qualquer das partes, por meio de sustentação oral, no julgamento de Agravo Interno manejado contra decisão monocrática que adentrou no mérito do Recurso Especial, do Recurso Extraordinário ou dos Embargos de Divergência em REsp/RE, os quais originariamente a admitem, implica em cerceamento de defesa, violação ao devido processo legal, ao artigo 554 do CPC e aos arts. 22, inciso I, e 96, inciso I, “a”, da CF/88.

Afinal, a supressão de instrumento de defesa/argumentação indispensável ao deslinde da demanda fere de morte os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, este último na vertente do procedimento justo (*fair trial*), conforme se destacou ao longo desta perquirição.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Antônio. O agravo interno e a ampliação dos poderes do relator. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. v. 7 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 375-435.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção I, p. 01.

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Seção I, p. 01.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990. **Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 mai. 1990. Seção I, p. 010159.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.756, de 17 de dezembro de 1998. **Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 dez. 1998. Seção I, p. 01.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 1.823, de 24 de abril de 1996. Altera a redação do artigo 554 do Código de Processo Civil que dispõe sobre a sustentação oral de recurso. **Diário da Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, 15 mai. 1996, p. 13.588.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 4.729, de 27 de dezembro de 2004. **Acresce parágrafos aos arts. 552 e 554 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao julgamento de agravos**. Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF, 17 fev. 2005, p. 853.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Boletim Estatístico**, Brasília/DF, 2006.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Boletim Estatístico, Brasília/DF**, 2007.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Gestão Estratégica. Coordenadoria de Gestão da Informação. **Boletim Estatístico**, Brasília/DF, fev.2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 189.358/SP**, Terceira Seção, Brasília, DF, 09 ago. 2000. Diário da Justiça da União, 04 set. 2000, p. 120.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 628.806/DF**, Primeira Seção, Brasília, DF, 25 abr. 2007. Diário da Justiça da União, 06 ago. 2007, p. 451.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 93./DF**, Quinta Turma, Brasília, DF, 19 fev. 2008. Diário da Justiça Eletrônico do STJ nº 104, Disponibilização: 18 mar. 2008, Publicação: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 156.311/BA**, Segunda Turma, Brasília, DF, 19 fev. 1998. Diário da Justiça da União, 16 mar. 1998, p. 102.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 514.412/DF**, Terceira Turma, Brasília, DF, 02 out. 2003. Diário da Justiça da União, 09 dez. 2003, p. 285.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 567.291/RS**, Segunda Turma, Brasília, DF, 19 fev. 2004. Diário da Justiça da União, 17 mai. 2004, p. 191.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 572.154/PR**, Primeira Turma, Brasília, DF, 06 mai. 2004. Diário da Justiça da União, 14 jun. 2004, p. 174.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.970-3/DF**, Pleno, Brasília, DF, 20 abr. 2006. Diário da Justiça da União, 12 mai. 2006, Ata nº 14/2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 86.186/GO**, Segunda Turma, Brasília, DF, 15 mai. 2007. Diário da Justiça da União, 17 ago. 2007, Ata nº 37/2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.105-7/DF**, Pleno, Brasília, DF, 17 mai. 2006. Diário da Justiça da União, 26 mai. 2006, Ata nº 13/2006.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Questão de Ordem no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 227.089-6/MG**, Pleno, Brasília, DF, 08 jun. 2000. Diário da Justiça da União, 19 jun. 2000, Ata nº 16/2000.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 363.777/RS**, Primeira Turma, Brasília, DF, 11 dez. 2007. Diário da Justiça Eletrônico do STF, 06 fev. 2008, Ata nº 37/2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Recurso Especial, agravos e agravo interno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CARVALHO, Fabiano. Princípios do contraditório e da publicidade no agravo interno. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. v. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 103-114.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Sustentação oral. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 88-102, jul.2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GÜNTHER, Luiz Eduardo; ZORNIG, Cristina Maria Navarro. A sustentação oral dos advogados nos tribunais. **Gênesis - Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, n. 112, p. 561/562, abr. 2002.

LEIBLE, Stefan. **Proceso Civil Alemán**. 2. ed. Medelín: Konrad Adenauer Stiftung; Biblioteca Jurídica Díké, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

NETO, José Salem. Sustentação oral nos Tribunais. **Repertório de Jurisprudência IOB – Trabalhista e Previdenciário**. São Paulo, n. 13/2004, v. 2, p. 393, jul.2004.

NETTO, André L. Borges. A Razoabilidade Constitucional (o princípio do devido processo legal substantivo aplicado a casos concretos). **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos**, Brasília, vol. 2, n. 12, mai./2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev\\_12/razoab\\_const.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/revista/Rev_12/razoab_const.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2006.

NÓBREGA, Airton Rocha. A sustentação oral – TCU: Regimento Interno. L & C – **Revista de Direito Administrativo**, ano V, n. 55, p. 46/47, jan./2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

VIVEIROS, Estefânia. Agravo interno e ampliação dos poderes do relator. In: NERY JÚNIOR, Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos Polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.145-177.

# DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS DA EXTINTA RFFSA

*Márcio Villela Machado*  
*Advogado da União*  
*Especialista em Direito Público*

Sumário: 1 Introdução; 2 Bens Públicos; 3 Regime Jurídico dos Bens Públicos; 4 Da imprescritibilidade dos bens imóveis da extinta RFFSA; 4.1 Da vedação legal; 4.2 Da imprescritibilidade em face da natureza dos bens; 5 Conclusão; 6 Referências.

**RESUMO:** A extinção da Rede Ferroviária Federal S.A., por força da Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.483/2007, não encerrou diversas discussões subjacentes a própria existência da empresa estatal. Dentre os temas controversos, chama a atenção o referente a possibilidade ou não da incidência do usucapião sobre os bens de referida empresa. Visando dar uma resposta segura a referida controvérsia, procurou-se por meio do presente estudo analisar a legislação incidente, bem como, a natureza jurídica de tais bens, de modo a permitir uma conclusão fundamentada e baseada na melhor doutrina aplicável. Sem a pretensão de exaurir o tema, inviável diante da extensão do presente estudo, procura-se abordar o que de mais relevante existe acerca do assunto e, ao final, apresenta-se a conclusão que entendemos ser a mais adequada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Rede Ferroviária Federal. Bens imóveis. Natureza pública. Imprescritibilidade.

## 1 INTRODUÇÃO

Com o objetivo de desenvolver e operar o sistema ferroviário brasileiro, a Lei nº 3.115/57 autorizou a União a constituir uma sociedade por ações, incorporando-lhe as empresas ferroviárias de sua propriedade (autárquicas e sob administração direta), bem assim, as que viessem a integrar o patrimônio da União, pela rescisão ou encampação de contratos de arrendamento à época vigentes.

Na esteira da autorização legislativa foi criada a Rede Ferroviária Federal S.A. (RFFSA), sociedade de economia mista integrante da Administração Indireta do Governo Federal, vinculada administrativamente ao Ministério dos Transportes.

A mesma Lei nº 3.115/1957, além de autorizar a constituição da hoje extinta RFFSA, estabeleceu em seu art. 4º, que o patrimônio inicial da futura empresa seria totalmente subscrito pela União que integralizaria o valor, em especial, através dos bens e direitos que formavam então o patrimônio das empresas ferroviárias existentes. In *verbis*:

Art. 4º A União subscreverá a totalidade das ações que constituirão o capital inicial da R.F.F.S.A. e o integralizará com o valor:

a) dos bens e direitos que hoje formam o patrimônio das empresas ferroviárias de sua propriedade e que foram incorporadas à R.F.F.S.A.;

[...]

Por assim ser, a RFFSA era uma empresa constituída apenas por uma pessoa jurídica de direito público, qual seja, a União.

Incluída no Programa Nacional de Desestatização em 1992, a RFFSA foi dissolvida de acordo com o estabelecido no Decreto nº 3.277, de 7 de dezembro de 1999, alterado pelo Decreto nº 4.109, de 30 de janeiro de 2002, pelo Decreto nº 4.839, de 12 de setembro de 2003, e pelo Decreto nº 5.103, de 11 de junho de 2004. Sua liquidação foi iniciada em 17 de dezembro de 1999, por deliberação da Assembléia Geral dos Acionistas, tendo se encerrado com a extinção da empresa estatal operada por força da Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.483/2007.

Hoje, com a extinção da RFFSA e sua sucessão pela União, nos termos do art. 2º da Lei nº 11.483/2007, o patrimônio da antiga empresa estatal foi (re)incorporado ao acervo da entidade política federal, passando a ser por esta administrado. Neste sentido, expressa disposição legal:

Art. 2º A partir de 22 de janeiro de 2007:

I - a União sucederá a extinta RFFSA nos direitos, obrigações e ações judiciais em que esta seja autora, ré, assistente, oponente ou terceira interessada, ressalvadas as ações de que trata o inciso II do caput do art. 17 desta Lei; e

II - os bens imóveis da extinta RFFSA ficam transferidos para a União, ressalvado o disposto no inciso I do art. 8º desta Lei.

O histórico acima é importante, uma vez que fornece as bases fáticas e jurídicas específicas, imprescindíveis para a análise do tema central do presente estudo, qual seja, a possibilidade (ou não) de usucapião sobre bens da extinta empresa estatal.

Pode-se indagar acerca da importância e atualidade de se discutir acerca da imprescritibilidade (ou não) dos bens imóveis da RFFSA, diante da já proalada extinção da empresa estatal. Fato é que, não obstante a extinção da RFFSA, diversas ações judiciais, tendo como causas de pedir período anterior a este fato, continuam em processamento e, outras tantas, são propostas a cada dia perante o Judiciário, justificando a continuidade e aprofundamento dos estudos acerca do regime jurídico a incidir sobre tais bens.

Assim, a análise da questão continua a merecer atenção, em especial, com o intuito de estabelecer uma orientação em consonância com nossa estrutura constitucional e legal, evitando-se a dilapidação do patrimônio público, que em última instância, pertence a cada um de nós.

## **2 BENS PÚBLICOS**

Premissa indispensável para o presente estudo é a definição do conceito de bens públicos.

Em que pese poder se afirmar que as linhas gerais acerca de tal tema datam de longo período, fato é que seu significado preciso varia

no tempo e no espaço, se elastecendo ou restringindo, em especial, conforme o modelo político adotado.

Sem qualquer pretensão de esgotamento ou aprofundamento no tema, inviável diante das limitações inerentes a esta modalidade de estudo, breve apanhado doutrinário faz-se necessário para subsidiar o desenvolvimento deste trabalho, permitindo uma conclusão fundamentada.

Mediante a revisão da literatura especializada encontramos, resumidamente, duas vertentes de pensamento. De um lado, temos aqueles que entendem por um conceito restritivo de bens públicos. Para estes doutrinadores, só seria bem público aquele pertencente às pessoas jurídicas de direito público. De outro lado, temos aqueles que dão significado mais amplo ao termo bem público, acolhendo em seu conceito, além daqueles referidos pela corrente anterior, bens pertencentes às denominadas empresas estatais. Vejamos e analisemos ditos posicionamentos.

Conforme as lições do saudoso Hely Lopes Meirelles:

Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.<sup>1</sup>

Em sentido semelhante, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Bens públicos são todos os bens que pertencem às pessoas jurídicas de Direito Público, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de direito público (estas últimas, aliás, não passam de autarquias designadas pela base estrutural que possuem), bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.<sup>2</sup>

De outro lado, temos diversos outros doutrinadores que adotam conceito mais restritivo acerca dos bens públicos, amparados agora pela redação do art. 98 do Código Civil. Para estes doutrinadores, de modo

1 Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 489.

2 Bandeira de Mello, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. ref., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 803.

diverso dos anteriormente citados, o conceito de bens públicos deve se limitar somente àqueles pertencentes a pessoas jurídicas de Direito Público. Esse é o posicionamento de José dos Santos Carvalho Filho:

[...] conceituar bens públicos como todos aqueles que, de qualquer natureza e a qualquer título, pertençam às pessoas jurídicas de direito público, sejam elas federativas, como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, sejam da Administração descentralizada, como as autarquias, nestas incluindo-se as fundações de direito público e as associações públicas.<sup>3</sup>

Da mesma forma, se posiciona Lúcia Valle Figueiredo.<sup>4</sup>

Não obstante o respeitável posicionamento daqueles que pugnam por um conceito mais restritivo de bens públicos, limitando-o aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público, adotaremos neste trabalho o conceito mais amplo, por entendermos melhor corresponder ao sistema constitucional, além de proteger de modo mais adequado o patrimônio público, que em última análise, é de toda a sociedade.

De forma conclusiva, pedimos vênia para transcrever excerto da obra de Odete Medauar, que expõe de forma precisa o posicionamento que aqui defendemos:

O ordenamento brasileiro inclina-se à publicização do regime dos bens pertencentes a empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades controladas pelo poder público. Menos suscetível de dúvidas é o caso das entidades que prestam serviços públicos e das entidades que desempenham atividades (mesmo econômicas) em regime de monopólio. Quanto às demais, a publicização se revela pelos seguintes pontos, principalmente: a) as normas de alienações de bens, contidas na Lei 8.666/93, aplicam-se a tais entidades (art. 17 combinado com o inc. XI do art. 6º e parágrafo único do art. 1º); b) o Tribunal de Contas exerce fiscalização patrimonial sobre essas entidades (art. 70 e 71, IV, VII, da CF); c) a lesão ao patrimônio dessas entidades pode ser prevenida ou corrigida pela ação popular (Lei 4.717/65, art. 1º); d) a lei sobre sanções por improbidade administrativa – Lei 8.429/92 – abrange as condutas lesivas ao

3 Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 985.

4 Figueiredo, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.550-554.

acervo patrimonial de todas as entidades da Administração Indireta (inclusive fundações governamentais).<sup>5</sup>

### 3 REGIME JURÍDICO DOS BENS PÚBLICOS

Os bens públicos, amplamente considerados, estão submetidos a um conjunto de normas de proteção especial que formam o que se convencionou denominar, regime jurídico dos bens públicos. Dentre as principais características deste regime citam-se, comumente, a inalienabilidade, a impenhorabilidade e a imprescritibilidade.

Sem embargo da importância das demais características citadas, basta, ao presente estudo, a análise acerca da imprescritibilidade dos bens públicos.

Em linhas gerais, bem imprescritível é aquele impossível de ser adquirido por usucapião, ou seja, é aquele não sujeito à prescrição aquisitiva.

Em regra, os bens móveis e imóveis estão sujeitos ao usucapião. Sobre os bens públicos, entretanto, por expressa disposição Constitucional (art. 183, §3º e 191) e legal (art. 102 do Código Civil), afasta-se a incidência de tal instituto.

É exatamente o fato de que os bens da Rede Ferroviária Federal S.A ostentavam a característica da imprescritibilidade, seja por expressa disposição legal, seja por se enquadrarem no amplo conceito de bens públicos, que se pretende demonstrar com o presente estudo.

## 4 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS BENS IMÓVEIS DA EXTINTA RFFSA

### 4.1 DA VEDAÇÃO LEGAL

Tratando-se de patrimônio público federal, sujeito, portanto, às conhecidas limitações do regime jurídico dos bens públicos, entendeu por bem o legislador garantir a integralidade dos bens vertidos pela União ao patrimônio/administração da extinta RFFSA, os salvaguardando de administrações eventualmente desidiosas, que pudessem comprometer de alguma forma o patrimônio público.

5 Medauar, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.278-279.

Com este objetivo, veio a lume a Lei nº 6.428/77 estabelecendo a imprescritibilidade daqueles bens inicialmente vertidos ao patrimônio da empresa estatal. Frise-se que o conteúdo de tal norma pode ser tido como supérfluo ou meramente explicativo, uma vez que a imprescritibilidade decorria de imposição constitucional, em razão da própria natureza pública dos bens pertencentes à extinta RFFSA, como abaixo será demonstrado. Vejamos o texto da lei mencionada:

LEI Nº 6.428, DE 1 DE JULHO DE 1977

Dispõe sobre a aplicação do artigo 200 do Decreto-lei número 9.760, de 5 de setembro de 1946, aos bens originariamente integrantes do acervo das estradas de ferro incorporadas à Rede Ferroviária Federal S.A.

*Art. 1º Aos bens originariamente integrantes do acervo das estradas de ferro incorporadas pela União, à Rede Ferroviária Federal S.A., nos termos da Lei número 3.115, de 16 de março de 1957, aplica-se o disposto no artigo 200 do Decreto-lei número 9.760, de 5 de setembro de 1946. (grifo do autor)*

O mencionado art. 200 do Decreto-lei nº 9.760/1946 é nesse sentido vazado:

DECRETO-LEI Nº 9.760, DE 5 DE SETEMBRO DE 1946.

Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências.

[...]

Art. 200. Os bens imóveis da União, seja qual for a sua natureza, não são sujeitos a usucapião. (sic) destacou-se.

A legislação, recepcionada pela Constituição e não revogada tácita ou expressamente, é clara: impassível de usucapião os bens administrados pela extinta RFFSA, originariamente integrantes do acervo das estradas de ferro incorporadas pela União.

#### 4.2 DA IMPRESCRITIBILIDADE EM FACE DA NATUREZA DOS BENS

Ainda que não houvesse disposição legal específica e expressa, inviável seria o usucapião sobre tal espécie de bens. O fato do imóvel

haver sido incorporado ao patrimônio da sociedade de economia mista federal, para integralização de seu capital, não retira sua natureza pública, possuindo apenas destinação especial. Neste sentido o elucidativo acórdão abaixo transcrito:

EMENTA: BENS DA REDE FERROVIÁRIA S/A. USUCAPIÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. Os bens da Rede Ferroviária S/A. não podem ser adquiridos por usucapião (ART-200 do DEL-9760/46 de 05/09/46 ), pois os bens recebidos pelas sociedades de economia mista para integralização do seu capital inicial continuam sendo patrimônio público, mas com destinação especial. (TRF4, AC 94.04.41446-8, Terceira Turma, Relator Amir Sarti, DJ 27/08/1997)

Ao adotarmos um conceito amplo de bens públicos, na esteira dos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar, entre inúmeros outros, defendemos o entendimento de que os bens da extinta RFFSA, sociedade de economia mista prestadora de serviços públicos de transporte ferroviário, ostentavam a natureza pública e, assim, por consequência, incidia sobre eles a vedação constitucional de usucapião (Arts. 183, §3º e 191, Parágrafo único, ambos CF).

É importante destacar, que quando nos referimos aos bens imóveis pertencentes a RFFSA, estamos nos referindo a todos os bens desta espécie transferidos à empresa estatal, estejam ou não afetados diretamente ao serviço público prestado.

O fato do imóvel ser ou não necessário diretamente para a implementação do transporte ferroviário, serviço público por excelência, em nada altera sua natureza imprescritível. Se aqueles diretamente ligados ao serviço, como trilhos, estações ou oficinas, pouca discussão trazem diante de sua imprescindibilidade para a continuidade do serviço público prestado, sendo evidente sua destinação pública, ainda que administrado na forma empresária por empresa estatal, a mesma tranquilidade não subsiste diante dos imóveis ditos não operacionais.

Alguns doutrinadores e parte da jurisprudência pesquisada, por entenderem que ditos imóveis (não operacionais) não ostentam a condição de bens públicos, advogam a tese de que estão sujeitos ao usucapião. Tal posicionamento conflita diretamente com a legislação,

além de descurar para o fato, já referido, de que a mera transferência de bem pertencente a União para a sociedade de economia mista não tem o condão de, num passe de mágica, retirar-lhe sua natureza pública.

Assim como os bens dominicais da União, o fato de, momentaneamente, não estarem afetados a prestação de serviço público, não retira sua natureza pública ou autoriza o usucapião. Da mesma forma, a se admitir a tese de que pelo fato do bem não estar sendo usado diretamente na consecução do serviço público estaria sujeito ao usucapião, estar-se-á ignorando que tais bens, ainda que não utilizados no momento, servem como reserva técnica e patrimonial para a futura expansão do serviço ou mesmo manutenção de seu funcionamento. Em outras palavras, tem utilidade pública. Aí sua importância para a saúde financeira da empresa e, por consequência, das finanças públicas.

Não se queira, ainda, justificar a possibilidade de usucapião com base no princípio da função social da propriedade, pois com relação a coisa pública, dá-se um contorno peculiar ao citado princípio, que pode ser atendido não somente pela exploração econômica do bem, mas também, por sua simples manutenção no patrimônio público, garantindo às futuras gerações uma forma viável de expansão dos serviços públicos e desenvolvimento social.

Sob qualquer ótica que se analise, estando ou não o bem diretamente afetado ao serviço público, manifesta é sua imprescritibilidade, vez que pelas características e peculiaridades concernentes ao patrimônio da Rede Ferroviária Federal S.A. (integralmente subscrito e integralizado pela União), seus bens sempre ostentaram a natureza pública.

Por fim, deve-se chamar a atenção de que a discussão acima exposta só tem sentido diante de situações fáticas e jurídicas consolidadas ao tempo da existência legal da Rede Ferroviária Federal S.A. Hoje, a situação de impossibilidade do usucapião é ainda mais evidente ao considerarmos que a União sucedeu a RFFSA, reincorporando o patrimônio da empresa estatal ao seu. Assim, por expressa disposição dos Arts. 183, §3º e 191, Parágrafo único, ambos da Constituição da República, tendo volvido ao patrimônio da União os bens da extinta empresa estatal, está definitivamente vedado o usucapião pretendido.

Nesse sentido a muito já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 340 do STF, que transcrevemos: Desde

a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.

## **5 CONCLUSÃO**

Extinta a Rede Ferroviária Federal S.A., por força da Medida Provisória nº 353, de 22 de janeiro de 2007, posteriormente convertida na Lei nº 11.483/2007, inúmeras discussões operacionais e jurídicas remanescem. Em meio a esta gama de questões, nos dedicamos, no presente estudo, em fixar a possibilidade (ou não) da incidência do instituto do usucapião sobre os bens imóveis da antiga empresa estatal.

Tendo concluído pela natureza pública de referidos bens, consequência lógica é a incidência da vedação constitucional do usucapião. Em outras palavras, concluiu-se, por meio do presente estudo, que os bens então administrados pela RFFSA, em que pese a gestão por entidade de direito privado, nunca perderam sua intrínseca natureza pública, estando todos, direta ou indiretamente, destinados à consecução de fim público, incidindo sobre eles a característica da imprescritibilidade.

Não bastasse a própria natureza de seus bens, suficiente para afastar a possibilidade de usucapião nos termos previstos na Constituição Federal, certo é que existe, também, legislação específica sobre o tema, que reforça tal vedação.

Frise-se que a discussão aqui desenvolvida só tem sentido diante de situações fáticas e jurídicas consolidadas ao tempo da existência legal da Rede Ferroviária Federal S.A. Hoje, a situação de impossibilidade do usucapião é ainda mais evidente ao considerarmos que a União sucedeu a RFFSA, reincorporando o patrimônio da empresa estatal ao seu.

Portanto, pelo que se expôs, pode-se concluir, com segurança, pela impossibilidade de usucapião sobre bens imóveis da extinta Rede Ferroviária Federal S.A.

## 6 REFERÊNCIAS

ABE, Nilma de Castro. **Gestão do Patrimônio Público Imobiliário**. Leme: Mizuno, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. ref., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

# A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO FOMENTADORA DE POLÍTICA PÚBLICA AMBIENTAL: UM ENFOQUE NA APA DA MANTIQUEIRA (UMA APA DE “PAPEL”?)

*Omar Serva Maciel.*

*Advogado da União.*

*Representante do Escritório da PGU em Varginha-MG,*

*Mestre em Direito Constitucional pela UFMG.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A APA da Mantiqueira; 3 Da natureza jurídica e da funcionalidade do plano de manejo; 4 O Órgão Gestor da APA da Mantiqueira; 5 Conseqüências da ausência do plano de manejo; 6 Prognose judicial; 7 A AGU como coadjuvante da formulação de políticas públicas; 8 Conclusão; 9 Referências

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o passivo ambiental brasileiro tomando como referência a situação da Área de Proteção Ambiental da Serra da Mantiqueira, que ainda se ressentem da aprovação do plano de manejo exigido pela Lei 9.985/00. A Advocacia-Geral da União poderá otimizar a sua atuação como garantia de um Estado Democrático e Ambiental de Direito caso se compenetre de seu compromisso de coadjuvante de formulação de políticas públicas ambientais, aptas a corrigir, dentro do exercício de legalidade administrativa, omissões tais como a apontada.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Eficácia. Estado Democrático de Direito. Política Pública. APA da Serra da Mantiqueira. Plano de manejo. Advocacia-Geral da União. Atuação pró-ativa.

## INTRODUÇÃO

Quando Ferdinand Lassale proferiu, em 1863, a célebre conferência intitulada a “essência da Constituição”, seu objetivo era o de chamar a atenção, a partir da dicotomia Constituição Jurídica vs Constituição Real, para o importante aspecto da efetividade das normas. Segundo o sociólogo alemão, o texto de uma Constituição que não reflete a realidade, expressa pelos fatores reais de poder, não passa de uma mera folha de papel.

A despeito de censurado por muitos pelo pessimismo de seu comentário, Lassale continua vivo entre nós, advertindo-nos do risco de produção de normas jurídicas ontologicamente doentes, porquanto predispostas à ineficácia<sup>1</sup>.

Se, no entanto, a norma em “xeque” é a Constituição, como Lassale apontou há aproximadamente 150 anos, a situação se torna mais grave, visto se tratar do texto normativo mais importante de um ordenamento jurídico, o que funda e estrutura o Estado, circunscreve a atuação do Poderes constituídos e dispõe sobre direitos e liberdades fundamentais.

Acerca da vigente Constituição brasileira, se não nos é dado classificá-la como ineficaz ou mesmo considerá-la um documento meramente nominal, reina unanimidade quanto ao fato de muitos dos seus dispositivos não terem saído “do papel”.

Talvez um dos temas que mais se ressentam de eficácia (social) na Carta de 1988 seja o meio ambiente. O descompasso entre texto (constituição jurídica) e realidade (constituição real) ambientais fica facilmente constatado pelo noticiário, quase que diário, ou, muitas vezes, por uma caminhada pela orla marítima ou trilha de montanha. Olhos e narizes são confrontados com cenários que não retratam “[...]” uma sadia qualidade de vida “[...]”.<sup>2</sup>

Se não é este o espaço adequado para inventariar os fatores reais de poder responsáveis por esse distanciamento entre o ser e dever ser ambiental, certamente cabível é o debate acerca do papel da Advocacia-

1 Refiro-me aqui à ineficácia “social” ou inefetividade, de vez que, como aponta bem a doutrina, um certo grau de eficácia jurídica todas as normas possuem.

2 Art. 225, *caput*, da CF.

Geral da União nesse contexto. Na vaga de um Estado Democrático (e Ambiental)<sup>3</sup> de Direito, em que a advocacia pública, precisamente porque pública, deve estar a serviço dos interesses da sociedade e não daqueles transitoriamente de governo, deve a AGU se ater simplesmente ao papel de defensora de políticas públicas ou se lhe impõe também contribuir (pró-ativamente) para o surgimento de tantas quantas bastem para a efetivação plena da vontade constitucional ?

Um breve exame da situação de momento enfrentada pela Área de Proteção Ambiental da Mantiqueira dará bem a medida do passivo ambiental existente no país e das providências concretas que necessitam serem implementadas pelo Estado brasileiro e, por que não dizer, pela Advocacia-Geral da União, a fim de resguardar o ecossistema da região para a presente e futuras gerações.

## 1 A APA DA SERRA DA MANTIQUEIRA

O Decreto federal 91.304, de 03 de junho de 1985, instituiu a APA da Serra da Mantiqueira, declarando como área de proteção ambiental a região situada nos municípios de Aiuruoca, Alagoa, Baependi, Bocaina de Minas, Delfim Moreira, Itanhandu, Itamonte, Liberdade, Marmelópolis, Passa Quatro, Passa Vinte, Piranguçu, Pouso Alto, Santa Rita do Jacutinga, Virgínia e Wenceslau Brás, no Estado de Minas Gerais; Campos do Jordão, Cruzeiro, Lavrinha, Pindamonhangaba, Piquete, Santo Antonio do Pinhal e Queluz, no Estado de São Paulo, e Resende no Estado do Rio de Janeiro.

Com o intuito de garantir a preservação do conjunto do mosaico da Serra da Mantiqueira, o referido Decreto previu, no seu Art. 4º, dentre outras providências, a elaboração de zoneamento indicando “[...] as atividades encorajadas ou incentivadas em cada zona, bem como as que serão limitadas, restringidas ou proibidas [...]”.

Em que pese a força cogente da norma, o zoneamento não se verificou.

Tampouco serviu para efetivá-lo o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe um Capítulo destinado especificamente ao meio ambiente, estabelecendo como incumbência do Poder Público

---

3 NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 3000. jul./set. 2004.

a preservação desse direito fundamental mediante “[...] o manejo ecológico das espécies e ecossistemas”.<sup>4</sup>

Também não foi suficiente para a efetivação da proteção da diversidade biológica da APA da Mantiqueira a aprovação da Lei n. 9.985/00, que, regulamentando o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza.

De acordo com a Lei n. 9.985/00, sendo a APA uma “Unidade de Conservação de Uso Sustentável”<sup>5</sup>, impunha-se a elaboração de um “Plano de Manejo”, no prazo máximo de 5 (cinco) anos.<sup>6</sup>

Transcorridos mais de vinte anos da criação da APA da Mantiqueira, esta ainda clama por um ato que estabeleça o “[...] zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade.”<sup>7</sup>

### 3 DA NATUREZA JURÍDICA E DA FUNCIONALIDADE DO PLANO DE MANEJO

A Lei n. 9.985/00 conceituou o plano de manejo no seu Art. 2º, inciso XVII, dizendo se tratar de “documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade”.

Da leitura do dispositivo em destaque, extrai-se a conclusão de que a natureza jurídica do plano de manejo é normativa, significa dizer, está preordenado a disciplinar, expressa e/ou tacitamente, as condutas proibidas e admitidas no âmbito de uma determinada Unidade de Conservação.

Exatamente por isso é que o Art. 28, *caput*, da Lei 9.985/00 prescreve que “São proibidas, nas unidades de conservação, quaisquer

4 Art. 225, § 1º, I, da CF.

5 Art. 14, I.

6 Art. 27, § 3º

7 Art. 2º, XVII.

alterações, atividades ou modalidades de utilização em desacordo com os seus objetivos, o seu Plano de Manejo e seus regulamentos”.

É perfeitamente possível estabelecer uma equivalência entre o plano de manejo e as leis de uso e ocupação dos solos urbanos, instrumentos que promovem o ordenamento de uso de territórios urbanos por pessoas físicas e jurídicas.

O plano de manejo funciona, quando nada, como “lei material”, na medida em que, como indispensável instrumento de gestão, delimita e circunscreve o direito de uso e fruição de propriedade existente no âmbito de uma Unidade de Conservação, a par de direcionar as atividades suscetíveis de desenvolvimento no seu entorno, perseguindo, com isso, a meta de sustentabilidade.<sup>8</sup>

#### 4 O ÓRGÃO GESTOR DA APA DA MANTIQUEIRA

Se o plano de manejo se constitui no instrumento normativo indispensável à consecução, pela Unidade de Conservação, dos objetivos de proteção dos recursos naturais ali existentes, resta indagar a quem incumbe a sua elaboração.

A Lei n. 6.938/81, que dispõe sobre o Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama, estabelece no seu Art. 6º, III, que compete ao Ibama, na qualidade de órgão executor do sistema, a tarefa de executar a política de preservação, conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

Dentre as diversas atribuições enfeixadas pelo Ibama, como executor da política pública de meio ambiente no âmbito de uma Unidade de Conservação, indiscutivelmente se destaca a de elaboração do plano de manejo.

Posteriormente, com a edição da Lei n. 11.516/07, a responsabilidade pela gestão das Unidades de Conservação (como é o caso da APA da Mantiqueira) e, conseqüentemente, pela edição de portaria acerca do plano de manejo, foi transferida ao Instituto Chico Mendes (Art. 1º, I).

---

<sup>8</sup> COZZOLINO, Luiz Felipe Freire; IRVING, Marta de Azevedo. **Unidades de conservação e desenvolvimento local**: As APAS do Rio de Janeiro e seus processos de governança local.

## 5 CONSEQÜÊNCIAS DA AUSÊNCIA DE PLANO DE MANEJO

Conforme visto, a instituição de APA's está voltada para regular a presença humana (ocupação antrópica) dentro de um espaço físico tido como estratégico para a preservação do ecossistema que o integra. Por conseguinte, as APA's não são criadas para proibir ou inviabilizar as atividades humanas ou mesmo o desenvolvimento. Antes, porém, pressupõe-nos.

Se, porém, plano de manejo não existe, o conceito de Unidade de Conservação se esvazia por completo, de vez que a proteção dos atributos naturais e silvestres nela presentes se torna profundamente comprometida.

É rigorosamente esse o caso da APA da Mantiqueira, que, à míngua do competente plano de manejo, vem assistindo a um incremento dos índices de degradação e destruição dos recursos naturais ali existentes.

Para além de contrariar a Lei do SNUC, a ausência do plano de manejo compromete a atuação do Ibama - Instituto Chico Mendes, que se demite de sua função mediadora (construindo consenso na ocupação antrópica naquela Unidade de Conservação), para assumir um papel repressor, potencialmente gerador de novos conflitos e violações ambientais.<sup>9</sup>

Cumpra ainda observar o reflexo dessa situação na fragilização da segurança jurídica e na desconstrução da consciência ambiental, tanto num aspecto individual quanto coletivo.

---

<sup>9</sup> O próprio Ibama, no ano de 1997, encetou um estudo intitulado "Planejamento e Gestão de APAs: enfoque institucional", no qual faz observar, logo no seu intróito, que "[...] uma das dificuldades de viabilizar as APAs ou torná-las efetivas é o excesso de restrições impostas pela legislação ambiental a uma propriedade particular, que acaba por prejudicar as tentativas de busca de equilíbrio entre os objetivos socioeconômicos e os ecológicos. (O Estudo) Aponta a necessidade de estabelecer processos de gestão de caráter participativo, compartilhado entre os vários órgãos governamentais envolvidos, o setor privado e a sociedade civil. Por outro lado, o estudo sugere que a gestão das APAs, dada a sua característica de estabelecer ações de conservação ambiental e não apenas de preservação, não deve ser fundamentada em ações de controle e fiscalização, mas deve priorizar ações de mediação de conflitos entre uso do solo e proteção dos recursos naturais através da ação de regimes consensuais de gestão". Apud CÔRTE, Dione Angélica de Araújo. **Planejamento e gestão de APAs: enfoque institucional**. Brasília: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, 1997. 106 p. Série meio ambiente em debate, 15.

Inexistindo padrões ambientais de comportamento tidos como admissíveis e proibidos no âmbito da APA da Mantiqueira, resta dificultada (senão impossibilitada) a orientação de conduta por parte de todos quantos habitam ou desenvolvem algum tipo de atividade nessa Unidade de Conservação. Sem o plano de manejo não é dado a pessoas e empreendedores (públicos e privados) de boa-fé, posto que impregnados de consciência ecológica e da importância da adoção de práticas preservacionistas, saber se as atividades que desenvolvem ou poderão vir a desenvolver contrariam o conjunto ambiental da APA da Mantiqueira.

Não se pretende com isso afirmar que as APA's, como a da Mantiqueira, não contam com nenhuma legislação a elas aplicável. Sustenta-se, porém, com Cozzolino e Irving, que “[...] a legislação que rege as APAs é bastante genérica”<sup>10</sup> e assiduamente de conteúdo ambíguo, suscetível de produzir, por colatório, interpretações conflitantes. Por essa razão, grande parte das normas ambientais é insuficiente para estabelecer uma dicotomia entre o “lícito” e o “ilícito” em termos de desenvolvimento econômico sustentável.<sup>11</sup>

Um exemplo esclarece melhor o que se quer deixar assentado.

Diz o Art. 10 da Lei 6938/81, *caput*, o seguinte, *verbis*:

Art. 10 - A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

Abstraindo-se o não menos importante aspecto relacionado à competência do órgão ou ente federado responsável pela emissão do ato

---

10 COZZOLINO; IRVING, op. cit. p. 12

11 Acresça-se que, diante do princípio da legalidade, insculpido no Art. 5º, II, da CF, não se pode admitir como orientadora de condutas quaisquer atos infralegais como portarias e resoluções. Nesse sentido, limitações à propriedade, por exemplo, que encontram previsão exclusiva em atos dessa natureza são completamente inválidos. Cita-se, como exemplo, de duvidosa constitucionalidade a Resolução 010/98 do Conama, que versa sobre APA's.

de licenciamento<sup>12</sup>, suponha-se que um particular ou um empreendedor qualquer resolva desenvolver uma determinada atividade no âmbito de uma APA federal. Como saber se atividade a ser por ele realizada é “efetiva ou potencialmente poluidora” ou capaz de “causar degradação ambiental” e conseqüentemente passível de licenciamento prévio? Analisando-se o plano de manejo da APA. E se a APA, entretanto, não o possuir, como é o caso da APA da Mantiqueira? Admitir-se-ia que outro instrumento normativo, a exemplo de uma resolução do CONAMA, relacionasse as atividades “efetiva ou potencialmente poluidoras”? A resposta nos parece negativa, tendo em vista o princípio da legalidade ambiental<sup>13</sup>, a força cogente dos Arts. 27, caput, e 28 da Lei 9.985/00 e o fato de o instrumento de gestão dever possuir necessariamente uma origem democrática.<sup>14</sup>

A prevalecer esse raciocínio, bastante discutível o exercício do poder de polícia pelo Ibama/Instituto Chico Mendes. Afinal, se não há plano de manejo que capitulo as atividades consideradas proibidas no âmbito de uma Unidade de Conservação, caberá indagar acerca da legalidade/constitucionalidade de exigências de licença ou lavratura de autos de infração por parte do Órgão Gestor se este próprio não cumpriu a lei<sup>15</sup>, abstendo-se de produzir aquele instrumento normativo.

12 TRENNEPOHL e TRENNEPOHL sustentam com acerto que “A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 225, que a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado incumbe ao Poder Público, indistintamente. E, no seu art. 23, ao definir as competências comuns dos entes federados, dentre as quais se destaca a proteção ao meio ambiente, o combate à poluição, a preservação das florestas, da fauna e da flora, dispõe que Lei Complementar deverá fixar as normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Infelizmente, até hoje, esta lei complementar não foi editada, lacuna que já se tentou preencher com leis ordinárias, decretos, resoluções e até portarias. Se, por um lado, estes atos são capazes de estabelecer quais as atividades sujeitas ao licenciamento, os tipos de licenças ou autorizações e as exigências para sua concessão são totalmente ineficazes para definir inquestionavelmente quem é a autoridade competência para emití-las.

Os conflitos de competência decorrentes da falta de definição das áreas de atuação dos diferentes entes da federação – por Lei Complementar, conforme exigência expressa da Constituição Federal tem levado a freqüentes desentendimentos entre órgãos ambientais integrantes do Sisnama, pondo em risco a efetiva implantação desse sistema. Pior ainda, tem levado os administrados a uma situação de insegurança jurídica inaceitável, com lesões ao seu patrimônio e desestímulo ao investimento” TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. Licenciamento ambiental. Niterói: Impetus, 2007. p. 02 (negritou-se).

13 Conforme aponta Thiago Cássio D’Ávila Araújo, “[...] o fundamento-base do Estado Ambiental de Direito é o princípio da legalidade ambiental. Ou seja, só é possível fazer aquilo que as leis ambientais permitem ou determinam. No Estado Ambiental de Direito, o princípio da legalidade ambiental é o marco fronteiriço da vontade do Estado e dos particulares. A legislação ambiental passa a ser fio condutor das políticas públicas e também das atividades particulares”. Estado Ambiental de Direito. Revista da AGU, Brasília, 2008, nº 14, p. 175.

14 Art. 27, § 2º, da Lei 9.985/00.

15 Art. 27, “caput”, da Lei 9.985/00.

## 6 PROGNOSE JUDICIAL

A Constituição Federal de 1988 inovou no constitucionalismo brasileiro ao trazer um capítulo especificamente devotado à proteção do meio ambiente.

O Art. 225, *caput*, da Carta proclama:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, *devendo o poder público* e a coletividade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (grifo nosso).

E o parágrafo primeiro do citado artigo sublinha a missão protetiva de que se investiu o Estado ao dizer que:

§ 1º. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Sendo, portanto, o poder público, nas suas plúrimas manifestações, co-responsável pela defesa e proteção do meio ambiente, não se pode admitir, de sua parte, nenhuma prática, omissiva ou comissiva, que colida com o compromisso constitucionalmente assumido.

Assim, se de duas formas se viola a Constituição, seja pela prática de conduta por ela proibida, seja pela abstenção de comportamento nela exigido, claro está que o poder público vem se comportando de maneira inconstitucional ao se omitir na elaboração do plano de manejo da APA da Mantiqueira.<sup>16</sup>

---

16 A União não destina recursos ao Ibama/Instituto Chico Mendes, que, por sua vez, não adota providências concretas visando a elaboração do plano de manejo.

Um sem número de aportes doutrinários sinaliza quanto à possibilidade de em casos que tais ser acionado o Poder Judiciário para instar o poder público faltoso a sanar a omissão perpetrada.

Attanasio Júnior e Attanasio<sup>17</sup> preconizam que:

A formulação e implementação de forma eficaz das políticas públicas é função do Estado uma vez que, atualmente, a concepção de Estado apenas produtor de normas jurídicas, as quais seriam suficientes para a satisfação do interesse coletivo, vem sendo substituída pela concepção de estado social, com a função de, através de meios idôneos, implementar eficazmente as disposições contidas nas normas jurídicas.

A consecução dessa função pelo Estado deve se sujeitar ao controle jurisdicional, podendo ocorrer a responsabilização de seus agentes por seus atos e omissões. Assim, o entendimento de que as políticas públicas fariam parte das condutas discricionárias ou dos atos políticos, de governo, de gestão, não estando sujeitas ao controle jurisdicional, deve ser afastado, uma vez que os princípios constitucionais da independência entre os poderes e da garantia de acesso à justiça devem ser lidos de forma conciliatória, não havendo, portanto, ingerência do judiciário no executivo. Cabe ressaltar que tal controle jurisdicional não significa atribuir a criação de políticas públicas pelo judiciário e sim impor a execução destas, já estabelecidas na Constituição Federal e em leis infraconstitucionais.

No que concerne ao dever de implementação da política ambiental, lembram ainda os autores, com base em Álvaro Luiz Valery Mirra, que “se a defesa do meio ambiente é um dever do Estado, a atividade dos órgãos estatais na sua promoção é de natureza compulsória.”<sup>18</sup>

Por outro lado, são inúmeros os precedentes judiciais que vêm abonando o entendimento doutrinário acerca da possibilidade de controle judicial de ações ou omissões do poder público lesivas do meio ambiente.

---

17 ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. O dever de elaboração e implementação do zoneamento ecológico-econômico e a efetividade do licenciamento ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 43, p. 212-213.

18 MIRRA, op. cit., p. 213.

Nesse contexto, ganhou destaque recentemente a Ação Civil Pública<sup>19</sup> ajuizada pela Coalização Internacional da Vida Silvestre/IWC Brasil contra o Ibama e a União, feito que tramitou perante a Vara Federal Ambiental e Agrária de Florianópolis-SC.

O objeto da ação residia na solicitação de provimento judicial que compelissem o Ibama e a União a proceder à elaboração do plano de manejo da APA da Baleia Franca, área litorânea catarinense que é considerada como habitat reprodutivo daquela espécie migratória ameaçada de extinção.

A ONG proponente da ação alegou, dentre várias considerações, que, muito embora o Decreto Federal s/n criador da APA<sup>20</sup> determinasse a elaboração do plano de manejo no prazo de cinco anos, o poder público não havia adotado nenhuma providência visando proteger aquele santuário natural.

A sentença, datada de 26 de outubro de 2007, confirmando a liminar, julgou procedente o pedido para determinar que o Ibama - Instituto Chico Mendes realizasse, mediante liberação de recursos pela União, [...] todos os procedimentos administrativos para a elaboração do referido Plano de Manejo [...].

O precedente judicial, aplicável rigorosamente à situação da APA da Mantiqueira, há de merecer por parte da Advocacia-Geral da União uma atenção especial no que atine à alta probabilidade de ajuizamento de novas ações contra a União e o Instituto Chico Mendes, tendo por objeto pedido de cumprimento de obrigação de fazer relacionada à elaboração dos planos de manejo das diversas Unidades de Conservação existentes no país.

Descortinando-se esse cenário de litigiosidade, que papel toca à AGU? Deve o Órgão ficar em compasso de espera, aguardando o ajuizamento de ações que tenham por objeto essa questão ambiental ou, ao revés, impõe-se-lhe agir pro-ativamente, buscando uma solução de compromisso que preventivamente impeça a instauração de novas controvérsias judiciais ?

## 7 A AGU COMO FORMULADORA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

À Advocacia-Geral da União foi cometida a tarefa de representar judicial e extrajudicialmente a União (Art. 131, *caput*, da CF).

19 Processo n. 2005.72.00010327-9.

20 Datado de 14 de setembro de 2000.

Atualmente, é correntio dizer que compete à AGU promover a defesa de políticas públicas. Conquanto válida, a assertiva não permite desvelar a magnitude das atribuições confiadas ao Órgão.

Estando dividida em dois grandes ramos de atuação, o contencioso e o consultivo, a AGU, em relação a este último, tem por missão institucional exercer o controle de legalidade<sup>21</sup> administrativa, colaborando para que sejam expungidos da Administração Pública Federal comportamentos que destoam dos comandos normativos. Essa missão, a cargo do consultivo<sup>22</sup> da AGU, identifica-se com a chamada advocacia preventiva, na medida em que evita a materialização de conflitos judiciais, muitas vezes danosos à União e/ou às entidades a ela vinculadas. Nesse concerto de atuação preventiva, sempre que vier a ser detectada uma ação ou omissão que viole a legalidade administrativa, constitui papel da AGU, pelo seu setor consultivo, recomendar a adoção de providência ou prática de ato que corrija a irregularidade perpetrada ou sane a omissão vigorante. No que se refere às hipóteses de omissão normativa é que poderá ter lugar a proposição, pela AGU, de implementação de política pública. Note-se que nesse caso não estará a AGU defendendo uma política pública já encetada, mas, diversamente, recomendando a aplicação da mesma.

Na eventualidade de se demonstrar inexecutível a implementação imediata de determinada política pública, diante do conteúdo consequencialista da cláusula da reserva do possível, nada impede que a AGU atue como curadora das normas programáticas, orientando as Pastas competentes a empreender medidas que, num crescendo, redundarão na efetivação máxima do compromisso constitucionalmente assumido.

Nesse passo, uma providência que materializaria o empreendedorismo da AGU seria a assunção de iniciativa, pela Instituição, de celebração de termos de ajustamento de conduta entre a União e entidades integrantes da Administração Pública Indireta, de um lado, e o Ministério Público e outros atores sociais, de outro.

Se a (pós)modernidade redimensionou a clivagem entre necessidades sociais infinitas e recursos públicos finitos, melhor que o Estado-Administração assuma a iniciativa pela eleição das prioridades de atendimento à população. O deslocamento pontual do eixo de atuação da

21 E o controle de constitucionalidade administrativa também, evidentemente.

22 Art. 1º, § único c/c Art. 4º, VIII, c/c Art. 11, V da LC 73/93.

Advocacia-Geral da União, de passivo para pró-ativo, a par de contribuir para a sua aproximação da sociedade, aperfeiçoaria a chamada advocacia preventiva, cujos resultados são economicamente apreciáveis.

Encontrando-se superada a dicotomia Estado vs. Sociedade desde a entronização do paradigma Democrático de Direito, no qual o processo de formação coletiva da vontade tem na democracia participativa uma das suas manifestações mais valiosas, a AGU talvez consista na única Instituição brasileira capaz de exercer, a um só tempo, e com resultados ótimos, o duplo papel de defesa do erário público e de protagonista social na formulação de políticas públicas.

## 8 CONCLUSÃO

A APA da Mantiqueira não pode ficar condenada a ser uma “APA de papel”. A sua efetiva implementação como área de proteção ambiental depende fundamentalmente da elaboração do seu plano de manejo. Sem esse instrumento, habitantes e usuários dessa Unidade de Conservação não podem ser racionalmente compelidos a orientar suas condutas para a preservação dos recursos naturais ali existentes simplesmente porque inexistente uma normatização prévia que estabeleça objetivamente o limite entre o lícito e o ilícito em termos comportamentais. O vácuo normativo ora verificado impede a consolidação da consciência ambiental, como estimula novas violações por parte de quantos se portem de má-fé.

Some-se a isso que a geografia da APA da Mantiqueira, inserida que está numa zona de confluência de vários municípios integrantes de três Estados da Federação, potencializa conflitos resultantes da expansão urbana e de propostas e ações consideradas desenvolvimentistas pelos poderes públicos locais. Sendo um dos grandes desafios da modernidade o de apontar caminhos para o desenvolvimento sustentável, a ausência do plano de manejo da APA da Mantiqueira dificulta ainda mais a construção de canais de consenso dentro de uma perspectiva socioambiental.

A AGU encontra-se institucionalmente preordenada a contribuir para a solução desse impasse mediante o exercício o controle de legalidade administrativa.

A melhor pedagogia de gestão de uma APA, reconhecida em roteiro metodológico confeccionado pelo próprio Ministério do Meio

Ambiente, se baseia na mediação de conflitos. Poder-se-ia dizer, inclusive, que uma gestão de excelência principia pela prevenção de conflitos. Repercute na órbita de interesses da AGU evitar a ocorrência de conflitos potencialmente litigiosos.

Resta plenamente justificada, assim, a necessidade de a Advocacia-Geral da União indicar o potencial de litigiosidade da não-elaboração dos planos de manejo das Unidades de Conservação, particularmente das que se encontram nas “filas de espera” há mais de vinte anos, como a APA da Mantiqueira. O lema para essa atuação pró-ativa bem poderia ser “manejar para não litigar”.

Aprovar o plano de manejo da APA da Mantiqueira representa conciliar-se com o tempo e com a natureza de uma das regiões dotadas de maior beleza cênica do interior brasileiro. Aprová-lo, a partir de uma atuação pró-ativa da AGU, representará mais uma semente plantada no solo de uma advocacia efetivamente pública.

## 9 REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Estado de Direito Ambiental. **Revista da AGU**, Brasília, 2008, n. 14, p. 167-177.

ATTANASIO JÚNIOR, Mario Roberto; ATTANASIO, Gabriela Muller Carioba. **O dever de elaboração e implementação do zoneamento ecológico-econômico e a efetividade do licenciamento ambiental**. São Paulo: Revista de Direito Ambiental (Revista dos Tribunais), n. 43, p. 212-213.

CASTRO, Aldemário Araújo. **A advocacia pública como instrumento do estado brasileiro no controle dos atos da administração pública**. Brasília: Revista da AGU, Ano VIII, jan. 2008.

CÔRTE, Dione Angélica de Araújo. **Planejamento e gestão de APAs: enfoque institucional**. Brasília: Série Meio Ambiente em Debate (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis), 1997. p. 106.

COZZOLINO, Luiz Felipe Freire; IRVING, Marta de Azevedo. **Unidades de conservação e desenvolvimento local: As APAS do Rio de Janeiro e seus processos de governança local**. Disponível em: < <http://www.ebape.fgv.br/radma>>.

KIRSCH, César do Vale. **A necessária participação da advocacia-geral da união no processo de políticas públicas**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Trad. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007. 40 p.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. 428 p.

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 300 jul./set. 2004.

PEDONE, Luiz. **Formulação, implementação e avaliação de políticas públicas**. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP, 1986.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. **Licenciamento ambiental**. Niterói: Impetus, 2007. 265 p.

**PARECER**

**RECURSO ADMINISTRATIVO.**  
**ADMISSIBILIDADE À LUZ DO PARECER**  
**Nº AGU/GM-19.**

*João Francisco Aguiar Drumond*  
*Consultor da União*



**PARECER Nº AGU/JD-2/2008**

**PROCESSO:00400.000908/2007-95**

**APENSOS: 48400.000157/2006-52, DNPM 890.588/1988 E DNPM 896.141/2001**

**PROCEDÊNCIA: CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA  
INTERESSADOS: MINERAÇÃO GUIDONI LTDA. E GRANITOS  
ZAMBALDI LTDA.**

**ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO. ADMISSIBILIDADE À  
LUZ DO PARECER Nº AGU/GM-19.**

**EMENTA:**

MINERAÇÃO. CONCESSÃO DE DIREITO DE LAVRA. CESSÃO DE PARTE DOS DIREITOS MINERÁRIOS. PONTO DE AMARRAÇÃO. ERRO NA INDICAÇÃO DAS COORDENADAS GEOGRÁFICAS. RETIFICAÇÃO. DESLOCAMENTO DAS ÁREAS DE LAVRA. PEDIDO DE ANULAÇÃO DA RETIFICAÇÃO. DECISÃO DE MINISTRO DE ESTADO QUE TORNOU SEM EFEITO A RETIFICAÇÃO. ERRO DE FATO. NECESSIDADE DE SANEAMENTO DO PROCESSO. RECURSO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. NÃO-CABIMENTO.

I – A legislação mineraria (Código de Mineração) prevê recurso ao Presidente da República apenas no caso em que o Ministro de Estado de Minas e Energia declare a nulidade ou a caducidade de portaria que autoriza a pesquisa mineral.

II – Inexistindo previsão legal, somente se admite recurso ao Presidente da República quando se tratar de decisão de Ministro de Estado tomada em única instância. Princípio da revisibilidade do procedimento administrativo.

III – Decisão de Ministro de Estado em pedido de desfazimento ou anulação de ato de autoridade a ele subordinada não configura decisão originária em única instância. Cuida-se de decisão em grau de recurso, hipótese que supre a garantia de revisão do ato administrativo e desautoriza novo recurso ao Presidente da República.

IV – Matérias corriqueiras de tramitação ordinária nos órgãos e instituições da Administração Federal não dão ensejo à reapreciação extraordinária do Presidente da República, como terceira instância administrativa, nem justificam a avocação presidencial.

V – Decisão que torna sem efeito ato praticado por autoridade distinta da que foi expressamente referida deve ser corrigida, sob pena de nulidade.

Senhor Consultor-Geral da União

Trata-se de recurso administrativo interposto por Mineração Guidoni Ltda. contra ato praticado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, consubstanciado no despacho de 6 de dezembro de 2006, publicado no Diário Oficial da União de 12 de dezembro seguinte, cujo teor ora se transcreve:

### **DESPACHO DO MINISTRO**

Em 6 de dezembro de 2006

Processo DNPM nº 48400.000157/2006-48. Interessado: Granitos Zambaldi Ltda. Assunto: Recurso Administrativo interposto contra decisão do Senhor Diretor-Geral do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM que retificou a área da Portaria de Lavra nº 263/03. Despacho: Nos termos do Parecer CONJUR/MME nº 526/2006, que adoto como fundamento desta decisão, conheço e defiro o Recurso interposto por Granitos Zambaldi Ltda, para tornar sem efeito o despacho do Diretor-Geral do DNPM que retificou a Portaria nº 263/03 e a Portaria nº 204/05, determinando o envio dos autos em registro ao Departamento Nacional de Produção Mineral, para adoção das demais providências apontadas no referido parecer jurídico.

SILAS RONDEAU CAVALCANTE SILVA

2 Por meio do referido despacho, o titular do Ministério de Minas e Energia pretendeu tornar sem efeito a retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 5 de dezembro de 2003, publicada no Diário Oficial da União de 8 de dezembro de 2003, que havia implementado correções nas coordenadas geográficas correspondentes ao ponto de amarração indicado em pedido inicial de autorização para pesquisa da ocorrência de granito.

3 É o seguinte o teor da retificação implementada na referida Portaria de Lavra nº 263, de 2003:

## RETIFICAÇÃO

DNPM nº 890.588/1988 – Mineração Guidoni Ltda. – Na Portaria de Lavra nº 263, de 5.10.2003, publicada no Diário Oficial da União de 8.12.2003, Seção I, página 62, onde se lê: “... do ponto de coordenadas geográficas: Lat. 18°40’24,3”S e Long. 40°40’50,0”W...”, leia-se: “... do ponto de coordenadas geográficas: Lat. 18°40’25,4”S e Long. 40°40’52,2”W [...]”

## CLAUDIO SCLiar

4 A retificação foi publicada no Diário Oficial da União de 31 de outubro de 2005, na Seção 1, pág. 17.

5 Até que se chegasse a esse ponto, diversos atos e negócios jurídicos foram praticados culminando com a controvérsia relativa à fixação das coordenadas geográficas e, por consequência, da exata localização de área objeto de autorização de pesquisa mineraria nos autos do Processo DNPM 890.588/88.

6 A área em questão foi objeto de fracionamento por parte de José Geraldo Guidoni, que cedeu parte de seus direitos de lavra de granito no Município de Barra de São Francisco, no Estado do Espírito Santo, a Luiz Carlos Zambaldi. Cedeu também outras partes para terceiros que não estão em litígio direto neste processo.

7 Segundo consta, o ponto inicial do litígio decorreria de suposto erro do DNPM no cálculo das coordenadas geográficas do ponto de amarração indicado no requerimento original de autorização de pesquisa.

8 O alegado erro teria interferido diretamente na localização e nas dimensões das áreas objeto de cessão parcial de direitos de pesquisa e exploração, ensejando controvérsia entre Mineração Guidoni Ltda. e Granitos Zambaldi Ltda.

9 A questão essencial diz respeito à fixação da área destinada a cada empresa e envolve dois aspectos principais cujo esclarecimento se busca para a correta solução do caso.

10 O primeiro desses aspectos diz respeito ao parâmetro que deve prevalecer para a fixação da área objeto da concessão de lavra. Seria o ponto

de amarração físico, consistente da descrição de um local determinado, ou seriam as coordenadas geográficas representativas desse ponto?

11 O segundo aspecto diz respeito à repercussão de eventual retificação das coordenadas geográficas na área destinada à Granitos Zambaldi Ltda., adquirente de parte dos direitos minerários antes outorgados à Mineração Guidoni Ltda.

12 Antes do mais, cabe registrar um breve histórico dos processos e das correspondentes autorizações de pesquisa, concessões de lavra e transferências de direitos de pesquisa e exploração mineral pertinentes ao caso.

13 Conforme se verifica às **fls. 1** e seguintes do Processo DNPM 890.588/88, em 4 de novembro de 1988, Rodrigo Tessarolo Marcheschi protocolou Requerimento de Pesquisa Mineral junto ao Departamento Nacional de Pesquisa Mineral – DNPM, visando a aferição da ocorrência de granito.

14 A descrição abreviada do ponto de amarração, constante do formulário 4 do requerimento, às fls. 3 dos autos, registra: “CONFLUÊNCIA DO CÓRREGO TODOS OS SANTOS COM O CÓRREGO SOCORRO”.

15 A partir da referida “CONFLUÊNCIA DO CÓRREGO TODOS OS SANTOS COM O CÓRREGO SOCORRO”, foram calculadas pelo DNPM, à época, as coordenadas geográficas correspondentes, como sendo Latitude: 18°40’24,3” e Longitude: 40°40’50,0”. É o que se verifica às fls. 46 do mesmo processo DNPM 890.588/88.

16 Após o requerimento original, foram realizados diversos negócios jurídicos envolvendo a cessão de direitos de pesquisa de minério relativos à área objeto do pedido original de Rodrigo Tessarolo Marcheschi. O último cessionário, nessa fase, foi José Geraldo Guidoni.

17 Consoante se verifica às fls. 94 e 95 do Processo DNPM 890.588/88, em 28 de setembro de 2000 foram averbadas as diversas cessões de direitos.

18 Feitas essas averbações, foi expedido o Alvará de Pesquisa nº 19.902, de 10 de novembro de 2000, publicado no Diário Oficial da União de 17 de novembro de 2000, que autorizou José Geraldo Guidoni, sócio da Mineração Guidoni Ltda., a pesquisar a ocorrência de granito

em área de 720,02 hectares, nos Municípios de Barra de São Francisco e Nova Venécia, no Estado do Espírito Santo. É o que se afere às fls. 96 do Processo nº DNPM 890.588/88.

19 Em 12 de março de 2001, por meio de instrumento particular, José Geraldo Guidoni cedeu a Luiz Carlos Zambaldi parte dos direitos minerários que lhe foram outorgados para a pesquisa de granito. É o que se constata às fls. 102 e 103 do Processo DNPM 890.588/88.

20 Às fls. 98 e 99 e às fls. 100 e 101, encontram-se outros dois instrumentos de cessão de direitos de José Geraldo Guidoni a Antônio Jorge de Oliveira e a Domingos Pagani, respectivamente, que não participam diretamente da presente controvérsia.

21 A área objeto da cessão de José Geraldo Guidoni a Luiz Carlos Zambaldi, que é a que interessa diretamente à presente análise, consta do item 3 do termo de cessão como sendo:

3 – A PARTE DA ÁREA cedida a ser desmembrada do Processo DNPM nº 890.588/88, em conformidade com o Artigo 56 do C.M., tem o seguinte memorial descritivo:

P.A. – Confluência do Córrego Socorro com o Córrego Todos os Santos, com coordenadas geográficas Latitude 18°40'24,3" S, Longitude 40°40'50,0" W, com vértice a 5.518 metros no rumo verdadeiro de 50°30' SW e os lados da poligonal possuindo as seguintes distâncias: 25m - E; 50m - S; 25m - E; 50m - S; 20m - E; 50m - S; 20m - E; 50m - S; 25m - E; 50m - S; 20m - E; 50m - S; 20m - E; 50m - S; 25m - E; 50m - S; 20m - E; 50m - S; 25m - E; 50m - S; 25m - E; 50m - S; 25m - E; 29m - S; 1.405m - W; 910m - N; 317m - E; 1.696m - N; 763m - E; 725m - S; 600m - E; 680m - S; 700m - W; 322m - S, totalizando 275,73 hectares.

22 Em 20 de março de 2001, com base nesse negócio jurídico o cedente, José Geraldo Guidoni, e o cessionário, Luiz Carlos Zambaldi, requereram ao DNPM o desmembramento da área objeto da cessão de direitos minerários.

23 O requerimento de José Geraldo Guidoni, por intermédio de procurador, encontra-se às fls. 97 do DNPM 890.588/88.

24 O requerimento de Luiz Carlos Zambaldi, que deu origem ao Processo DNPM 896.141/01 (**fls. 3**), traz indicados o mesmo ponto de amarração e as mesmas coordenadas geográficas constantes do instrumento de cessão já referido, de **fls. 102 e 103** do Processo DNPM 890.588/88.

25 Em 30 de abril de 2001, o DNPM averbou a cessão parcial da área de José Geraldo Guidoni a Luiz Carlos Zambaldi, conforme consta às **fls. 124 e 125** dos autos do Processo nº DNPM 890.588/88.

26 Em 10 de agosto de 2001 foi publicado no Diário Oficial da União o Alvará nº 7.038, de 8 de agosto de 2001, que autorizou Luis Carlos Zambaldi a pesquisar granito, conforme se verifica às **fls. 33** do Processo DNPM 896.141/01.

27 Posteriormente, José Geraldo Guidoni cedeu os seus direitos minerários sobre a área remanescente à Mineração Guidoni Ltda., empresa da qual era sócio, o que foi averbado junto ao DNPM em 14 de janeiro de 2002, conforme consta às **fls. 201** do Processo DNPM 890.588/88.

28 Na mesma data foi averbada a cessão de direitos minerários de Luz Carlos Zambaldi à Granitos Zambaldi Ltda., empresa da qual era sócio, como se constata às **fls. 37** do Processo DNPM 896.141/01.

29 Algum tempo depois, em 8 de dezembro de 2003, após o período de pesquisa, foi publicada a Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 5 de dezembro de 2003, do Secretário de Minas e Metalurgia do Ministério de Minas e Energia, que outorgou à Mineração Guidoni Ltda. o direito de minerar, conforme consta às **fls. 475** do Processo DNPM 890.588/88. A área está descrita no art. 1º da referida portaria, *verbis*:

PORTARIA Nº 263, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2003

O SECRETÁRIO DE MINAS E METALURGIA DO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, no uso da competência que lhe foi delegada pela Portaria Ministerial nº 19, de 28 de janeiro de 2003, expedida com fundamento no disposto nos arts. 7º e 43 do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, com redação dada pela Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996, e tendo em vista o que consta do processo DNPM nº 890588/1988, resolve:

Art. 1º Outorgar à MINERAÇÃO GUIDONI LTDA., concessão para lavar GRANITO no Município de Barra de São Francisco, Estado do Espírito Santo, numa área de 385,28ha, delimitada por um polígono que tem um vértice a 3.271m, no rumo verdadeiro de 47°59'SW, do ponto de Coordenadas Geográficas: Lat. 18°40'24,3"S e Long. 40°40'50,0"W e os lados a partir desse vértice, com os seguintes comprimentos e rumos verdadeiros: 700m-W, 700m-N, 300m-W, 40m-N, 228m-W, 234m-S, 100m-W, 250m-S, 400m-W, 575m-S, 600m-E, 680m-S, 700m-W, 322m-S, 25m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 20m-E, 50m-S, 25m-E, 50m-S, 29m-S, 1.430m-E, 2.200m-N.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação. (Cód.4.00)

#### GILES CARRICONDE AZEVEDO

30 Já em 15 de agosto de 2005, foi publicada a Portaria de Concessão de Lavra nº 204, de 12 de agosto de 2005, do Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, do Ministério de Minas e Energia, atual denominação do antigo cargo de Secretário de Minas e Metalurgia da mesma Pasta, que autorizou a Granitos Zambaldi Ltda. a minerar na área objeto do Processo DNPM 896.141/01, conforme se verifica às **fls. 447** dos respectivos autos. A área está descrita no art. 1º da referida Portaria, como se lê, abaixo:

#### PORTARIA Nº 204, DE 12 DE AGOSTO DE 2005

O SECRETÁRIO DE GEOLOGIA, MINERAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO MINERAL DO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, no uso da competência que lhe foi delegada pela Portaria Ministerial nº 44, de 26 de janeiro de 2005, expedida com fundamento no disposto nos arts. 7º e 43 do Decreto-lei nº 227, de 28 de fevereiro de 1967, com a redação dada pela Lei nº 9.314, de 14 de novembro de 1996, e tendo em vista o que consta do Processo DNPM nº 896141/2001, resolve:

Art. 1º Outorgar à GRANITOS ZAMBALDI LTDA. concessão para lavar GRANITO, no Município de Barra de São Francisco, Estado do Espírito Santo, numa área de 246,18ha, delimitada por

um polígono que tem um vértice a 4.353m, no rumo verdadeiro de 54°49'SW do ponto de Coordenadas Geográficas: Lat. **18°40'24,3"S** e Long. **40°40'50,0"W**, e os lados a partir deste vértice com os seguintes comprimentos e rumos verdadeiros: 600m-W, 724,90m-N, 763m-W, 1.696m-S, 317m-W, 910m-S, 1,405m-E, 29,10,-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 20m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 20m-W, 50m-N, 20m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 20m-W, 50m-N, 20m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 25m-W, 50m-N, 425m-W, 599,90m-N, 600m-E, 277,90m-W, 500m-E, 680m-N.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação (Cód. 4.00)

CLAUDIO SCLIAR”

31 Logo a seguir, em 30 de agosto de 2005, como se constata às fls. 672 a 674 do Processo DNPM 890.588/88, a Mineração Guidoni Ltda. protocolou pedido de anulação da Portaria de Lavra nº 204, de 12 de agosto de 2005, que autorizou a Granitos Zambaldi Ltda. a minerar. O pedido de anulação foi deduzido sob o fundamento de “pendência e irregularidade” da Granitos Zambaldi Ltda. consistente de lavra clandestina em área destinada à Mineração Guidoni Ltda. Além disso, a matéria estaria *sub judice*.

32 Na seqüência, em 5 de setembro de 2005, a mesma Mineração Guidoni Ltda. protocolou pedido, às **fls. 643 a 669** do Processo DNPM 890.588/88, visando à realização dos estudos necessários à retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, tendo em vista que “*o ponto de amarração criado pelo DNPM e informado na citada Portaria, encontra-se divergente daquele efetivamente instruído inicialmente no processo*”.

33 Autorizada a realização dos estudos técnicos requeridos, foi realizada medição in loco por técnicos do DNPM, acompanhados dos representantes da Mineração Guidoni Ltda. e da Granitos Zambaldi Ltda.

34 Com base nessa nova medição, em 26 de setembro de 2005, o Diretor da Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro do DNPM – DICAM, após constatar a divergência das Coordenadas Geográficas, encaminhou proposta de retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, ao Diretor-Geral do DNPM, conforme se verifica às **fls. 670** do Processo DNPM 890.588/88.

35 A seguir, em 20 de outubro de 2005, o Diretor-Geral do DNPM, acolhendo sugestão da Procuradoria Federal Especializada junto ao DNPM, submeteu minuta de retificação da Portaria de Lavra ao Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, como consta às **fls. 676** do Processo DNPM 890.588/2003.

36 Acolhendo as considerações da Mineração Guidoni Ltda., constatado que foi o erro na fixação das coordenadas geográficas correspondentes ao ponto de amarração, o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia alterou a Portaria de Lavra nº 263, de 5 de dezembro de 2003, fazendo publicar retificação no Diário Oficial da União de 31 de outubro de 2005, como se verifica às **fls. 678** do Processo DNPM 890.588/88.

37 Na retificação da Portaria de Lavra nº 263, de 2003, foram registradas as coordenadas geográficas re-calculadas a partir do ponto físico de amarração inicialmente descrito, qual seja a “CONFLUÊNCIA DO CÓRREGO TODOS OS SANTOS COM O CÓRREGO SOCORRO”, que seriam: Latitude: **18°40’25,4”**, em lugar de 18°40’24,3”, e Longitude: **40°40’52,2”**, em lugar de 40°40’50,0”. As novas medições foram feitas por meio de aparelhos receptores GPS (Sistema de Posicionamento Global).

38 Em 20 de dezembro de 2005, foi protocolado pedido da Mineração Guidoni Ltda. para que fosse anexado ao Processo DNPM 890.588/88 o “*memorial descritivo com as alterações decorrentes da referida retificação, tendo em vista o pedido de cessão e transferência parcial temporária com prazo determinado de direitos minerários, em favor de MINERAÇÃO VALE DU GRANITO LTDA, protocolado em 05.07.05.*” O Requerimento consta das **fls. 694 e seguintes** do Processo DNPM 890.588/88.

39 Já em 19 de janeiro de 2006 foi averbado o contrato de arrendamento parcial de direitos minerários à Mineração Vale do Granito Ltda., conforme se verifica às **fls. 706** do Processo DNPM 890.588/88.

40 Em 1º de fevereiro de 2006, a Granitos Zambaldi Ltda. protocolou requerimento dirigido ao Diretor de Outorga e Cadastro Mineiro do DNPM, solicitando que se mandasse “*constatar o deslocamento das áreas das duas Portarias de Concessão de Lavra, em*

*virtude da retificação efetuada, e, em consequência,” sugeriu que fosse “tornada sem efeito a retificação do Ponto de Amarração”.*

41 O requerimento de que se trata deu início ao Processo nº 48400.000157/2006-52 (**fls. 1**).

42 Em 30 de março de 2006, por meio de requerimento constante às **fls. 38 a 48** do Processo nº 48400.000157/2006-52, Granitos Zambaldi Ltda., não concordando com a retificação que interferiu em parte da área constante da Portaria nº 204, de 12 de agosto de 2005, requereu ao Diretor da Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro – DICAM do DNPM, que fosse:

1) “tornado sem efeito o ato que retificou a área da Portaria de Concessão de Lavra nº 263/2003 (DNPM 890.588/1988), pois, em virtude dessa retificação, a área dessa Portaria foi deslocada para cima da área da Portaria de Concessão de Lavra nº 204/2005 (DNPM 896.141/2001) da Peticionária”;

2) “determinada a imediata paralisação dos trabalhos de lavra que estão sendo desenvolvidos pela Mineração Guidoni Ltda. dentro da área da Portaria de Concessão de Lavra da Peticionária”; e

3) “corrigido no Cadastro Mineiro as Coordenadas Geográficas do Ponto de Amarração da área da Portaria de Concessão de Lavra da Peticionária, bem como” e “identificado e devidamente punido aquele que efetuou essa possível fraude no Banco de dados desse Departamento.”.

43 Às **fls. 63 e 64** do mesmo Processo nº 48400.000157/2006-52, a Procuradoria Federal junto ao DNPM, por meio da NOTA PROGE/DNPM Nº 90/2006-SC, entendeu que a anulação de Retificação de portaria de lavra é ato da competência do Ministro de Estado de Minas e Energia, delegada ao Secretário de Minas e Metalurgia, hoje Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, sugerindo o encaminhamento dos autos ao referido Ministério para apreciação do pedido.

44 Remetidos os autos ao Ministério de Minas e Energia, manifestou-se a Consultoria Jurídica, por meio do PARECER CONJUR/MME Nº 526/2006, constante às **fls. 131 a 136**, no sentido

do “*conhecimento e provimento do Recurso interposto por Granitos Zambaldi Ltda., para tornar sem efeito o despacho do Diretor-Geral do DNPM que retificou a Portaria nº 263/03 e a Portaria nº 204/05*”.

45 O órgão jurídico sugeriu, ainda, que fossem “*recalculados os vetores do Ponto de Amarração do Processo DNPM nº 890.588/88 para permitir a representação gráfica da área em coordenadas geográficas que traduzam a localização descrita nas Plantas de Situação e de Detalhe sem, no entanto, importar em deslocamento das áreas no Campo*”.

46 Acolhendo as sugestões da Consultoria Jurídica, por meio de Despacho de 6 de dezembro de 2006, exarado às **fls. 137** do Processo nº 48400.000157/2006-52 e publicado no Diário Oficial da União de 12 de dezembro de 2006, o Ministro de Estado de Minas e Energia conheceu e deferiu o Recurso interposto por Granitos Zambaldi Ltda., “*para tornar sem efeito o Despacho do Diretor-Geral do DNPM que retificou a Portaria nº 263/03 e a Portaria nº 204/05, determinando o envio dos autos em registro ao Departamento Nacional de Produção Mineral, para adoção das demais providências apontadas no referido parecer jurídico.*”

47 Registre-se que não foi localizado nos autos o Despacho do Diretor-Geral do DNPM a que se refere a decisão ministerial, o qual teria retificado as Portarias de Concessão de Lavra nºs 263/03 e 204/05.

48 De qualquer sorte, a decisão ministerial determinou o cancelamento da retificação e a manutenção da locação da área objeto da Portaria nº 204, de 2005, de acordo com as coordenadas geográficas originalmente calculadas pela Autarquia Minerária.

49 Em face dessa decisão, a Mineração Guidoni Ltda. protocolou pedido de reconsideração da decisão ministerial combinado com recurso hierárquico ao Presidente da República, o qual está encartado às **fls. 141 a 168** do Processo nº 48400.000157/2006-52.

50 Em despacho acostado às **fls. 21** do Processo nº 00400000908/2007-95, o Ministro de Estado de Minas e Energia: 1) aprovou e adotou, como fundamento de sua decisão, o PARECER CONJUR/MME Nº 050/2007, da Consultoria Jurídica no Ministério (**fls. 13 a 20**); 2) não acolheu o Pedido de Reconsideração apresentado; 3) indeferiu o Requerimento de fls. 270/328 do Processo DNPM 48400.000157/2006-48; 4) determinou

a retificação do Ponto de Amarração constante da Portaria nº 263, de 5 de dezembro de 2003; e 5) registrou:

[...] devendo, no entanto, ser respeitados os direitos minerários adquiridos por terceiros, por meio de Instrumentos de Cessão, devidamente registrados no DNPM, sobre áreas com coordenadas geográficas já definidas, e o envio de Ofício com cópia desta Decisão ao DNPM para que exerça a efetiva fiscalização acerca do seu cumprimento. Por fim, os autos devem ser encaminhados, com Exposição de Motivos, ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, tendo em vista o Recurso apresentado pela Recorrente.

SILAS RONDEAU CAVALCANTE SILVA

51 Após análise preliminar, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, por meio do Ofício nº 153-SAJ, de 24 de abril de 2007, constante às fls. 1 do Processo nº 00400.000908/2007-95, solicitou a essa Advocacia-Geral da União a análise da pré-admissibilidade do recurso à luz do Parecer nº AGU/GM-19.

52 Este é o relato dos fatos e aspectos mais relevantes que importam ao caso.

#### **A CONSULTA FORMULADA:**

53 A questão submetida a esta Advocacia-Geral da União diz respeito à admissibilidade do recurso dirigido ao Presidente da República.

54 Como registrado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, a matéria foi objeto do referido Parecer nº AGU/GM-19 que, na análise de caso envolvendo recurso hierárquico impróprio ao Presidente da República, assentou:

*12. Realmente, os recursos ao Presidente da República, previstos no Artigo 68, §3º, do Código de Mineração, não são Cabíveis senão contra despacho ministerial declaratório de nulidade ou caducidade da autorização de pesquisa: (grifo nosso)*

Art. 68 - O processo administrativo para declaração de nulidade ou de caducidade, será instaurado “ex-officio” ou mediante denúncia comprovada.

[...]

§ 3º - Do despacho ministerial **declaratório de nulidade ou caducidade da autorização de pesquisa**, caberá:

a) pedido de reconsideração, no prazo de 15 (quinze) dias; ou,

b) recurso voluntário ao Presidente da República, no prazo de 30 (trinta) dias, desde que o titular da autorização não tenha solicitado reconsideração do despacho, no prazo previsto na alínea anterior.

§ 4º - o pedido de reconsideração, não atendido, será encaminhado em grau de recurso, “ex-officio”, ao Presidente da República, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar de seu recebimento, dando-se ciência antecipada ao interessado, que poderá aduzir novos elementos de defesa, inclusive prova documental, as quais, se apresentadas no prazo legal, serão recebidas em caráter de recurso.

§ 5º - O titular da autorização declarada Nula ou Caduca, que se valer da faculdade conferida pela alínea “a” do § 3º, deste artigo, não poderá interpor recurso ao Presidente da República enquanto aguarda solução Ministerial para o seu pedido de reconsideração.

§ 6º - Somente será admitido 1 (hum) pedido de reconsideração e 1 (hum) recurso.

§ 7º - Esgotada a instância administrativa, a execução das medidas determinadas em decisões superiores não será prejudicada por recursos extemporâneos, pedidos de revisão e outros expedientes protelatórios.

55 Entendeu-se, por meio do Parecer em foco, que o Código de Mineração, embora tenha previsto recurso ao Presidente da República, em caráter excepcional, apenas na hipótese em que o recorrente não concordasse com o acolhimento de denúncia de nulidade ou de caducidade de autorização de pesquisa, não inviabilizou a interposição de recurso ao Chefe do Poder Executivo, em outros casos.

56 De fato, na ausência de previsão legal, a provocação do Chefe do Poder Executivo somente teria lugar para garantir ao administrado o direito de revisão das decisões administrativas que lhe tenham sido

desfavoráveis. E, mesmo assim, somente quando se tratar de decisões tomadas em única instância por Ministro de Estado.

57 Tudo com o objetivo de assegurar a revisão do ato administrativo, que é garantia típica do estado de direito.

58 Assim, na hipótese de o administrado ser atingido por decisão originária de Ministro de Estado que lhe seja desfavorável, poderá, em tese, observados os prazos previstos no regime administrativo geral, submeter a matéria ao Presidente da República para o fim de preservar o seu direito à revisão das decisões administrativas.

59. Com o objetivo de aferir a situação concreta, vale relembrar a sucessão de alguns fatos pertinentes.

60 Como se viu, a Portaria de Lavra nº 263, de 2003, foi editada pelo Secretário de Minas e Metalurgia do Ministério de Minas e Energia, em 5 de dezembro de 2003, no uso de competência delegada pelo Ministro de Estado de Minas e Energia.

61 Já após a alteração do nome do cargo para Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, mantida a delegação ministerial para a edição de portarias de concessão de lavra, o titular do referido cargo acolheu o pleito da Mineração Guidoni Ltda. e determinou a retificação da Portaria de Lavra nº 263, de 5 de dezembro de 2003.

62. A retificação de que se trata foi concretizada com a publicação no Diário Oficial da União de 31 de outubro de 2005, conforme conta às **fls. 678**.

63 A seguir, foi protocolado por Granitos Zambaldi Ltda. pedido dirigido ao Diretor da Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro – DICAM do DNPM, para que este tornasse sem efeito a retificação.

64 Embora a Granitos Zambaldi Ltda. não tenha pedido a reconsideração do ato do Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, nem interposto recurso a ser decidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, visando a tornar sem efeito a retificação da portaria do referido Secretário, a matéria foi tratada como se fosse hipótese de recurso.

65 Esse tratamento pareceu adequado eis que o pedido formulado envolvia a revisão de ato praticado por autoridade subordinada ao Ministro de Estado, ainda que no uso de competência delegada por ele. Além disso, o ato cuja revisão se pretendeu já havia sido praticado com o objetivo de revisar ato anterior.

66 Com efeito, o pedido de Granitos Zambaldi Ltda., visando ao cancelamento da retificação da Portaria de Lavra nº 263, de 2003, da Mineração Guidoni Ltda., foi dirigido ao Diretor da Diretoria de Outorga e Cadastro Mineiro – DICAM do DNPM, sob a justificativa de que dita retificação teria interferido na área sobre a qual havia adquirido direito de exploração mineral, como já se registrou.

67 Ocorre que a retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, vale frisar mais uma vez, foi feita pelo Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, no uso de competência delegada pelo Ministro de Estado.

68 Tratando-se de competência de Ministro de Estado delegada a um Secretário do Ministério, a de editar portarias de concessão de lavra e, eventualmente, retificá-las, não poderia, o Diretor da DICAM, rever esse ato, conforme apontado pela Procuradoria Federal junto ao DNPM, a qual sugeriu o encaminhamento do pleito de Granitos Zambaldi Ltda. ao Ministério de Minas e Energia.

69 O pedido de cancelamento da retificação foi então apreciado pela Consultoria Jurídica no Ministério de Minas e Energia, como se fosse recurso a ser decidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, autoridade competente para revisar atos praticados pelos Secretários e demais autoridades do Ministério.

70. O Titular do Ministério de Minas e Energia, em grau de recurso e acolhendo a manifestação da Consultoria Jurídica, tornou sem efeito a retificação atacada, mantendo a locação das áreas cessionárias.

71. A decisão do Ministro teve como lastro principal a inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que a Granitos Zambaldi Ltda. não havia sido chamada a se manifestar a respeito do pedido de retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, protocolado por Mineração Guidoni Ltda.

72. O ato ministerial, entretanto, fez expressa referência a decisão do Diretor-Geral do DNPM, como se essa autoridade tivesse praticado os atos retificadores das Portarias de Concessão de Lavra nºs 263, de 2003, e 204, de 2005.

73. E, na verdade, não foi o Diretor-Geral do DNPM o responsável pela retificação de que se trata, mas, sim, o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, no uso de competência que lhe foi delegada pelo próprio Ministro de Estado de Minas e Energia.

74. O Despacho do Ministro que objetivou tornar sem efeito o conteúdo da retificação publicada no Diário Oficial da União de 31 de outubro de 2005, fez referência a ato de autoridade distinta da que, de fato, o praticou.

75. Em razão disso, resta evidente a necessidade de retificação do Despacho do Ministro, de 6 de dezembro de 2006, que tornou sem efeito ato que não foi praticado pela autoridade nele referida.

76. De todo modo, mesmo forte na recomendação de retificar-se o despacho ministerial, que tornou sem efeito ato que não foi praticado pela autoridade indicada, não se deve descurar do fato de que a ausência de manifestação prévia de Granitos Zambaldi Ltda., quando da retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, a pedido da Mineração Guidoni Ltda., estava em descompasso com os princípios do contraditório e da ampla defesa na via administrativa.

77. Afinal, a alteração da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, fixou novas coordenadas geográficas da área cedente, implicando a alteração da área cessionária, objeto da Portaria de Concessão de Lavra nº 204, de 2005, e afetando direitos de Granitos Zambaldi Ltda., que deveria ter sido ouvida antes de qualquer alteração dessa monta.

78. Assim, antes de qualquer discussão acerca da admissibilidade de recurso ao Presidente da República, há que se providenciar o saneamento dos autos, expurgando-se os vícios de forma e de conteúdo.

79. É preciso examinar, ainda no âmbito do Ministério de Minas e Energia, a possibilidade de correção dos atos cujos vícios sejam sanáveis.

80 Nessa linha a necessária avaliação dos atos que fazem menção a coordenadas geográficas as quais não coincidem com as do ponto de amarração descrito no pedido de autorização de pesquisa que deu origem aos processos sob análise.

81 Para tanto, parece prudente que o Ministro de Estado de Minas e Energia, após a revisão de seu ato, restitua os autos ao Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, seu subordinado, para que esse colha novas manifestações das empresas Mineração Guidoni Ltda. e Granitos Zambaldi Ltda, partes interessadas.

82 Isso, com o objetivo de instruir os autos com elementos suficientes a respaldar nova decisão, que lhe pareça justa e adequada, a respeito do pedido de retificação das coordenadas geográficas do ponto de amarração indicado, a “CONFLUÊNCIA DO CÓRREGO TODOS OS SANTOS COM O CÓRREGO SOCORRO”, sempre observando as repercussões nas áreas de lavra de cada empresa.

83 Complementada que seja a instrução dos autos, o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, no uso da competência que lhe foi delegada, decidirá acerca do pedido, agora sem risco de violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

84 Após nova decisão do Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, havendo questionamento de qualquer das partes, poderá ser manejado pedido de reconsideração ao próprio Secretário, ou recurso, a ser decidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, obedecidos os prazos recursais e as circunstâncias peculiares que cercam cada caso.

85 Nesse sentido o disposto no art. 56 e seu § 1º da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o recurso administrativo, *verbis*:

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

[...]

86 O fato de o Ministro de Estado de Minas e Energia ter delegado competência ao Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, seu subordinado, para decidir a respeito da concessão de lavra de minério, permite que o ato administrativo seja reexaminado no âmbito do próprio Ministério, sem a necessidade de alçar matéria corriqueira, de tramitação ordinária naquela pasta, à elevada consideração do Presidente da República, a quem devem ser reservados os temas mais relevantes da República.

87 É de se notar que, caso a competência para decidir a respeito da concessão de lavra de minério fosse exercida diretamente pelo Ministro de Estado, todos os pedidos de reexame, ao menos em tese, teriam de ser apreciados pelo Presidente da República, em homenagem à garantia de revisão do ato administrativo.

88 Ocorre, entretanto, que isso implicaria concentrar no Chefe do Poder Executivo todas as decisões a respeito da atividade econômica de mineração, o que não se coaduna com a descentralização de poder que visa, justamente, imprimir agilidade à Administração Pública.

89 Fato é que, casos como o presente não devem ensejar a manifestação presidencial. Como bem se afirmou no Parecer nº GM-19, ao qual o Presidente da República atribuiu efeito vinculante, o recurso ao Chefe do Poder Executivo há de ser sempre excepcional e não uma terceira instância administrativa ordinária.

90 De acordo com o entendimento então fixado, recurso ao Presidente da República só é cabível, excepcionalmente, quando previsto em norma legal que indique as condições para o seu manejo, ou, ordinariamente, nas hipóteses em que a decisão recorrida tenha sido proferida, em única instância, por Ministro de Estado.

91 É importante frisar que, mesmo em face da prerrogativa enunciada no art. 170 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, de que “*O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal*”, o caso concreto parece não justificar a intervenção extraordinária.

92 De fato, somente as questões de grande relevo para o Estado e para a Sociedade justificariam tal intervenção. E a questão constante

dos autos, relativa às coordenadas geográficas em áreas de lavra de granito, parece não se enquadrar nessa hipótese.

93 Trata-se de processo cujas repercussões diretas afetam apenas às empresas mineradoras em litígio. O eventual reposicionamento das áreas de lavra não terá impacto importante para o Estado ou para a sociedade, senão aquele que já decorre da própria atividade de mineração.

94 Além dos diversos motivos já expostos, registre-se que a decisão do Ministro de Estado de Minas e Energia foi adotada a título de revisão de decisão anterior praticada por autoridade a ele subordinada, o que atende à garantia de reexame dos atos administrativos e desautoriza a inauguração de uma terceira instância administrativa ordinária na pessoa do Presidente da República.

95 Em resumo, cuida-se de decisão de Ministro de Estado já em instância revisora e não de decisão originária que dê ensejo a recurso ao Presidente da República.

96 Nesses termos, insisto na sugestão de que os autos sejam restituídos ao Ministério de Minas e Energia para as providências adequadas, a partir do reconhecimento de que o ato de retificação de coordenadas geográficas tornado sem efeito, de fato, não foi praticado pela autoridade indicada.

#### **CONCLUSÕES:**

97 A título de conclusão, registro a síntese do que foi apreciado:

I – o Código de Mineração não prevê recurso ao Chefe do Executivo, exceto na hipótese de despacho ministerial declaratório de nulidade ou caducidade da autorização de pesquisa, o que não ocorreu no caso concreto;

II – eventual recurso impróprio somente poderia ser manejado na hipótese de decisão de única instância de Ministro de Estado que, em sendo desfavorável ao administrado, daria ensejo a revisão superior, na linha de evitarem-se decisões irrecuráveis e irreversíveis, inaceitáveis no estado de direito;

III – no caso de decisão de Ministro de Estado em pedido de desfazimento ou anulação de ato de autoridade a ele subordinada, não há que se falar em decisão originária de única instância. Trata-se, isso sim, de decisão em grau de recurso, que não dá ensejo a novo recurso ao Presidente da República;

IV – inviável a abertura de uma terceira instância revisora no Presidente da República, sobretudo quando se trate de tema corriqueiro no âmbito do Ministério de Minas e Energia. Hipótese que não atrai a intervenção extraordinária do Chefe do Poder Executivo;

V – a retificação da Portaria de Concessão de Lavra nº 263, de 2003, foi feita pelo Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do Ministério de Minas e Energia, por delegação do próprio Ministro de Estado;

VI – o Ministro de Estado de Minas e Energia, ao tornar sem efeito retificação que afirma ter sido praticada pelo Diretor-Geral do DNPM, laborou em equívoco, sendo prudente o desfazimento do ato;

VII – ao reapreciar a questão, o Ministro de Estado de Minas e Energia poderá rever o seu ato e restituir os autos ao Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do mesmo Ministério, para que este complemente a sua instrução e decida quanto à possibilidade de retificação das coordenadas geográficas do ponto de amarração, observados os princípios do contraditório e da ampla defesa;

VIII – havendo questionamento de qualquer das partes interessadas, poderá ser manejado pedido de reconsideração ao próprio Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral ou recurso a ser decidido pelo Ministro de Estado de Minas e Energia, o que atende à garantia de revisão do ato administrativo.

98 Nesses termos, ausentes os pressupostos para a admissibilidade de recurso ao Presidente da República, é de se lhe negar conhecimento, restituindo-se os autos ao Ministério de Minas e Energia, para as correções consideradas devidas.

São estas, Senhor Consultor-Geral, as considerações que ora submeto à apreciação de Vossa Excelência.

Brasília, 31 de março de 2008.

*JOÃO FRANCISCO AGUIAR DRUMOND*  
*Consultor da União*

## DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 167/2008

PROCESSO Nº 00400.000908/2007-95

APENSOS: 48400.000157/2006-52, DNPM 890.588/1988 E DNPM 896.141/2001

PROCEDÊNCIA: CASA CIVIL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

INTERESSADOS: MINERAÇÃO GUIDONI LTDA

ASSUNTO: Recurso administrativo ao Exmº Sr. Presidente da República. Análise de admissibilidade à luz do Parecer nº AGU/GM-19.

Sr. Advogado-Geral da União,

1 Trata-se de expediente encaminhado pela Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República para que a Advocacia-Geral da União expresse seu posicionamento a respeito da admissibilidade, à luz do Parecer nº AGU/GM -19, de recurso administrativo a ser apreciado pelo Exmº Sr. Presidente da República, interposto pela Mineração Guidoni LTDA em face do Despacho do Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia de 06.12.2006.

2 Referido despacho acolhe recurso de uma mineradora – Granitos Zambaldi Ltda – para tornar sem efeito despacho do Diretor Geral do DNPM que retificou duas portarias de concessão de lavra, para alterar os pontos de coordenadas geográficas da área a ser pesquisada e explorada.

3 Pelo Parecer nº AGU/GM-19, que possui efeito vinculante para toda a administração pública federal, o recurso ao Sr. Presidente da República é excepcional e não uma terceira instância administrativa ordinária.

4 Ressalto, ainda, que o Grupo de Trabalho constituído por V. Ex<sup>a</sup> com o objetivo de indicar aqueles pareceres vinculantes da AGU que mereceriam revisão em face da evolução legislativa e jurisprudencial, não apontou a necessidade de rever os termos do Parecer nº AGU/GM-19, entendendo atuais e jurídicos os seus fundamentos.

5 A matéria foi distribuída ao DECOR que se manifestou por intermédio do Parecer nº AGU/-JD -2/2008, de autoria do Dr. João Drumond, Consultor da União e Diretor do DECOR, no sentido da impossibilidade de a matéria ser apreciada em grau de recurso pelo Exmº Sr. Presidente da República.

6 Lembro, Sr. Advogado-Geral, que o ponto fulcral dos presentes autos reside no conflito entre duas Mineradoras no Estado do Espírito Santo – Mineradora Guidoni Ltda e Mineradora Zambaldi Ltda – a respeito da área cedida pela primeira à segunda para exploração e lavra.

7 Estou de acordo com os argumentos trazidos pelo Parecer em comento, pelo fato de que somente devem ser consideradas duas hipóteses em que as matérias subam, em grau de recurso, à apreciação do Sr. Presidente da República.

8 A primeira, quando houver expressa previsão legal. Não é o caso dos autos. O Código Brasileiro de Mineração – Decreto-Lei nº 227, de 1963, em seu art. 68, § 3º, estabelece que somente será submetido recurso ao Sr. Presidente da República quando se tratar de despacho ministerial que declare a nulidade ou a caducidade de Portaria que autorize a pesquisa mineral.

8 No caso em tela, trata-se de despacho que acolhe recurso de uma mineradora – Granitos Zambaldi Ltda – para tornar sem efeito despacho do Diretor Geral do DNPM que retificou duas Portarias de concessão de lavra para alterar os pontos de coordenadas geográficas da área a ser explorada.

10 Assim, afastada estaria a primeira hipótese que autorizaria a remessa do recurso administrativo à apreciação do Sr. Presidente da República.

11 A segunda hipótese possível seria o caso de a matéria ter sido decidida, na esfera administrativa, em única instância por Ministro de Estado, no caso, pelo Sr. Ministro de Minas e Energia.

Também não é o caso dos autos. A competência para conceder áreas para lavra foi delegada pelo Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia ao Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral do MME.

12 A decisão – Despacho do Ministro de 06.12.2006 - que se pretende submeter, em grau de recurso, ao descortino do Sr. Presidente da República já é uma decisão em grau de recurso que assegura a incidência do princípio da revisibilidade das decisões no âmbito do processo administrativo.

13 A situação descrita no item anterior, em que a autoridade delegante revê a decisão do delegado é tratada no item 16 do Parecer GM-19, em que se reafirma a incidência do princípio da revisibilidade, da ampla defesa e do contraditório no processo administrativo.

14 Por fim, não há que se olvidar a faculdade prevista no art. 170 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, de o Sr. Presidente da República avocar e decidir qualquer assunto no âmbito da administração pública federal, mormente as matérias relevantes, complexas, transcendentais que impactam de maneira efetiva o interesse público perseguido em cada ação estatal.

15 Há que se sublinhar, contudo, não se tratar de hipótese recursal, mas sim de prerrogativa do Chefe do Poder Executivo.

16 De qualquer sorte, não parece ser o caso dos autos. Por mais que a matéria adquira relevância econômica aos interessados, não é assunto que deva atrair a competência extraordinária do Sr. Presidente da República. Trata-se de matéria corriqueira, técnica e específica a ser equacionada no âmbito do Ministério das Minas e Energia, de seus órgãos subordinados e de suas entidades vinculadas.

17 Nesse sentido, Sr. Advogado-Geral da União, ponho-me de acordo com o Parecer nº AGU/JD -2/2008, no sentido de ser inadmissível o recurso ao Sr. Presidente da República para solução da questão trazida pelos presentes autos.

18 É matéria a ser resolvida no âmbito do Ministério das Minas e Energia, em absoluta consonância com o princípio constitucional do devido processo legal aplicado ao processo administrativo.

19 Destaco, por fim, Sr. Advogado-Geral, a necessidade de a matéria ser reapreciada no âmbito do Ministério das Minas e Energia para saneamento do processo, pois o Despacho do Sr. Ministro tornou sem efeito o despacho do Diretor-Geral do DNPM, quando, na verdade, o autor do Despacho fora o Secretário de Geologia, Mineração e Transformação Mineral, por delegação do próprio Ministro.

20 Caso aprobe o presente Despacho, sugiro sejam encaminhadas cópias do Parecer nº AGU/JD -2/2008, deste Despacho e da manifestação de V. Ex<sup>a</sup> ao Subchefe de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República para ciência.

21 Sugiro, ainda, sejam encaminhadas cópias integrais dos presentes autos ao Sr. Ministro de Estado das Minas e Energia e restituídos os autos dos processos em apenso (4 volumes acondicionados em duas caixas plásticas), originários desse Ministério, para que adote as providências de saneamento do procedimento administrativo, especialmente as sugeridas nas conclusões do Parecer nº AGU/-JD -2/2008, nos incisos VI, VII e VIII do item 97, às fls. , e dê ciência às interessadas do teor da decisão de V. Ex.<sup>a</sup>.

22 Proponho, por fim, após a adoção das medidas sugeridas, o arquivamento dos presentes autos.

À consideração.

Brasília, 23 de abril de 2008

*RONALDO JORGE ARAUJO VIEIRA JUNIOR*  
*Consultor-Geral da União*

## DESPACHO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

**REFERÊNCIA: PROCESSO Nº 00400.000908/2007-95**

**Aprovo**, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 167/2008, o PARECER Nº AGU/JD-2/2008.

Encaminhe-se cópia integral dos autos ao Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia, e restitua-se o Processo nº 48400.000157/2006-48 em apenso (4 volumes) ao mesmo Ministério para adoção das providências cabíveis, cópia dos Despachos e do Parecer nº AGU/JD-2/2008 à Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, para ciência.

Após, encaminhem-se os autos do Processo nº 00400.000908/2007-95 à Consultoria-Geral da União para arquivamento.

Em 05 de maio de 2008.

*JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI*



**AGU SUSPENDE NO STF DECISÃO QUE  
IMPEDIA A LICITAÇÃO DA PRIMEIRA  
FLORESTA PÚBLICA**

*Grace Maria Fernandes Mendonça  
Secretária-Geral de Contencioso*



A Secretaria-Geral de Contencioso (SGCT) conseguiu obter, perante a Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), a suspensão dos efeitos da decisão proferida pelo Tribunal Regional da 1ª Região, que, em sede de agravo de instrumento, deferiu pedido de tutela antecipada formulado, em ação civil pública, pelo Ministério Público Federal (MPF). A mencionada decisão submetia a continuidade do procedimento licitatório para a primeira concessão de floresta pública, a Floresta Nacional do Jamari, localizada no Município de Itapoã do Oeste/RO, à aprovação do Congresso Nacional.

O Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, deferiu, no dia 06 de maio, o pedido formulado pela União na Suspensão de Tutela Antecipada nº 235, acolhendo, para tanto, os argumentos desenvolvidos pela Secretaria-Geral de Contencioso, segundo os quais a concessão florestal, disciplinada pela Lei nº 11.284/06, não se confundiria com a alienação ou concessão de terras públicas, hipótese que exigiria a prévia aprovação do Congresso Nacional, a teor do art. 49, XVII, da Constituição da República. Em verdade, a mencionada concessão de florestas públicas não importaria a transferência da posse da terra pública, mas apenas a delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços.

Por conseguinte, restaria evidente a violação da ordem pública, entendida como ordem jurídico-administrativa, haja vista que a decisão impugnada acabaria por impedir a regular execução das atividades típicas do Estado-administração, sem que houvesse motivo legítimo para tanto.

O Presidente do Excelso Pretório destacou também que a subsistência da decisão impugnada ensejaria a proliferação de medidas liminares em demandas de idêntico teor, fato que recomendaria o deferimento do pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União.

Com a mencionada decisão, o Serviço Florestal Brasileiro poderá dar continuidade à licitação da referida floresta do Vale do Jamari, bem como de outras, garantindo a efetividade da citada Lei nº 11.284/06. Caso a decisão não tivesse tido os seus efeitos suspensos, perderia o país uma excelente oportunidade de solucionar o desmatamento descontrolado e de possibilitar o manejo sustentável dos recursos renováveis existentes

**DECISÃO:** Trata-se de suspensão de tutela antecipada, com pedido de medida liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pela Des. Selene Maria de Almeida, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.004474-1/RO.

A petição inicial relata que, na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública, em face da União, para suspender, em sede de tutela antecipada, a concorrência nº 1/2007, referente à concessão da Floresta Nacional do Jamari/RO, bem como para que a então requerida se abstenha de praticar quaisquer outros atos tendentes à formalização de outra concorrência até decisão ulterior (fls. 51-62).

Em 17 de janeiro de 2008, o juízo da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária de Rondônia indeferiu a antecipação de tutela (fls. 40-47), sob o fundamento de que a concorrência nº 1/2007 estaria respaldada na Lei nº 11.284/2006, que regula a gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Acrescentou que a Constituição Federal, em seu art. 225, não vedaria a referida concessão, mas tão-somente limitaria a utilização do meio-ambiente, impondo algumas restrições.

Por fim, o magistrado de primeira instância asseverou que a concessão em exame não implicaria a transferência de domínio de área pública, uma vez que a própria lei contraria essa afirmação, ao impor uma série de restrições quanto ao uso da terra pública.

Contra essa decisão, o Ministério Público Federal interpôs agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, no TRF da 1ª Região (fls. 23-39).

A relatora do agravo, Des. Maria Selene de Almeida, deferiu a antecipação de tutela “*para sustar o processo de licitação da Floresta Nacional do Jamari até que o Serviço Florestal Brasileiro obtenha autorização prévia do Congresso Nacional, conforme determina o art. 49, XVII, da Constituição da República*” (fls. 63-91).

A decisão impugnada fundamenta-se, em síntese, na suposta usurpação da competência exclusiva conferida pelo art. 49, XVII, da Constituição Federal, ao Congresso Nacional para aprovar a concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares:

A questão jurídica da submissão da concessão ao Congresso Nacional, *ex vi* do art. 49, XVII, da Constituição, já foi matéria sujeita a polêmica entre os juristas, quando se verificou que o Projeto de Lei 4.776/05 não observava a referida norma constitucional.

O Projeto de Lei 4776/2005 provocou muita polêmica entre ambientalistas, governo e membros do Parlamento, exatamente por causa dessa omissão.

[...]

A r. decisão agravada partiu do pressuposto de que a Lei 11.284/06, que retirou a possibilidade do Congresso Nacional examinar concessões de florestas de grandes áreas, é constitucional.

Quanto ao argumento de que a lei presume-se constitucional, não se põe em discussão que, realmente, a lei goza, no ordenamento jurídico, da presunção de constitucionalidade, assim como o ato administrativo presume-se revestido de legalidade. Também não é admissível que o magistrado afaste tais presunções sem demonstração evidente, acima de qualquer dúvida razoável, de que está patente a violação à Constituição. Por isso, na dúvida, a decisão do juízo singular ou colegiado deve ser pela confirmação da constitucionalidade da norma impugnada.

O Projeto de Lei que deu origem a Lei 11.284/06 não previa a aprovação do Parlamento para a concessão da floresta com área superior a 2.500 hectares, *ex vi* do art. 49, XVII, da Constituição Federal de 1988. No Senado Federal, o projeto recebeu emenda para que se adequasse à Constituição no particular. A circunstância de ter havido veto presidencial, por si só, não transforma o texto inconstitucional em constitucional. A vontade do Poder Executivo ou de quem quer que seja não tem o condão de alterar a natureza das coisas. Do contrário, ter-se-ia a conclusão, oposta ao ordenamento jurídico, de que em todo caso de ocorrência de veto nasceria uma presunção absoluta da constitucionalidade da norma.

Por outro lado, é bizantina a distinção entre concessão de terra pública e concessão florestal feita na decisão agravada. Concessão não é sinônimo de alienação nem transferência de domínio. Não se conhece em sede de Direito Administrativo a tese de que a concessão

de bens, serviços ou terras públicas, implique em transferência de domínio ou que concessão e alienação de terras públicas tenham a mesma natureza jurídica.

A r. decisão agravada vale-se de um raciocínio falacioso porque a concessão prevista no art. 49, XVII, da CF/88 não implica em alienação de propriedade. Ademais, conforme destacado pelo Ministério Público Federal – agravante, são bens imóveis o solo e tudo quanto lhe for incorporado natural ou artificialmente.

A concessão é um ato administrativo pelo qual se institui um direito de uso, de aproveitamento e exploração. Por meio da concessão se constitui um direito real sobre coisas de domínio público. Contudo, é de sua essência a revogabilidade. Não há transmissão do domínio pleno e a exploração que venha a ocorrer será sempre limitada por esse domínio público.

A doutrina subdivide a concessão em duas modalidades: a de serviço público e concessão dominial. A concessão de floresta pública seria dessa última espécie, porque implica na outorga de um privilégio ao vencedor da licitação sobre um bem imóvel da União.

O conteúdo dominial da concessão de floresta pública altera o princípio da inalienabilidade do domínio público, mas não significa, *ipso facto*, em transmissão da propriedade do bem do Estado. Como qualquer outra modalidade de concessão, a de florestas públicas é passível de caducidade, revogabilidade, tem profundas limitações quanto à disponibilidade, à forma de uso, além de outros gravames impostos pelo Poder Público.

Inexiste na doutrina e na jurisprudência tese de que a concessão do domínio público, qualquer que seja, afaste a soberania do Estado das áreas dadas em concessão.

Em resumo, a exigência de apreciação da matéria *sub judice* é do Congresso Nacional, pois a norma constitucional não faz distinção da exigência seja para concessão ou alienação. Além disso, a concessão de floresta é também uma espécie de concessão dominial, exatamente como prevista na Constituição.

No caso, contudo, a presunção de legitimidade da norma jurídica, *data venia*, não subsiste diante das disposições claras do legislador constituinte que não permite que se conceda o uso de terras públicas com área superior a 2.500 hectares sem prévia anuência do Parlamento. A constituinte não faz qualquer distinção entre alienação do domínio ou mera concessão. Quem elabora a distinção, inexistente no texto da Constituição, é a r. decisão recorrida.

Portanto, o pedido autoral tem fundamento constitucional legítimo, eis que a retirada da competência exclusiva do Congresso Nacional para examinar sobre a concessão de milhões de quilômetros de florestas públicas brasileiras é uma afronta direta ao art. 49, XVII, da Constituição da República. O caso não requer interpretação sutil, pois o texto da norma é de meridiana clareza e sua violação pela Lei 11.284/06“ (fls. 12 e 27/28).

É contra essa decisão que se insurge a requerente.

Conforme aduzido na inicial, além do presente pedido de suspensão de tutela antecipada, a União pleiteou a reconsideração da decisão ora impugnada e, alternativamente, a remessa dos autos à Quinta Turma do TRF da 1ª Região para reexame da questão (fls. 92-131).

A requerente alega que a decisão impugnada constituiria grave lesão à ordem pública.

Nesse sentido, aponta a dispensabilidade da submissão prévia ao Congresso Nacional da aprovação da concorrência para concessão de florestas públicas, *verbis*:

Logo, a contracautela a ser buscada temporariamente (ou seja, até o trânsito em julgado da ação) objetiva sustar a eficácia de decisão que afronta não só disposições legais, mas também normas contidas no próprio texto constitucional – arts. 49, XVII, e 225 -, e que, pois, desrespeita a ordem público-administrativa traçada pelo constituinte originário.

No caso dos autos, observa-se que a decisão antecipatória que ora se pretende suspender, ao sustar o processo de licitação da Floresta Nacional do Jamari/RO até que o Serviço Florestal Brasileiro obtenha autorização prévia do Congresso Nacional, violou tanto dispositivos da Constituição Republicana (art. 49, XVII, e art. 225),

como também a própria diretriz contida na Lei nº 11.284/2006 (que disciplina, dentre outras matérias, a gestão de florestas públicas para a produção sustentável).

[...]

Conforme se verifica da redação da norma acima transcrita [art. 10 da Lei nº 11.284/2006], o seu § 4º, que determinada a submissão prévia do PAOF à apreciação do Congresso Nacional (nas hipóteses de concessões de florestas públicas com área superior a 2.500 hectares), foi vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de que *'o texto aprovado pelo Congresso Nacional se contrapõe ao princípio apontado no inciso VII do art. 2º - que diz: a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas; uma vez que determina sistemática de submeter o Plano Anual de Outorga Florestal ao Congresso Nacional, o que vincula sua aprovação, inclusive, a contingências políticas de curto prazo, além de criar novos processos administrativos para a tramitação da matéria'*.

Dessa forma, quando a concorrência (processo licitatório) objetivar a concessão de florestas públicas (exploração de produtos e serviços de uma unidade de manejo), não se mostra indispensável a submissão prévia ao Parlamento Nacional (como previsto no art. 49, XVII, da Constituição) para a aprovação ou não de tal certame (fls. 11 e 13º).

Defende, assim, a inaplicabilidade do disposto no art. 49, XVII, da Constituição Federal, às concessões florestais:

A necessidade de aprovação do Congresso Nacional, prevista no art. 49, inciso XVII, da Constituição de 1988, só deve ser aplicada nas hipóteses taxativamente previstas no dispositivo, quais sejam, a de alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dois mil e quinhentos hectares. Não se aplica, portanto, às concessões florestais previstas na Lei nº 11.284, de 02 de março de 2006 (fl. 16).

Ademais, sustenta que:

a manutenção da decisão proferida no Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.004474-1/RO poderá servir de paradigma para que os Juízos Federais de todo o país, em total desrespeito ao texto

da Constituição de 1988 e às políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo, concedam liminares e determinem a suspensão (com a conseqüente anulação) de futuros editais de concorrências destinadas à concessão de florestas públicas no âmbito do território nacional (fl. 19).

Por fim, requer:

seja suspensa a eficácia da decisão monocrática proferida pela Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.004474-1/RO, tendo em vista a comprovada lesão à ordem pública.

Requer, ainda, que o pedido seja processado e deferido, ainda que sobrevenha acórdão na ação de origem ou a manutenção, por órgão colegiado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, da medida de urgência ora impugnada, em ordem a suspender a eficácia executiva da decisão até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação de origem, tendo em vista o teor da Súmula nº 626 dessa Suprema Corte (fls. 20/21).

Decido.

A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI-STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004.

Embora ainda não se tenha contemplado a questão com a necessária atenção, é certo que se, de um lado, a transferência para o Superior Tribunal de Justiça da atribuição para conhecer das questões relativas

à observância do direito federal acabou por reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal às controvérsias de índole constitucional, não subsiste dúvida de que, por outro lado, essa alteração deu ensejo à Excelsa Corte para redimensionar o conceito de *questão constitucional*.

O próprio significado do princípio da legalidade, positivado no art. 5.º, II, da Constituição, deve ser efetivamente explicitado, para que dele se extraiam relevantes conseqüências jurídicas já admitidas pela dogmática constitucional.

O princípio da legalidade, entendido aqui tanto como princípio da supremacia ou da preeminência da lei (*Vorrang des Gesetzes*), quanto como princípio da reserva legal (*Vorbehalt des Gesetzes*), contém limites não só para o Legislativo, mas também para o Poder Executivo e para o Poder Judiciário.

A idéia de supremacia da Constituição, por outro lado, impõe que os órgãos aplicadores do direito não façam *tabula rasa* das normas constitucionais, ainda quando estiverem ocupados com a aplicação do direito ordinário. Daí porque se cogita, muitas vezes, sobre a necessidade de utilização da interpretação sistemática sob a modalidade da interpretação conforme à Constituição.

É de se perguntar se, nesses casos, tem-se simples *questão legal*, ou se o tema pode ter contornos constitucionais e merece, por isso, ser examinado pelo Supremo Tribunal Federal.

Ainda nessa linha de reflexão, deve-se questionar se a decisão judicial que se ressentir de falta de fundamento legal poderia ser considerada contrária à Constituição, suscitando uma legítima *questão constitucional*.

Na mesma linha de raciocínio seria, igualmente, lícito perguntar se a aplicação errônea ou equivocada do direito ordinário poderia dar ensejo a uma *questão constitucional*.

Tal como outras ordens constitucionais, a Constituição brasileira consagra como princípio básico o postulado da legalidade segundo o qual “ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5.º, II).

O princípio da legalidade contempla, entre nós, tanto a idéia de *supremacia da lei* (*Vorrang des Gesetzes*), quanto a de *reserva legal* (*Vorbehalt des Gesetzes*).

O princípio da reserva legal explicita as matérias que devem ser disciplinadas diretamente pela lei. Este princípio, na sua dimensão negativa, afirma a inadmissibilidade de utilização de qualquer outra fonte de direito diferente da lei. Na sua dimensão positiva, admite-se que apenas a lei pode estabelecer eventuais limitações ou restrições<sup>1</sup>.

Por seu turno, o princípio da supremacia ou da preeminência da lei submete a administração e os tribunais ao regime da lei, impondo tanto a exigência de aplicação da lei (dimensão positiva) quanto a proibição de desrespeito ou de violação da lei (dimensão negativa)<sup>2</sup>.

A propósito, são elucidativas as lições de Canotilho:

Em termos práticos, a articulação de suas dimensões aponta: (I) para a exigência da aplicação da lei pela administração e pelos tribunais (cfr. CRP arts. 206, 266/2), pois o cumprimento concretizador das normas legais não fica à disposição do juiz (a não ser que as 'julgue' inconstitucionais) ou dos órgãos e agentes da administração (mesmo na hipótese de serem inconstitucionais); (II) a proibição de a administração e os tribunais actuarem ou decidirem contra lei, dado que esta constitui um limite ('função limite', 'princípio da legalidade negativa') que impede não só as violações ostensivas das normas legais, mas também os 'desvios' ou 'fraudes' à lei através da via interpretativa; (III) nulidade ou anulabilidade dos actos da administração e das medidas judiciais ilegais; (VI) inadmissibilidade da 'rejeição' por parte dos órgãos e agentes da administração (mas já não por parte dos juízes), de leis por motivo de inconstitucionalidade. Neste sentido pôde um autor afirmar recentemente que o princípio da legalidade era um 'verdadeiro polícia na ordem jurídica' (J. Chevallier).<sup>3</sup>

Problema igualmente relevante coloca-se em relação às decisões judiciais que, por falta de fundamento legal, acabam por lesar relevantes princípios da ordem constitucional.

Por exemplo, uma decisão judicial que, sem fundamento legal, afete situação individual, revela-se igualmente contrária à ordem constitucional, pelo menos ao direito subsidiário da liberdade de ação (*Auffanggrundrecht*)<sup>4</sup>.

1 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra, 1992, p. 799.

2 Ibidem, p. 796-795.

3 Ibidem, p. 795.

4 SCHLAICH, Klaus. **Das Bundesverfassungsgericht**, Munique: 1985. p. 108.

Se se admite, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade.

A propósito, assinalou a Corte Constitucional alemã:

Na interpretação do direito ordinário, especialmente dos conceitos gerais indeterminados (*Generalklausel*) devem os tribunais levar em conta os parâmetros fixados na Lei Fundamental. Se o tribunal não observa esses parâmetros, então ele acaba por ferir a norma fundamental que deixou de observar; nesse caso, o julgado deve ser cassado no processo de recurso constitucional. (*Verfassungsbeschwerde*) (BverfGE 7, 198 (207); 12, 113 (124); 13, 318 (325)).<sup>5</sup>

Não há dúvida de que essa orientação prepara algumas dificuldades, podendo converter a Corte Constitucional em autêntico Tribunal de revisão. É que, se a lei deve ser aferida em face de toda a Constituição, as decisões não de ter a sua legitimidade verificada em face da Constituição e de toda a ordem jurídica. Se se admitisse que toda decisão contrária ao direito ordinário é uma decisão inconstitucional, ter-se-ia de acolher, igualmente, todo e qualquer recurso constitucional interposto contra decisão judicial ilegal<sup>6</sup>.

Enquanto essa orientação prevalece em relação a leis inconstitucionais, não se adota o mesmo entendimento no que concerne às decisões judiciais.

Por essas razões, procura o Tribunal formular um critério que limita a impugnação das decisões judiciais mediante recurso constitucional. Sua admissibilidade dependeria, fundamentalmente, da demonstração de que, na interpretação e aplicação do direito, o Juiz desconsiderou por completo ou essencialmente a influência dos direitos fundamentais, que a decisão se revela grosseira e manifestamente arbitrária na interpretação e aplicação do direito ordinário ou, ainda, que se ultrapassaram os limites da construção jurisprudencial<sup>7</sup>. Não raras vezes, observa a Corte

5 BverfGE 18, 85 (92 s.); cf., também, ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 2. ed. Munique: 1988. p. 220.

6 SCHLAICH. op. cit., p. 109.

7 Cf., sobre o assunto, SCHLAICH. op. cit., p. 109.

Constitucional que determinada decisão judicial afigura-se insustentável, porque assente numa interpretação objetivamente arbitrária da norma legal (*Sie beruth vielmehr auf schlechthin unhaltbarer und damit objektiv willkürlicher Auslegung der angewendeten Norm*)<sup>8</sup>.

Essa concepção da Corte Constitucional levou à formulação de uma teoria sobre os graus ou sobre a intensidade da restrição imposta aos direitos fundamentais (*Stufentheorie*), que admite uma aferição de constitucionalidade tanto mais intensa quanto maior for o grau de intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais<sup>9</sup>.

Embora o modelo de controle de constitucionalidade exercido pelo *Bundesverfassungsgericht* revele especificidades decorrentes, sobretudo, do sistema concentrado, é certo que a idéia de que a não-observância do direito ordinário pode configurar uma afronta ao próprio direito constitucional tem aplicação também entre nós.

Essa conclusão revela-se tanto mais plausível se se considera que, tal como a Administração, o Poder Judiciário está vinculado à Constituição e às leis (CF, art. 5.º, § 1.º).

Enfim, é possível aferir uma questão constitucional na violação da lei pela decisão judicial. A decisão ou ato sem fundamento legal ou contrário ao direito ordinário viola, dessa forma, o princípio da legalidade.

No presente caso, a controvérsia suscitada pela União diz respeito à lesão à ordem pública, entendida como ordem administrativa, decorrente da violação a dispositivos da Constituição da República (art. 49, XVII, e art. 225), que dizem respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e, principalmente, da Lei n.º 11.284/2006, a qual disciplina a gestão de florestas públicas para a produção sustentável.

A presença da questão constitucional, portanto, é evidente.

Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um

<sup>8</sup> BverfGE 64, 389 (394).

<sup>9</sup> ZUCK, Rüdiger. *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*. 2. ed. Munique: 1968. p. 221.

juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AgR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AgR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

O art. 4º da Lei 8.437/92, c/c o art. 1º da Lei 9.494/97, autoriza o deferimento do pedido de suspensão da execução da tutela antecipada concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

No caso, entendo que está devidamente demonstrado o risco de grave lesão à ordem pública, entendida como ordem administrativa, no tocante ao regular funcionamento dos serviços da Administração Pública e à normal execução das atividades típicas do Estado-administração.

A decisão impugnada suspendeu o processo de concessão da Floresta Nacional do Jamari-RO até que o Serviço Florestal Brasileiro obtenha autorização prévia do Congresso Nacional.

Conforme demonstrou a Advocacia-Geral da União, *“quando a concorrência (processo licitatório) objetivar a concessão de florestas públicas (exploração de produtos e serviços de uma unidade de manejo), não se mostra indispensável a submissão prévia ao Parlamento Nacional (como previsto no art. 49, XVII, da Constituição) para a aprovação ou não de tal certame”* (fl. 13).

Parece razoável, também, o argumento de que *“não se pode confundir a concessão florestal com a concessão dominial (ou concessão de terras públicas)”*. Segundo bem descreve a AGU, *“a primeira (concessão florestal), nos termos da Constituição da República e da Lei nº 11.284/2006, não implica a transferência da posse da terra pública, mas sim a delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo, mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”* (fl. 15).

O processo de licitação para a concessão florestal está disciplinado pela Lei nº 11.284, de 2 de março de 2006, a qual não exige a submissão

do Plano Anual de Outorga Florestal – PAOF à prévia aprovação do Congresso Nacional. Ao contrário, conforme descreve a União, o § 4º do art. 10, “*que determinava a submissão prévia do PAOF à apreciação do Congresso Nacional (nas hipóteses de concessões de florestas públicas com área superior a 2.500 hectares), foi vetado pelo Presidente da República, sob a justificativa de que ‘o texto aprovado pelo Congresso Nacional se contrapõe ao princípio apontado no inciso VIII do art. 2º - que diz: ‘a garantia de condições estáveis e seguras que estimulem investimentos de longo prazo no manejo, na conservação e na recuperação das florestas’; uma vez que determina sistemática de submeter o Plano Anual de Outorga Florestal ao Congresso Nacional, o que vincula sua aprovação, inclusive, a contingências políticas de curto prazo, além de criar novos processos administrativos para a tramitação da matéria*”.

Ressalte-se que a questão relacionada à eventual inconstitucionalidade da referida lei em relação ao art. 49, inciso VII, da Constituição da República, é objeto da ADI nº 3.989/DF, Rel. Min. Eros Grau, e deverá ser apreciada, no momento oportuno, por esta Corte.

Ademais, também está presente a probabilidade de concretização do denominado “*efeito multiplicador*” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), ante a possibilidade de multiplicação de medidas liminares em demandas que contenham o mesmo objeto.

Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão proferida pela Des. Selene Maria de Almeida, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF da 1ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2008.01.00.004474-1/RO.

Comunique-se, com urgência.

Publique-se.

Brasília, 5 de maio de 2008.

Ministro **GILMAR MENDES**

Presidente

