

REVISTA DA  
**AGU**

ANO XII nº 38 - Brasília-DF, out./dez. 2013

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

Revista da da AGU	Brasília	n. 38	p. 1- 424	out./dez. 2013
-------------------	----------	-------	-----------	----------------

# Revista da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

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

**ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**  
Ministro Luís Inácio Lucena Adams

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

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

## ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

**EDITOR RESPONSÁVEL**  
Juliana Sahione Mayrink Neiva

**COORDENADOR DA REVISTA DA AGU**  
André Luiz de Almeida Mendonça

**ABNT(adaptação)/Diagramação:** Niuza Lima /Gláucia Pereira  
**Capa:** Fabiana Marangoni Costa do Amaral

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

Revista da AGU – Advocacia-Geral da União  
Ano XII – Número 38 - Brasília-DF, out./dez. 2013  
Periodicidade: Trimestral - ISSN 1981-2035  
1 – Direito Público – Brasil – periódico. Advocacia-Geral da União

CDD 341.05  
CDU 342(05)

## CONSELHO EDITORIAL

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy  
Jefferson Carús Guedes  
Mariana Filchtiner Figueiredo  
Nicolás Rodríguez García  
Otávio Luiz Rodrigues Junior  
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno  
Regina Linden Ruaro

## Revisores

Adriana de Oliveira Rocha;	Filipo Bruno Silva Amorim;
Adriana Pereira Franco;	Flávio Roberto Batista;
Aluisio de Sousa Martins;	Francisco Humberto Cunha Filho;
André Lopes de Sousa;	Gregore Moreira de Moura;
Andrea Dantas Echeverria;	Gustavo Augusto Freitas Lima;
Anésio Fernandes Lopes;	Ivana Roberta Couto Reis de Souza;
Antônio de Moura Borges;	José Tadeu Neves Xavier;
Carlos José de Souza Guimarães;	Judivan Juvenal Vieira;
Cássio Andrade Cavalcante;	Karla Margarida Martins Santos;
Clóvis Juarez Kemmerich;	Luís Carlos Martins Alves Jr.;
Cristina Campos Esteves;	Luís Claudio Martins de Araujo;
Dalton Santos Morais;	Maria de Fátima Knaippe Dibe;
Daniela Ferreira Marques;	Natalia Camba Martins;
Denise Lucena Cavalcante;	Nilma de Castro Abe;
Dimitri Brandi de Abreu;	Omar Bradley Oliveira de Sousa;
Eliana Gonçalves Silveira;	Robson Renaut Godinho;
Eliana Pires Rocha;	Rui Magalhães Piscitelli;
Eugênio Battesini;	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão;
Ewerton Marcus de Oliveira Gois;	Valério Rodrigues Dias;
Fabiano André de Souza Mendonça;	Vânia Maria Bastos Faller;

## Revisores Internacionais

Nicolás Rodríguez García  
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno.

# SUMÁRIO

## INSTITUCIONAL

A Gestão por Resultados da Procuradoria-Geral da União <i>Eduardo Watanabe</i> .....	9
---	---

## ARTIGOS

Condições da Ação e Mérito da Demanda <i>Conditions of Action and Merit of the Cause</i> <i>Ana Carolina Miguel Gouveia</i> .....	39
---	----

Dos efeitos dos contratos perante terceiros <i>The Effects of Contracts Against Third Parties</i> <i>Arthur Rabay</i> .....	61
---	----

A Regra do Objeto Exclusivo na Saúde Suplementar <i>Exclusive Object Rule In Supplemental Health</i> <i>Dalton Robert Tibúrcio</i> .....	93
--	----

O Princípio da Legalidade Administrativa à Luz da Teoria de Dworkin do Direito como Integridade <i>The Principle of Administrative Legality in the Light of Dworkin's Theory of Law As Integrity</i> <i>Eduardo Estevão Ferreira Ramalho</i> .....	113
--	-----

Proporcionalidade e o Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador: equívocos no controle judicial dos atos normativos <i>Proportionality and Formal Principle of the Operative Competence of the Legislator</i> <i>Mistakes in Judicial Review of Legislative Acts</i> <i>Fábio Rodrigo Victorino</i> .....	133
--	-----

Hermenêutica do Direito de Punir: uma visão criminológica: linguagem, compreensão e definição <i>Hermeneutics of the Right to Punish a Criminological Vision: language, comprehension and definition</i> <i>Grégore Moreira de Moura</i> .....	165
--	-----

Diretrizes Operacionais Vinculantes do Regime Diferenciado das Contratações Públicas <i>Operative Directives to Enforce a Differential System for Public Administration Contracts</i> <i>Jessé Torres Pereira Junior</i> <i>Marinês Restelatto Dotti</i> .....	183
---	-----

Contratos de Gestão no Brasil: administração pública consensual ou fuga do estado? <i>Management Contracts in Brazil: public administration consensus or trail state?</i> Júlio de Melo Ribeiro .....	235
O Problema do Insucesso das Ações Cíveis Públicas Ambientais por Ausência de Prova <i>The Issue of Public Environmental Civil Actions By Lack of Evidence</i> Larissa Suassuna Carvalho Barros .....	257
Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional <i>Dialogues or Judicial Supremacy? The Development of a Real Democratic Judicial Review From the Institutional Perspective</i> Luis Cláudio Martins de Araújo .....	269
Separação de Poderes, Supremacia do Parlamento e Controle de Constitucionalidade <i>Separation of Powers, Parliament Supremacy And Judicial Review</i> Márcio Fernando Bouças Laranjeira.....	303
O dever da Administração Pública de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos <i>The Public Administration duty to promote justice: efficiency, morality and legality in conflicts resolution</i> Marina França Santos .....	341
Federalismo Fiscal em Perspectiva Comparada <i>Fiscal federalism in comparative perspective</i> Matheus Carneiro Assunção.....	373
PARECER Nº 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU Tema relacionado a convênio e demais ajustes congêneres tratado no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013 Rui Magalhães Piscitelli .....	405
<i>Normas Editoriais</i> .....	421



## EDITORIAL

A Advocacia-Geral da União, fechando mas um ano de sua revista jurídica, tem o prazer e a satisfação de lançar a 38ª edição, referente ao trimestre de outubro a dezembro de 2013.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, disponibiliza a 38ª Edição da Revista da AGU com treze artigos jurídicos, um tema institucional da Procuradoria-Geral da União e um Parecer da Procuradoria-Geral Federal sobre convênios. Os relevantes assuntos tratados nesta edição trazem à reflexão temas variados do direito, que merecem ser apreciados pela comunidade jurídica brasileira. Assim podemos citar primeiramente o tema institucional que abre essa edição: *“A Gestão por Resultados da Procuradoria-Geral da União”*. Em seguida temos os seguintes artigos jurídicos: *“Condições da Ação e Mérito da Demanda; Dos efeitos dos contratos perante terceiros; A Regra do Objeto Exclusivo na Saúde Suplementar; O Princípio da Legalidade Administrativa à Luz da Teoria de Dworkin do Direito como Integridade; Proporcionalidade e o Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador: equívocos no controle judicial dos atos normativos; Hermenêutica do Direito de Punir: uma visão criminológica: linguagem, compreensão e definição; Diretrizes Operacionais Vinculantes do Regime Diferenciado das Contratações Públicas; Contratos de Gestão no Brasil: administração pública consensual ou fuga do estado?; O Problema do Insucesso das Ações Cíveis Públicas Ambientais por Ausência de Prova; Supremacia ou Diálogos Judiciais? O Desenvolvimento de uma Jurisdição Constitucional Verdadeiramente Democrática a Partir da Leitura Institucional; Separação de Poderes, Supremacia do Parlamento e Controle de Constitucionalidade; O dever da Administração Pública de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na solução dos conflitos e Federalismo Fiscal em Perspectiva Comparada*. E por último, mas não menos importante, fechando esta edição temos o *PARECER Nº 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU*, da Procuradoria-Geral Federal que aborda o tema relacionado a convênio e demais ajustes congêneres tratado no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal ao tempo que agradece, parabeniza os autores dos artigos desta 38ª edição pelos brilhantes trabalhos científicos aqui disponibilizados, e convida os apreciadores da boa leitura jurídica a se deleitarem com os ensinamentos que ora apresentamos.

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
Diretora da Escola da AGU



# A GESTÃO POR RESULTADOS DA PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO

*Eduardo Watanabe*  
*Advogado da União*  
*Especialista em Direito do Trabalho*  
*Coordenador-Geral de Gestão Judicial da PGU*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Matriz de Indicadores; 1.1 Gestão dos dados gerenciais; 1.2 Jurimetria: a análise e a visualização das informações gerenciais; 2 O foco na orientação; 3 Programa de Gestão por Resultados da PGU; 3.1 Os indicadores de desempenho; 3.2 Priorizar os resultados no início para não sobrecarregar a organização; 3.3 A comunicação da Gestão por Resultados; 4 A rede de programas e projetos da PGU; 5 Por um futuro iluminado; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo examina a Gestão por Resultados da Procuradoria-Geral da União (PGU), que significou a superação do modelo anterior de foco predominante no esforço. São apresentadas as bases da Gestão por Resultados: Matriz de Indicadores, Foco na Orientação e Programa de Gestão por Resultados. De forma mais detalhada é feita em perspectiva a reconstrução da Matriz de Indicadores, com especial enfoque para a gestão de dados gerenciais e a jurimetria com a sua análise e visualização de informações. Sobre os indicadores de desempenho, após uma breve perspectiva teórica sobre o assunto, demonstra-se como eles foram construídos e como a sua implantação foi ordenada de acordo com as prioridades para evitar a sobrecarga da organização. A comunicação e as suas formas de efetivação foram abordadas a seguir, bem como a rede de programas e projetos da organização. Por fim, são feitas propostas de ordem prospectiva para a Advocacia-Geral da União considerando as oportunidades existentes na área de gestão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Gestão por Resultados. Administração Pública. Indicadores de Desempenho. Jurimetria. Gestão da Informação. Gestão de Dados.

**ABSTRACT:** The article examines the Managing for Results of the Attorney General's Office (PGU), which meant overcoming the previous model focus predominant on effort. Show the basis of Managing for Results: Indicator Matrix, Focus on Guidance and Management Program for Results. In more detail is taken into perspective reconstruction of Indicator Matrix, with special focus on data management and jurimetrics with its analysis and visualization of information. On performance indicators, after a brief theoretical perspective on the subject, it is demonstrated how they were built and how its implementation has been ordered according to the priorities to avoid overloading the organization. The communication and forms of realization are discussed below, as well as the network of programs and projects of the organization. Finally, the article elaborate proposals for the future of Attorney General of the Union considering the opportunities in management.

**KEYWORDS:** Managing for Results. Public Administration. Key Performance Indicators. Jurimetrics. Information management. Data Management.

## INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

No dia 7 de fevereiro de 2013 uma reunião marcou de forma significativa os rumos da Procuradoria-Geral da União. Na referida data o Procurador-Geral da União, Dr. Paulo Henrique Kuhn, inaugurou o Programa de Gestão por Resultados da PGU em conjunto com os Diretores e Coordenadores-Gerais dos Departamentos.

O Programa de Gestão por Resultados da PGU consiste no diagnóstico dos resultados com a identificação dos problemas traduzidos em números, no planejamento das ações com definição de metas, na execução das iniciativas planejadas, no acompanhamento da execução das iniciativas, no monitoramento e análise crítica do impacto das iniciativas nos resultados e a realização de proposições para o futuro.

Na qualidade de responsável pela defesa judicial da União, a PGU tem como principal resultado a obtenção de decisões judiciais favoráveis. Para o ano de 2013, foi estabelecida a ambiciosa meta de aumentar de 38% para 45% de sentenças e acórdãos favoráveis na I Semana de Gestão da PGU.

O ingresso da PGU na Gestão por Resultados representa um processo natural e irreversível para superar um paradigma que se preocupava apenas em mensurar o esforço: a quantidade de peças produzidas, a quantidade de recursos interpostos, a quantidade de processos judiciais objeto de atuação.

A missão da PGU enunciada no Planejamento Estratégico de 2011-2015 revela bem esse direcionamento, que agora se concretiza: “Atuar com *efetividade* na representação da defesa jurídica da União, na defesa do interesse público e na garantia das políticas públicas” (destaque nosso).

Atuar com efetividade consiste na entrega de resultados para a sociedade e União, bem como no atendimento às suas expectativas.

A Gestão por Resultados da PGU nasce alinhada com o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização (GesPública), instituído pelo Decreto nº 5.378/2005, que se caracteriza fortemente pela adoção do Modelo de Excelência em Gestão Pública (MEGP):

O modelo de excelência em gestão, de padrão internacional, expressa o entendimento vigente sobre o “estado da arte” da gestão contemporânea nacional e internacional, e é a representação de um sistema de gestão que visa aumentar a eficiência, a eficácia, a

<sup>1</sup> O presente artigo só foi possível devido ao trabalho em conjunto na concretização do Programa de Gestão por Resultados com o Dr. Caio Castelliano de Vasconcelos, Coordenador-Geral de Informações Estratégicas da Procuradoria-Geral da União.

efetividade e a relevância nas ações executadas. É constituído por elementos integrados, que orientam a adoção de práticas de excelência em gestão com a finalidade de levar as organizações públicas brasileiras a padrões elevados de desempenho e de qualidade em gestão<sup>2</sup>.

As bases da Gestão por Resultados da PGU, que serão detalhadas no presente artigo, são:

- a) Matriz de Indicadores
- b) Foco na Orientação
- c) Programa de Gestão por Resultados

A Gestão por Resultados tem sido obra diária de todos os Advogados da União e Servidores da PGU, organizada em conjunto pela Coordenação-Geral de Informações Estratégicas e pela Coordenação-Geral de Gestão Judicial da PGU no âmbito nacional.

As principais obras de referência utilizadas no trabalho foram as de Vicente Falconi<sup>3</sup>, Martin Klubeck<sup>4</sup> e o material disponibilizado pelo GesPública<sup>5</sup>.

## 1 MATRIZ DE INDICADORES

A Matriz de Indicadores é um conjunto de gráficos e tabelas que formam um painel destinado a comunicar os indicadores de resultado e desempenho de cada Departamento e órgão de execução da PGU de forma individualizada. Os números permitem a identificação dos resultados positivos e também das oportunidades de melhoria que indiquem a necessidade de análise mais detalhada para serem objeto de iniciativas específicas de melhoria.

---

2 Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública*; Prêmio Nacional da Gestão Pública – PQGF; Documento de Referência; Fórum Nacional 2008/2009. Brasília: MP, SEGES, 2009. p. 15.

3 Em destaque: *Gerenciamento da rotina do trabalho do dia-a-dia*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2004.

4 *Métricas*: Como melhorar os principais resultados de sua empresa. São Paulo: Novatec, 2012.

5 Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para Construção de Indicadores, Mapeamento bibliográfico e do estado da arte sobre indicadores de gestão, Instrumentos para avaliação da Gestão Pública* e vídeos do Guia de Gestão de Processos. Disponíveis em: <[www.gespublica.gov.br](http://www.gespublica.gov.br)>.

A 1ª Geração da Matriz iniciou com a divulgação do percentual de sentenças e acórdãos classificados em favoráveis, desfavoráveis e parcialmente favoráveis. O resultado geral de cada Procuradoria foi divulgado em gráfico linha de evolução mensal, bem como em gráficos pizza separados em: Servidores Públicos, Atos da Administração, Ações relevantes e Juizados Especiais Federais.

Na 2ª Geração da Matriz de Indicadores se passa a mensurar não só os resultados, como também o desempenho das Procuradorias, que consiste no resultado que está sob influência da atuação dos Advogados da União: para isso são excluídas as decisões judiciais desfavoráveis em processos em que foram aplicadas Súmulas da AGU ou Instruções Normativas e também os acordos. Nos indicadores de resultados prevalece a visão do cliente, ao passo que nos indicadores de desempenho prevalece a visão da PGU.

Além disso, a 2ª Geração inovou com a inclusão dos valores efetivamente economizados (Projeto Sucesso Calculado do Departamento de Cálculos e Perícias da PGU), a quantidade de acordos firmados (Centrais de Negociação), valores arrecadados (coordenado pelo Departamento de Patrimônio e Probidade da PGU), a qualidade dos dados inseridos no SICAU e a quantidade de notícias divulgadas.

O painel da Matriz é divulgado a todos os Advogados da União e Servidores Administrativos da PGU e seus órgãos de execução, uma vez que todos são responsáveis pelos resultados alcançados.

A Matriz de Indicadores é uma ferramenta que fortalece o papel de Monitor das chefias da PGU. Robert Quinn, Michael Thompson, Sue Faerman e Michael McGrath propõem a classificação das competências em oito papéis gerenciais: Produtor, Diretor, Coordenador, Monitor, Mentor, Facilitador, Inovador e Negociador<sup>6</sup>. Os oito papéis gerenciais foram organizados por eles a partir dos quatro modelos de gestão existentes: Metas Racionais (Produtor e Diretor), Processos Internos (Coordenador e Monitor), Relações Humanas (Mentor e Facilitador) e Sistemas Abertos (Inovador e Negociador)<sup>7</sup>.

A respeito do papel gerencial de Monitor os autores propõem três competências: Administração de informações por meio do pensamento crítico, Administração da sobrecarga de informações e Administração dos processos essenciais<sup>8</sup>.

Nesse contexto, a Matriz significa o amadurecimento da PGU na priorização das informações a serem utilizadas e na análise jurimétrica dessas informações, ambas direcionadas à obtenção de Resultados.

6 In: *Competências gerenciais: princípios e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 17.

7 Idem, p. 2-15.

8 Idem, p. 113.

Dessa forma, há um cuidado em se evitar a sobrecarga de informações, o que permite conduzir o pensamento crítico na análise das informações essenciais.

A Matriz de Indicadores somente foi possível devido ao avanço da PGU em duas áreas chave: Gestão dos dados gerenciais e Jurimetria.

### 1.1 Gestão dos dados gerenciais

A PGU atua em processos judiciais que geram cerca de 1.000 (mil) sentenças e acórdãos por dia<sup>9</sup>, os quais contém um volume de dados imenso e que precisa ser organizado para que possa subsidiar a Gestão por Resultados.

O principal sistema utilizado pela PGU é o Sistema Integrado de Controle de Ações da União (SICAU), que dispõe de mais de cem tipos de dados, entre os de inclusão manual e os de obtenção automática. A importância dada ao SICAU até então era a de fornecer informações de consulta individual de processos e sobre esforço, Volume de Trabalho Jurídico (VTJ), destinadas a estudos para a proposta de lotação (Portaria PGU nº 10/2009).

Com o advento da Gestão por Resultados os dados priorizados são diferentes, o que tem exigido um necessário alinhamento com a Gestão dos dados gerenciais. Com base no Guia para o Corpo de Conhecimento em Gerenciamento de Dados (DAMA-DMBOK), a PGU tem se utilizado da:

- a) Gestão da Arquitetura de Dados: a PGU executa a atividade “Entender as necessidades de informação da organização”. É fundamental compreender que a Gestão por Resultados requer informações que permitam a medição dos resultados, detalhem as características desses resultados (onde são produzidos, o assunto, a Procuradoria responsável) e possam ser obtidos em curto espaço de tempo (no máximo de quinze dias). A definição das necessidades de informação é importante para alinhá-las com os esforços na obtenção e inserção dos dados no SICAU, bem como no posterior monitoramento contínuo da qualidade dos dados inseridos.
- b) Gestão de Operações de Dados: compreende o Suporte a banco de dados e a Gestão da tecnologia de dados. Na parte de recuperação de dados gerenciais, as demandas da PGU tem sido atendidas

---

9 Registros feitos na base de dados do Sistema Integrado de Controle de Ações da União (SICAU).

com eficiência e presteza pela Gerência de Informação do Departamento de Tecnologia da Informação da AGU (GEINF/DTI/AGU). De sua parte, a PGU tem buscado aperfeiçoar seus pedidos de extração de bases de dados do SICAU em parceria com a GEINF de modo a que permitam a obtenção de informações novas produzidas a partir da organização inovadora dos dados obtidos para análise de jurimetria.

- c) **Gestão da Qualidade de Dados:** é feita pelas Gestões Regionais, Locais e Setoriais do SICAU sob a coordenação e supervisão da Gestão Nacional do SICAU na PGU. Está em fase de elaboração o Programa de Gestão da Qualidade de Dados do SICAU que visa incorporar na PGU as melhores técnicas e práticas em qualidade de dados como a adoção de indicadores de qualidade de inserção de dados e indicadores de impacto dos dados na atividade fim<sup>10</sup>. Os esforços para obtenção de qualidade de dados em grande escala passarão a ter a alternativa permanente de inclusão ou correção de dados por meio de processamento em lote a partir do cruzamento de dados do SICAU com os de bases de dados externas.

Com a tecnologia atual em utilização, a PGU tem buscado aperfeiçoar os metadados (descrição precisa do significado de cada dado), a organização das tabelas de dados do SICAU e os padrões de cadastramento dos dados estruturados.

A implantação em breve do Sistema de Apoio à Procuradoria Inteligente (SAPIENS) permitirá à Advocacia-Geral da União desbravar os novos horizontes da análise de dados não estruturados por meio de ferramentas de inteligência artificial. Parece-nos que a utilização dos dados não estruturados será importante fonte complementar para identificação de padrões e problemas frente à atual utilização dos dados estruturados<sup>11</sup>. Com isso, a PGU terá à disposição duas frentes robustas de análise jurimétrica de informações.

---

10 MCGILVRAY, Danette. *Executing Data Quality Projects: Ten Steps to Quality Data and Trusted Information*. Burlington: Morgan Kaufmann, 2008.

LOSHIN, David. *The Practitioner's Guide to Data Quality Improvement*. Burlington: Morgan Kaufmann, 2011.

11 Sobre a complementariedade da indexação manual e a mineração de textos, vide ARAÚJO JR., Rogério Henrique de. *Precisão no processo de busca e recuperação da informação*. Brasília: Thesaurus, 2007.

## 1.2 Jurimetria: a análise e a visualização das informações gerenciais

Uma vez obtidos, os dados gerenciais passam a compor a base a ser trabalhada pela Jurimetria, área nova de conhecimento no Brasil que une o Direito à Estatística.

O primeiro desafio da Jurimetria consiste em lidar com a complexidade do Direito, que precisa de uma prévia organização da informação em tabelas de assuntos, informações básicas de processos judiciais, movimentações processuais e atividades judiciais da PGU. A partir das informações estruturadas dessa forma, a Jurimetria encontra campo fértil para auxiliar na identificação dos problemas (decisões judiciais desfavoráveis) e indicar também onde os resultados são favoráveis (melhores práticas).

Uma referência na organização dos assuntos jurídicos é a obra *Classificação Decimal de Direito*, que utilizou mais de 2.500 códigos para exaurir os objetos do Direito, organizados em até cinco níveis<sup>12</sup>. Um exemplo da classificação utilizada: Direito Administrativo – Atos administrativos – Conceitos – Competência de autoridade – Delegação de competência.

Mais uma referência na organização dos assuntos jurídicos, a tabela de assuntos processuais do CNJ apenas do 1º Grau da Justiça Federal contém mais de 1.500 códigos, organizados em quatro níveis. A título de exemplo da referida tabela: Direito Administrativo – Agentes Políticos – Magistratura - Promoção<sup>13</sup>. O CNJ possui outras 21 tabelas além dessa, específicas para outros ramos da Justiça, instâncias e Juizados Especiais.

A Jurimetria trabalha também com as informações básicas de processos judiciais, que se subdividem em classe do processo, localidade do juízo, grau do juízo, nome do juízo, dentre outras.

Outro tipo de informação são as movimentações processuais, que compõem o maior volume objeto de análise: despacho, sentenças, acórdãos judiciais e seus respectivos detalhamentos, com destaque para o resultado (favorável, desfavorável ou parcial para a União). É fato incontroverso que o sistema processual brasileiro é muito complexo, com diversos recursos, incidentes, alterações de grau de juízo e fase processual, o que em muito dificulta a análise de volume imenso de informações como ocorre.

São quatro as modalidades de análise utilizadas, que combinam os diferentes tipos de informação:

12 CARVALHO, Doris de Queiroz. *Classificação Decimal de Direito*. 4. ed. Brasília: Presidência da República, 2002.

13 <[http://www.cnj.jus.br/sgt/versoes.php?tipo\\_tabela=A](http://www.cnj.jus.br/sgt/versoes.php?tipo_tabela=A)>. Acesso em: 19 jun. 2013.



<b>Modalidade de análise</b>	<b>Tipo de informação utilizado</b>
Estoque de processos judiciais (composição e evolução)	Informações básicas de processos
Resultados de decisões judiciais	Informações básicas de processos + Movimentações processuais
Novas demandas judiciais	Informações básicas de processos
Atuação da PGU	Informações básicas de processos + Movimentações processuais + Atividades judiciais da PGU

A comunicação é fundamental no sucesso do Matriz de Indicadores, na medida em que permite levar a todos os Advogados da União e Servidores da PGU informações até então desconhecidas e formar a cultura do resultado.

Por isso, o meio escolhido para apresentação dos números da Matriz de Indicadores foi a construção de um painel com gráficos de pizza, linha e coluna além de tabelas e o destaque de números. Os gráficos estatísticos terão nível de excelência na medida em que comuniquem ideias complexas com clareza, precisão e eficiência<sup>14</sup>.

A visualização gráfica permite inferências, comparações e relações entre informações que muitas vezes permaneceriam ocultas em tabelas de números. Por isso a comunicação visual da informação é um significativo instrumento a serviço da Gestão por Resultados que potencializa a análise de informações para níveis ainda não explorados.

A análise de informações permite o adequado domínio dos resultados, que pode ser separado em:

- Passado: o que aconteceu? (Relatórios)
- Presente: o que está acontecendo agora? (Alertas)
- Futuro: o que vai acontecer? (Extrapolações)<sup>15</sup>

<sup>14</sup> TUFTE, Edward. *The Visual Display of Quantitative Information*. 2. ed. Nuneaton: Grafics Press, 2001. p. 13.

<sup>15</sup> DAVENPORT, Thomas H. HARRIS, Jeanne G. MORISON, Robert. *Inteligência analítica nos negócios: Como usar a análise de informações para obter resultados superiores*; tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 8.

No capítulo 5 será abordado como a evolução na PGU permitirá avançar para a inteligência analítica na obtenção de *insights*.

## 2 O FOCO NA ORIENTAÇÃO

O Plano Plurianual do Governo Federal de 2012-2015<sup>16</sup> inovou ao organizar a agenda de governo pelos Temas de Política Pública e não pelos órgãos e entidades públicas federais responsáveis pelas iniciativas e ações. Isso porque as políticas públicas são caracterizadas pela transversalidade e multissetorialidade, de modo que é primordial que os órgãos e entidades públicas federais atuem de forma conjunta e coordenada em prol da sociedade.

Dessa forma, o PPA 2012-2015 estrutura-se de forma piramidal em:

- Macrodesafios: diretrizes elaboradas em especial com base no Programa de Governo
- Programas Temáticos: orientam a ação governamental
- Objetivos: conjunto que “expressa o que deve ser feito”<sup>17</sup>
- Iniciativas: conjunto que “declara as entregas à sociedade de bens e serviços”<sup>18</sup>

Ao lado dos Programas Temáticos, estão os Programas de Gestão, Manutenção e Serviços ao Estado que classificam as “ações destinadas ao apoio, à gestão e à manutenção da atuação governamental”<sup>19</sup>, nos quais a Advocacia-Geral da União está inserida.

O PPA 2012-2015 foi elaborado com base nos seguintes conceitos:

- a) Dimensão Estratégica (efetividade): relacionadas aos Macrodesafios e à visão de longo prazo;

---

16 *Plano plurianual 2012-2015*: projeto de lei/Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MP, 2011. 278 p.

17 *Orientações para elaboração do Plano Plurianual 2012-2015*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MP, 2011. p. 11.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*.

- b) Dimensão Tática (eficácia): envolve os “caminhos exequíveis para o alcance dos objetivos e das transformações definidas na dimensão estratégica”<sup>20</sup>;
- c) Dimensão Operacional (eficiência): “busca a otimização na aplicação dos recursos disponíveis e a qualidade dos produtos entregues” por meio das Iniciativas<sup>21</sup>.

A cultura anterior do esforço, que era predominante na PGU, acabava por ficar limitada à dimensão Operacional, em que a preocupação se voltava mais para o cumprimento dos muitos prazos judiciais e resolução de emergências não antevistas. Na cultura do esforço todas as atenções são sugadas para fazer o trabalho mais urgente sem a visão do médio e longo prazos. E o pior é que a cultura do esforço acaba por impregnar em geral a ideia de que as atividades executadas são um fim em si mesmas, ou seja, a atividade de fazer muitas petições e recursos passava a impressão de ser a única meta a ser atingida.

O lançamento do Programa de Gestão por Resultados constitui-se em um marco na substituição definitiva da cultura do esforço pela cultura do resultado na PGU. Isso porque fixou a atuação da PGU na dimensão Estratégica: a Efetividade a ser buscada é a obtenção de resultados mais o atendimento das expectativas da sociedade e da União.

Por outro lado, a dimensão Operacional da PGU precisava ser renovada para alinhar-se à sua nova perspectiva Estratégica, o que exigia um elemento de ligação entre Estratégia-Operações situado na dimensão Tática. E esse elemento de ligação veio precisamente a se tornar o coração da Gestão por Resultados: o foco na Orientação.

A equipe da PGU em todo o Brasil é composta por cerca de 900 Advogados da União que, para caminharem juntos na obtenção de resultados, precisam atuar de forma coordenada, com teses jurídicas de excelência utilizadas de maneira uniforme e de acordo com estratégia de atuação única.

Para isso, a orientação surge como atividade imprescindível com a finalidade de garantir o aperfeiçoamento da defesa judicial da União em especial por meio da construção em conjunto de estratégias de atuação judicial. E no âmbito da Gestão por Resultados a orientação não é feita a esmo, sem critérios. Pelo contrário, a orientação precisa ser balizada pelos números dos resultados da Matriz de Indicadores para que os Coordenadores

---

20 *Orientações para elaboração do Plano Plurianual 2012-2015*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MP, 2011. p. 11.

21 *Ibidem*.

tenham uma prévia noção dos resultados negativos que se busca reverter ou evitar.

Ocorre que a estrutura da PGU é composta por diversos órgãos, sendo a PGU órgão central e mais 68 Procuradorias: 5 Procuradorias Regionais, 22 Procuradorias nos Estados e 41 Procuradorias Seccionais. Por mais que haja empenho por parte da PGU órgão central, a orientação direta para cada uma das 68 Procuradorias revelou-se impraticável pela sobrecarga e demora excessiva no atendimento das demandas.

É por esse motivo que o outro pressuposto da Gestão por Resultados foi que a orientação seja feita de forma descentralizada: as Coordenações-Gerais dos Departamentos da PGU orientam as Coordenações Regionais Temáticas das cinco Procuradorias Regionais da União; as Coordenações Regionais Temáticas por sua vez orientam as Coordenações Estaduais Temáticas das Procuradorias da União nos Estados; por sua vez, as Coordenações Estaduais Temáticas orientam as Procuradorias Seccionais da União.

A divisão dos Departamentos da PGU órgão central por áreas temáticas tem se mostrado excelente por garantir a especialização das equipes. Os Departamentos temáticos foram implementados em 2007 pelo Dr. Luis Henrique Martins dos Anjos como Procurador-Geral da União, utilizando a experiência bem sucedida das Procuradorias Regionais da União na época.

Em resumo, temos que:

- a) Estratégia: fixação das metas de resultados pela PGU
- b) Tática: coordenar de forma descentralizada e uniforme com foco na orientação para melhorar os resultados da PGU
- c) Operacional: atuação de acordo com as orientações para melhorar os resultados da PGU

### **3 PROGRAMA DE GESTÃO POR RESULTADOS DA PGU**

Implementar a Gestão por Resultados requer escolhas essenciais desde o seu início.

A primeira escolha decisiva foi adotar o foco na orientação e a descentralização por meio das Procuradorias Regionais da União, como já versado acima.

A segunda foi a definição dos líderes responsáveis pela condução da Gestão por Resultados. A escolha de chefias na PGU se fortaleceu na gestão da Dr<sup>a</sup> Helia Bettero como Procuradora-Geral da União com a adoção no procedimento de escolha da exigência de apresentação prévia de plano de gestão e entrevista com os candidatos.

É importante destacar que a definição dos líderes significa não só selecionar novos ocupantes para os cargos de chefia como também decidir pela manutenção dos chefes que demonstram o perfil adequado na condução da organização, o que tem se consolidado na gestão do Dr. Paulo Henrique Kuhn.

A terceira escolha essencial reside na adoção de um método de gestão adequado a uma organização de natureza pública e que esteja atualizado com o que é feito de melhor em gestão como proposto pelo Modelo de Excelência em Gestão Pública (MEGP) com as adequações necessárias à realidade da PGU.

### 3.1 Os indicadores de desempenho

Antes de tratar de indicadores de desempenho, faz-se necessário situá-los no Ciclo de Deming, mais conhecido como Ciclo PDCA, que é o método de gestão utilizado pela PGU:

1. Plan (Planejar): compreende a realização de um diagnóstico inicial da situação para identificar os problemas e priorizá-los, definir quais problemas serão atacados e qual será o indicador utilizado e meta a ser atingida, estabelecer os responsáveis, local de execução, prazo, justificativas de importância e os procedimentos para alcançar a meta;
2. Do (Executar): consiste em executar fielmente o que foi planejado com observância especial ao cronograma fixado;
3. Check (Verificar): etapa em que se verifica o nível de execução do que foi planejado e os resultados obtidos, ou seja, tanto os esforços como o impacto em termos de resultados que eles causaram;
4. Act (Agir): com base no que foi verificado, deve-se atuar no processo de trabalho para manter o planejamento inicial e

incorporá-lo à rotina de trabalho ou alterar o planejamento se os resultados não foram satisfatórios<sup>22</sup>.

Na PGU, o Ciclo PDCA tem sido aplicado por meio do Relatório de Três Gerações (Passado, Presente e Futuro) proposto por Vicente Falconi, com diferença de inclusão de uma etapa inicial a mais: Diagnóstico inicial; Planejamento; Execução; Verificação dos indicadores de esforço e resultado em gráficos ou tabelas; Pontos problemáticos; Proposições para o Futuro<sup>23</sup>.

No Diagnóstico inicial são analisados os resultados passados com a identificação quantitativa dos problemas (= muitas decisões judiciais desfavoráveis ou muitas ações ajuizadas contra a União).

A partir do Diagnóstico inicial é que se começa o Planejamento, em que as equipes da PGU priorizam os problemas mais impactantes e definem as iniciativas a serem colocadas em prática. Também são estabelecidas as respectivas metas para impulsionar e agregar os esforços para a obtenção de melhorar os resultados.

É na fase Execução que as iniciativas planejadas efetivamente executadas constam no relatório, o que serve de um indicador de desempenho na modalidade de esforço.

A Verificação dos indicadores de esforço e resultado em gráficos ou tabelas consiste na apresentação visual das iniciativas e impactos produzidos, que vai subsidiar o relato dos Pontos problemáticos. É provável que algumas iniciativas não produzam o resultado no curto prazo, o que deve ser destacado nos Pontos problemáticos com a previsão do momento em que os efeitos devem aparecer.

A formulação de Proposições para o futuro prepara os próximos passos, que poderão ser desde a incorporação das iniciativas na rotina do trabalho do dia a dia, até a sua alteração substancial ou sugestão para que a iniciativa seja adotada para solucionar outros problemas.

A principal vantagem do Relatório de Três Gerações está no encadeamento sequencial de forma gráfica agradável das providências no âmbito do Programa de Gestão por Resultados da PGU, o que permite visualizar o todo de uma vez e compreender as relações das atividades de cada etapa.

A importância dos indicadores de desempenho reside no fato do Ciclo PDCA estar ancorado na necessidade de planejamento e monitoramento com base números, que são fornecidos exatamente com base nesses indicadores. Em outras palavras, sem indicadores não haveria

22 FALCONI, op. cit., p. 37.

23 Ibidem, p. 120.

planejamento por falta de diagnóstico preciso e metas quantificáveis, assim como não haveria a possibilidade de monitorar o que não está representado em números. Ou seja, sem indicadores não haveria gestão.

Indicador de desempenho é “um número, percentagem ou razão que mede um aspecto do desempenho, com o objetivo de comparar esta medida com metas preestabelecidas”<sup>24</sup>. Para Martin Klubeck os indicadores podem ser compreendidos como “um meio de contar uma história completa com o objetivo de melhorar alguma coisa”<sup>25</sup>.

Os indicadores de desempenho exercem duas funções essenciais: Função Descritiva ao evidenciar informações sobre determinada realidade; Função Valorativa ou Avaliativa ao diagnosticar a importância relativa de determinado problema ou para verificar se a atuação de determinada organização está sendo adequada<sup>26</sup>.

A importância dos indicadores pressupõe reconhecer que os resultados não acontecem por acaso, uma vez que as organizações públicas não são orientadas de forma automática para resultados<sup>27</sup>. Isso porque a definição dos resultados não é suficiente, pois eles não são auto executáveis<sup>28</sup>.

Portanto, os resultados esperados pela sociedade devem ser monitorados por meio de indicadores de desempenho e a PGU deve providenciar as iniciativas adequadas a partir do acompanhamento permanente deles, o que é feito por meio do Programa de Gestão por Resultados.

Ocorre que é muito complexa a atividade de estabelecer indicadores de desempenho na Administração Pública. Isso porque o êxito da Administração Pública está sujeito a diversos fatores como liderança, consciência estratégica, estrutura, processos, pessoas, tecnologias da informação e comunicação e recursos financeiros, o que requer um modelo robusto de Gestão por Resultados que seja:

1. Dinâmico: que permita definir resultados, como alcança-los, como monitorá-los e depois avalia-los;

24 BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Técnica de indicadores de desempenho para auditorias*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2011. p. 8.

25 KLUBECK, op. cit., p. 18.

26 BONNEFOY, C.; ARMIJO, M. *Indicadores de desempeño en el sector público. Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES*. Santiago do Chile, 2005. *Apud* BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos - SPI. *Indicadores de programas: Guia Metodológico*. Brasília: MP, 2010. p. 23.

27 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para Construção de Indicadores*. Brasília: MP, 2009. p. 6.

28 *Ibidem*.

2. Abrangente: englobe tanto os esforços como os resultados;
3. Multidimensional: que incorpore as múltiplas dimensões dos esforços para alinhá-los com os resultados<sup>2930</sup>.

Diante desse desafio, o GesPública propõe um modelo de mensuração de desempenho com seis dimensões (6 Es):

Modalidade do Indicador	Os 6 Es	Descrição
Resultado	Efetividade	Entrega de resultados para atender expectativas da sociedade e da União
	Eficácia	Quantidade e qualidade de produtos e serviços entregues ao usuário
	Eficiência	Relação entre os produtos/serviços gerados e os recursos utilizados
Esforço	Execução	Realização de processos, projetos e ações
	Excelência	Conformidade a padrões de qualidade e excelência
	Economicidade	Obtenção e uso dos recursos com o menor ônus possível

No modelo dos 6 Es, a PGU considera a dimensão Efetividade o concretizada por meio do Programa de Gestão por Resultados como a direcionadora dos demais indicadores justamente por retratar a razão de ser da instituição.

O modelo dos 6 Es é muito adequado na medida em que permite realizar o alinhamento das iniciativas de todos os setores da PGU em todas as formas de atuação, sejam elas temáticas ou divididas em área fim e área meio.

A título de exemplo, a realização de um projeto (Execução) só pode ser justificado se ele impactar na entrega de resultados para a sociedade e a União (Efetividade). O monitoramento da efetividade e do que é executado cabe aos indicadores de desempenho respectivos de modo a gerar números para comparação histórica ou entre órgãos de execução da PGU.

29 BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão. *Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para Construção de Indicadores*. Brasília: MP, 2009. p. 6-8.

30 Ibidem.



Após consolidada no tempo, as medições por indicadores possibilitam análises jurimétricas para comprovar a existência ou não de relações de causa e efeito ou correlações entre esforços e resultados.

As informações extraídas dos indicadores de desempenho serão o ponto de partida para a geração de conhecimento que servirá de base para o contínuo aperfeiçoamento da Gestão por Resultados da PGU.

### **3.2 Priorizar os resultados no início para não sobrecarregar a organização**

O Instrumento para Avaliação da Gestão Pública (IAGP), formulado no âmbito do GesPública, permite vislumbrar o tamanho do desafio da PGU no caminho em direção à excelência em gestão pública. O IAGP estabelece oito critérios de avaliação: Liderança; Estratégia e Planos; Cidadãos; Sociedade; Informações e Conhecimento; Pessoas; Processos; Resultados.

Só que a implantação simultânea de iniciativa para atender a todos os oito critérios seria uma iniciativa fadada ao insucesso, pois haveria uma sobrecarga paralisante devido ao fato das ações de melhoria organizacional coexistirem com as ações para cumprimento dos deveres ordinários das Procuradorias.

Por isso parece-nos que o caminho mais adequado é o proposto por Martin Klubeck que, além de ter elaborado um excelente guia prático para a criação de métricas, passa lições muito úteis sobre como priorizar as iniciativas para melhoria de uma organização:

[...] o lugar correto para começar é com a Saúde do Produto/Serviço (eficácia), o ponto de vista do cliente. Não só esse é o curso de ação mais seguro, mas também o melhor, já que constrói uma base para os outros quadrantes na terceira camada. Se você criar um programa de métricas funcional útil sobre a efetividade da saúde do seu produto e serviço, irá estabelecer a confiança necessária para prosseguir para as métricas de eficiência<sup>31</sup>.

Cumpre destacar que na obra citada traduzida para o português, o termo “eficácia” nos parece ter sido utilizado incorretamente no lugar de “efetividade”. Em outras partes do livro, como na tabela de camadas para a criação de métricas, é feita referência a “efetividade” e não “eficácia”.

31 KLUBECK, op. cit., p. 158.

A partir do livro de Martin Klubeck elaboramos a tabela abaixo com adaptações que estabelece uma sequência bem apropriada de passos na evolução da gestão em uma organização (Camada 3)<sup>32</sup>:

Camada 1	Camada 2	Camada 3	Camada 4
Necessidades Organizacionais de Informação	Retorno vs. Investimento	<b>1. Saúde do Produto/Serviço</b> (efetividade) Visão do cliente – Retorno	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entrega</li> <li>• Uso</li> <li>• Satisfação do Cliente</li> </ul>
		<b>2. Saúde do Processo</b> (eficiência) Visão da Empresa – Investimento	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Custo</li> <li>• Tempo</li> <li>• Alocação de Recursos</li> <li>• Qualidade</li> </ul>
	Estado da União	<b>3. Saúde da Organização</b> Visão do funcionário	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Satisfação do Funcionário</li> <li>• Treinamento</li> <li>• Ambiente de Trabalho</li> <li>• Recompensa e reconhecimento</li> </ul>
		<b>4. Saúde Futura</b> Visão da Gerência	<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Status</i> do Projeto/Programa</li> <li>• Planejamento Estratégico &amp; Cumprimento de metas</li> <li>• Estabelecimento de Prioridades</li> </ul>

O primeiro passo é sempre cuidar da Saúde do Serviço (efetividade), para que o cliente possa ser atendido com resultados excepcionais e as suas expectativas possam ser superadas. É justamente essa a proposta do Programa de Gestão por Resultados da PGU: iniciar e consolidar a cultura do resultado para somente depois seguir para as próximas áreas com todo o empenho.

Mas por que consolidar primeiro pela efetividade?

Porque a entrega de serviços com efetividade é a razão de ser da PGU.

Os resultados permitem aos integrantes de uma organização agregarem os esforços em sua direção. Com isso, todos os programas,

<sup>32</sup> Ibidem.

os projetos, as iniciativas e as ações podem ser voltados para alcançarem o alvo, que são os resultados da instituição.

A definição precisa dos resultados permite alinhar as atividades da PGU para alcançar os resultados, o que evita o desperdício de recursos, o retrabalho e a falta de perspectiva.

A principal vantagem desse modelo utilizado pela PGU é que o desenvolvimento da gestão de esforço, pessoas e projetos fica alinhado com a gestão por resultados.

De nada serviria a PGU conduzir processos de trabalho com baixo custo, em tempo recorde, com nivelamento perfeito dos recursos e qualidade (eficiência alta) se os resultados de decisões judiciais só estão piorando (efetividade baixa). Ou seja, a eficiência sem efetividade não tem valor, pois a organização com foco apenas na eficiência torna-se um fim em si mesma sem contribuir para a sociedade e a União.

Da mesma forma pode-se dizer da Saúde da Organização e da Saúde Futura: elas só poderão ser bem avaliadas quando estiverem alinhadas com a Saúde do Serviço, a efetividade.

Isso não significa que os Processos de Trabalho (Saúde dos Processos), o Ambiente de Trabalho (Saúde da Organização) e o Acompanhamento de Projetos (Saúde Futura) sejam de menor importância. Muito pelo contrário. A metodologia de Klubeck considera-os tão importantes que os selecionou como obrigatórios de serem mensurados por todas organizações para que obtenham sucesso. A ordem de implementação dos indicadores se deve mais à necessidade de que cada um deles possa, desde o início, estar alinhado com o objetivo maior da organização: a efetividade.

No mesmo sentido de priorização é proposta a metodologia *Lean* (enxuto) ou Sistema Toyota de Produção, que se destina à melhoria de processos operacionais. Aplicado na área administrativa, o *Lean* propõe que as melhorias dos processos de trabalho obedeçam à seguinte sequência de implementação:

- *Demanda do Cliente* – Entenda bem e satisfaça a demanda de cliente por seu trabalho.
- *Fluxo Contínuo* – Tanto clientes internos quanto externos recebem o trabalho correto, no momento correto, na quantidade correta.

- *Nivelamento* – Distribua o trabalho homogeneamente por volume e variedade no decorrer do dia, semana ou mês, para fazer uso mais eficaz das pessoas<sup>33</sup>.

O atendimento à demanda do cliente está todo na 1ª fase. O fluxo contínuo (2ª fase) busca eliminar a antecipação da entrega do trabalho se ela não agregar nenhum valor ao cliente além de eliminar óbices no processo de trabalho que também tragam ineficiência. Já o nivelamento (3ª fase) é uma outra forma de obtenção da eficiência, no caso pela distribuição temporal e de volume de trabalho.

Em resumo, no *Lean* a eficiência (2ª e 3ª fases) só podem ser alcançada em sua plenitude se a efetividade tiver sido antes alcançada (1ª fase).

### 3.3 A comunicação da Gestão por Resultados

O processo de comunicação adequado da Gestão por Resultados tem possibilitado o seu desenvolvimento, na medida em que permite a divulgação das informações, oportuniza envolver toda a equipe de Advogados da União e Servidores Administrativos além de garantir o estabelecimento de *feedback* construtivo.

Os meios de comunicação utilizados são a Matriz de Indicadores divulgadas por mensagens eletrônicas, as Reuniões de Trabalho da PGU que antecedem os Seminários Regionais, o Relatório de Três Gerações, as reuniões do Colégio de Procuradores Regionais e as reuniões por videoconferência de Coordenação Temática.

A Matriz de indicadores veicula a consolidação dos resultados alvo do Programa de Gestão por Resultados da PGU, por isso ela é considerada o termômetro da efetividade da PGU. A forma de envio da Matriz é a mais facilitada possível, pois é incluída no corpo das mensagens eletrônicas, que são enviadas mensalmente para todos os Advogados da União e Servidores Administrativos.

No ano de 2013, as Reuniões de Trabalho da PGU que antecederam os Seminários Regionais da AGU são uma oportunidade para que o Programa de Gestão por Resultados seja apresentado a membros de todos os órgãos de execução da PGU. Nos próximos anos essas reuniões presenciais de trabalho já poderão ser focadas de forma exclusiva em debates sobre diagnósticos de problemas e execução de iniciativas no âmbito da Gestão por Resultados.

<sup>33</sup> TAPPING, Don; SHUKER, Tom. *LEAN OFFICE: gerenciamento do fluxo de valor para áreas administrativas – 8 passos para planejar, mapear e sustentar melhorias Lean nas áreas administrativas*. São Paulo: Leopardo, 2010. p. 57.

Conforme tratado no capítulo 3 *supra*, o foco na orientação é o coração do Gestão por Resultados, que se desenvolve por meio de:

1. Reuniões do Colégio de Procuradores Regionais, feita com a liderança do Procurador-Geral da União de forma presencial a cada três meses
2. Reuniões por videoconferências de Coordenação Temática lideradas pelos Departamentos da PGU com as Procuradorias Regionais e destas com as Procuradorias de sua região

O Relatório de Três Gerações (capítulo 3.1 *supra*) serve como espécie de Pauta Mínima condutora das reuniões da Gestão por Resultados. As principais vantagens em se adotar o relatório estão em permitir a rápida identificação da fase de cada iniciativa e os efeitos que os esforços estão produzindo ou não nos resultados.

#### 4 A REDE DE PROGRAMAS E PROJETOS DA PGU

O Programa de Gestão por Resultados da PGU estabelece as linhas gerais de como os esforços devem ser direcionados para a obtenção de resultados.

Para que os resultados positivos se concretizem, a PGU desenvolve programas e projetos alinhados ao Programa de Gestão por Resultados em cada uma de suas cinco frentes de atuação:

1. A Defesa judicial abrange as atividades de sustentação oral em julgamentos, despachos com magistrados, contestações, recursos e demais manifestações em juízo. O seu aperfeiçoamento é guiado na PGU pelo Banco de Orientações e Defesa Mínima, pela Gestão por Resultados, pelo Projeto Presença e pelo Programa de Redução de Litígios e Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União.
2. A Redução de Litígios consiste na dispensa de contestação ou na abstenção de recurso em hipóteses que se constatou a inviabilidade da defesa judicial. Cada Departamento da PGU consolida e expede orientações para a redução de litígios. O Departamento de Assuntos de Pessoal Civil e Militar (DCM) e o Departamento de Serviço Público (DSP) mantêm o Programa de Redução de Litígios e Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União.

3. Os Acordos para terminar litígios judiciais são firmados pela PGU e seus órgãos de execução nas situações em que o prosseguimento do processo judicial não se mostra vantajoso para a União. Cada Departamento da PGU consolida e expede orientações específicas para acordos. O Departamento de Estudos Jurídicos e Contencioso Eleitoral (DEE) mantém o Projeto Centrais de Negociação e o Departamento de Patrimônio e Probidade (DPP) promove dois Meses de Conciliação por ano nos processos de cobrança de créditos decorrentes de acórdãos do Tribunal de Contas da União.
4. Proativo é a forma de atuação voltada à recuperação de valores desviados dos cofres públicos federais, a partir de constatações realizadas pelos órgãos de controle da União. O Departamento de Patrimônio e Probidade (DPP) da PGU coordena o Grupo de Atuação Permanente Proativa da AGU.
5. A Prevenção de litígios consiste na articulação com as Consultorias e Assessorias Jurídicas dos órgãos representados para que se adotem medidas voltadas a evitar o ajuizamento de novas ações contra a União.

Em cada frente de atuação a PGU trabalha para a construção de indicadores para aferir a efetividade do esforço empreendido, o que serve de balizador das decisões gerenciais nos três níveis: estratégico, tático e gerencial. Na tabela abaixo seguem listados alguns indicadores, sendo que alguns ainda demandam amadurecimento em especial no que se refere à Gestão de dados gerenciais tratada no capítulo 1.1 *supra*:

<b>Frente de atuação</b>	<b>Resultado</b>	<b>Indicador</b>
Defesa judicial	Decisão judicial favorável	Percentual de decisões favoráveis
Redução de Litígios	Término de processos em que a defesa judicial não é mais viável	a) Quantidade de desistência de recursos b) Quantidade de abstenções de recursos c) Percentual de processos com assunto passível de desistência de recurso já analisados

Acordos União Devedora	Economia no pagamento de valores pela União	a) Valores economizados nos acordos b) Percentual de economia nos acordos c) Quantidade de acordos d) Percentual de processos passíveis de acordo com proposta de conciliação
Proativo	Valores desviados dos cofres públicos recuperados	a) Valores em R\$ recuperado b) Percentual de valores recuperados de um total de valores cobrados
Prevenção de Litígios	Problemas jurídicos evitados	a) Quantidade de ações judiciais contra a União que foram evitadas b) Percentual de processos passíveis de prevenção com proposta da PGU para evitar a judicialização

## 5 POR UM FUTURO ILUMINADO

A comemoração dos 20 anos da Advocacia-Geral da União abre um momento especial para reflexão sobre o imperativo de aperfeiçoamento contínuo da gestão institucional para fazer frente aos desafios crescentes que surgem.

Passamos então a abordar neste artigo as áreas da gestão que, em nosso entender, serão decisivas para o futuro promissor da AGU por meio do aperfeiçoamento da gestão da PGU: Análise de Negócio, Gestão do Risco Jurídico, Gestão do Conhecimento, Inteligência Organizacional e Competitiva, Gestão de Processos de Negócio e *Lean Office*.

Com a Análise de Negócio, a PGU poderá sistematizar a forma de diagnóstico e formulação de propostas destinadas para o alcance de suas metas<sup>34</sup>. O Guia BABOK, corpo de conhecimento em Análise de Negócio, elenca 37 diferentes técnicas de para diagnósticos e/ou propostas de solução de problemas que deverão auxiliar no aperfeiçoamento da Gestão por Resultados da PGU.

Devido à sua amplitude, a Análise de Negócio utiliza-se de muitas áreas do conhecimento como Desenvolvimento Ágil, *Business Intelligence* (BI), Gerenciamento de Processos de Negócio (BPM), *Lean* e *Six Sigma*,

<sup>34</sup> International Institute of Business Analysis. *Um guia para o Corpo de Conhecimentos de Análise de Negócios (Guia BABOK)*. Versão 2.0. Toronto: International Institute of Business Analysis. 2011. p. 5.

Gerenciamento de Projetos, Planejamento Estratégico, entre outras<sup>35</sup>. Para tanto, o futuro da AGU depende e muito da formação e desenvolvimento profissional multidisciplinar dos Advogados da União e Administradores, para que todo o potencial das áreas de conhecimento em gestão possam ser agregados ao saber jurídico.

A Gestão do Risco Jurídico consiste na aplicação da Análise de Risco na área jurídica. Risco é o efeito da incerteza nos objetivos, que significa um desvio em relação ao esperado e que pode ser positivo e/ou negativo<sup>36</sup>. O equivalente no mundo jurídico é o elemento acidental de negócio jurídico denominado de “condição”.

A forte judicialização dos atos da Administração Pública ainda não foi devidamente sistematizada no que se refere à análise de risco, embora a sua importância seja evidente. A gestão do risco envolve as etapas de Identificação, Análise, Avaliação e Tratamento, sendo que este último tem como opções: prevenção, tomada ou aumento do risco para aproveitar oportunidade, remoção da fonte de risco, alteração das probabilidades, alteração das consequências, compartilhamento do risco com outras partes e a retenção do risco por uma decisão consciente e bem fundamentada<sup>37</sup>.

A análise de riscos no Brasil tem se destacado pelo método Brasileiro de análise de risco<sup>38</sup> além de iniciativas na área de gestão de riscos positivos<sup>39</sup>.

A Gestão do Conhecimento sistematiza a aquisição e utilização do conhecimento e informação orientadas para a produção de resultados. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) desenvolveu um modelo de Gestão do Conhecimento adaptado à Administração Pública<sup>40</sup>.

Mesmo que se considere que estejamos em uma sociedade do conhecimento, ainda é muito incipiente a efetiva gestão do conhecimento, ou seja, as organizações ainda não valorizam na prática o conhecimento como deveriam. A título de exemplo, ainda são incipientes na Administração Pública a criação de estruturas próprias para cuidar da

---

35 Idem, p. 18-9.

36 ABNT NBR. *ISO 31000 Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes*. Committee Draft of ISO 31000 Risk management. Rio de Janeiro: ABNT, 2009. p. 1.

37 Idem, p. 19.

38 BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro. *Manual de análise de riscos para a segurança empresarial*. São Paulo: Sicurezza, 2003.

39 MACIEIRA, André; KARRER, Daniel; JESUS, Leandro; CLEMENTE, Rafael. *Gestão de Riscos Positivos*. São Paulo: Sicurezza, 2010.

40 BATISTA, Fábio Ferreira. *Modelo de Gestão do Conhecimento para a Administração Pública Brasileira: como implementar a gestão do conhecimento para produzir resultados em benefício do cidadão*. Brasília: Ipea, 2012. p. 69.



gestão do conhecimento com a implementação contínua de indicadores de resultados do conhecimento produzido e utilizado pelas organizações.

Inteligência Organizacional e Competitiva é a “informação analisada que fornece a você insights e vantagem competitiva”<sup>41</sup>. Ela está baseada em dois alicerces: o primeiro consiste na habilidade de encontrar a informação sobre a competitividade e o segundo, mais crítico, é a habilidade de identificar as rupturas antigas de mercado e interpretá-las com imparcialidade<sup>42</sup>.

A inteligência competitiva lida muito com o conhecimento imperfeito, por mais informação que se tenha a incerteza sempre estará presente e as decisões precisam ser tomadas sob pena do problema se agravar ou da oportunidade desaparecer<sup>43</sup>. Os *Insights* são mais evoluídos do que a informação, pois contemplam:

- Passado: como e porque isso aconteceu? (Modelagem, design experimental)
- Presente: qual a melhor ação a ser tomada em seguida? (Recomendação)
- Futuro: qual a melhor/pior coisa que poderia acontecer? (Projeção, otimização, simulação)

Gestão de Processos de Negócio, também conhecido pela sigla BPM (*Business Process Management*), é uma abordagem voltada para a identificação, desenho, execução, documentação, medição, monitoramento, controle e melhoria de processos de negócio<sup>44</sup>. Tudo que uma organização entrega em produtos e serviços é a ponta final de um processo de negócio, o que evidencia a importância no aprofundamento desse corpo de conhecimentos.

O Guia BPM CBOK, corpo comum de conhecimento para o Gerenciamento de Processos de Negócio, fornece padrões de modelagem e notações de processos, procedimentos de análise de processos, princípios e o passo a passo de desenho de processos, gerenciamento de desempenho de processos, metodologias de melhoria de processos e as

41 FULD, Leonard M. *Inteligência competitiva: como se manter à frente dos movimentos da concorrência e do mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 3.

42 Idem, p. 1.

43 Idem, p. 16.

44 Association of Business Process Management Professionals (ABPMP). *Guia para o Gerenciamento de Processos de Negócio – Corpo Comum de Conhecimento (BPM CBOK)*. Versão 2.0. Tradução: ABPMP Brasil. Brasil: ABPMP Brasil, 2009. p. 30-1.

tecnologias de BPM. Há uma intensa relação entre a BPM e a Análise de Negócios, o que nos permite destacar mais uma vez a importância da formação multidisciplinar das equipes da PGU para superar os desafios.

*Lean Office* é derivado da “Produção *Lean*” (manufatura enxuta), ele é o esforço contínuo para alcançar um estado caracterizado por desperdício mínimo e fluxo máximo aplicado para áreas administrativas. Segundo Don Tapping e Tom Shuker a área administrativa representa de 60% a 80% dos custos para atender a demanda dos clientes<sup>45</sup>. Por esse motivo colocamos o *Lean Office* como destaque, ainda que ele possa ser visto como parte de um conjunto maior que é a BPM.

O *Lean Office* busca o constante monitoramento e combate aos sete tipos de desperdícios: Sobreprocessamento, Transporte, Defeitos, Superprodução, Movimentação, Espera e Estoque. O conceito central no *Lean Office* é o de gerenciamento do fluxo de valor, que objetiva um processo de trabalho fluindo da maneira mais tranquila possível até os clientes<sup>46</sup>.

Como se pode perceber temos à frente um futuro iluminado por novos caminhos de excelência em gestão para que a PGU atenda às expectativas da sociedade com a entrega de resultados cada vez mais positivos em prol do interesse público.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar que a atuação jurídica, em especial aquela de responsabilidade da Procuradoria-Geral da União, gera resultados que podem e devem ser objeto de mensuração.

A mensuração dos resultados permite a sua análise mais aprofundada, seja por meio da comparação de resultados por localidade, teses utilizadas ou mesmo pelo esforço empreendido na defesa judicial.

Por meio do constante acompanhamento dos resultados mensurados é que a gestão pode se concretizar. A escolha dos resultados que guiam a instituição permite o alinhamento de objetivos e a união de esforços em busca da melhoria desses mesmos resultados.

O futuro da AGU se revela promissor e ao mesmo tempo desafiador.

Tornar cada vez mais precisas a mensuração e a análise dos resultados é uma parte do desafio. A outra parte consiste em intensificar a aplicação dos atuais e novos instrumentos de gestão

<sup>45</sup> TAPPING; SHUKER, op. cit., p. 1.

<sup>46</sup> Idem, p. 8.

para que a AGU venha a gerar benefícios efetivos em prol da sociedade brasileira.

E é por meio da elaboração e implantação dos programas e projetos da PGU, atuais e futuros, que a AGU consolida a sua participação no desenvolvimento permanente do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABNT NBR. *ISO 31000 Gestão de Riscos – Princípios e diretrizes. Committee Draft of ISO 31000 Risk management*. Rio de Janeiro: ABNT, 2009.

ASSIS, Wilson Martins de. *Gestão da informação nas organizações*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

ASSOCIATION OF BUSINESS PROCESS MANAGEMENT PROFESSIONALS (ABMP). *Guia para o Gerenciamento de Processos de Negócio – Corpo Comum de Conhecimento (BPM CBOK)*. Versão 2.0. Tradução: ABPMP Brasil. Brasil: ABPMP Brasil, 2009.

AYRES, Ian. *Super Crunchers: por que pensar com números é a nova maneira de ser inteligente*. Tradução Marcelo Barbão. São Paulo: Ediouro, 2008.

BATISTA, Fábio Ferreira. *Modelo de Gestão do Conhecimento para a Administração Pública Brasileira: como implementar a gestão do conhecimento para produzir resultados em benefício do cidadão*. Brasília: Ipea, 2012.

BORANGA, Anna Luiza; SALOMÃO, Simone Viana (coord.). *Administração Legal para Advogados*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Guia Referencial para Medição de Desempenho e Manual para Construção de Indicadores*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Secretaria de Gestão, 2009.

\_\_\_\_\_. *Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização – GesPública; Prêmio Nacional da Gestão Pública – PQGF*; Documento de Referência; Fórum Nacional 2008/2009. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão - Secretaria de Gestão, 2009.

\_\_\_\_\_. *Plano plurianual 2012-2015*: projeto de lei. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MP, 2011.

\_\_\_\_\_. *Orientações para elaboração do Plano Plurianual 2012-2015*. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos. Brasília: MP, 2011.

\_\_\_\_\_. *Técnica de indicadores de desempenho para auditorias*. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2011.

BRASILIANO, Antonio Celso Ribeiro. *Manual de análise de riscos para a segurança empresarial*. São Paulo: Sicurezza, 2003.

CAMPOS, Vicente Falconi. *Gerenciamento da rotina do trabalho do dia-a-dia*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2004.

\_\_\_\_\_. *Gerenciamento pelas diretrizes*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2004.

\_\_\_\_\_. *O Verdadeiro Poder*. Nova Lima: INDG Tecnologia e Serviços Ltda., 2009.

CARLSBERG, Conrad. *Gerenciando dados com o Microsoft Excel*. Tradução Maribel Cristina Basílio de Paula & Deborah Rüdiger. São Paulo: Pearson Makron Books, 2005.

CARVALHO, Doris de Queiroz. *Classificação Decimal de Direito*. 4. ed. Brasília: Presidência da República, 2002.

CHOO, Chun Wei. *A Organização do Conhecimento*. Tradução de Eliana Rocha. 2. ed. São Paulo: Senac, 2006.

CORRÊA, Henrique L; CAON, Mauro. *Gestão de serviços*. São Paulo: Atlas. 2006.

CURY, Antonio. *Organização e métodos: uma visão holística*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DAVENPORT, Thomas H. HARRIS, Jeanne G. MORISON, Robert. *Inteligência analítica nos negócios: Como usar a análise de informações para obter resultados superiores*. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FISK, Peter. *Creative genius: an innovation guide for business leaders, border crossers and game changers*. West Sussex: Capstone, 2011.

FULD, Leonard M. *Inteligência competitiva: como se manter à frente dos movimentos da concorrência e do mercado*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

GAWANDE, Atul. *Checklist: como fazer as coisas benfeitas*. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Sextante, 2011.

GOLDRATT, Eliyahu M.; COX, Jeff. *A Meta: um processo de melhoria contínua*. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2002.

HUBBARD, Douglas W. *Como mensurar qualquer coisa encontrando o valor do que é intengível nos negócios*. Tradução de Ebréia de Castro Alves. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF BUSINESS ANALYSIS. *Um guia para o Corpo de Conhecimentos de Análise de Negócios (Guia BABOK)*. Versão 2.0. Toronto: International Institute of Business Analysis, 2011.

KAY, John Anderson. *A beleza da ação indireta: porque a linha reta nem sempre é a melhor estratégia*. Tradução Adriano Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: BestSeller, 2011.

KLUBECK, Martin. *Métricas: Como melhorar os principais resultados de sua empresa*. São Paulo: Novatec, 2012.

LAUDON, Kenneth; LAUDON, Jane. *Sistemas de informação gerenciais*. Tradução Luciana do Amaral Teixeira. 9. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2010.

LEME FILHO, Trajano. *BI – Business Intelligence no Excel*. Rio de Janeiro: Nova Terra, 2010.

LOSHIN, David. *The Practitioner's Guide to Data Quality Improvement*. Burlington: Morgan Kaufmann, 2011.

MACIEIRA, André; KARRER, Daniel; JESUS, Leandro; CLEMENTE, Rafael. *Gestão de Riscos Positivos*. São Paulo: Sicurezza, 2010.

MCGILVRAY, Danette. *Executing Data Quality Projects: Ten Steps to Quality Data and Trusted Information*. Burlington: Morgan Kaufmann, 2008.

MLODINOV, Leonard. *O Andar do Bêbado: Como o acaso determina nossas vidas*. Tradução Diego Alfaro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

OSTERWALDER, Alexander. *Business Model Generation – Inovação em Modelos de Negócios*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2011.

QUINN, Robert E.; THOMPSON, Michael P.; FAERMAN, Sue R.; McGraith, Michael. *Competências Gerenciais: princípios e aplicações*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

ROPER, Brent D. *Practical Law Office Management*. 3. ed. Clifton Park: Delmar Cengage Learning, 2007.

TAPPING, Don; SHUKER, Tom. *LEAN OFFICE: gerenciamento do fluxo de valor para áreas administrativas – 8 passos para planejar, mapear e sustentar melhorias Lean nas áreas administrativas*. São Paulo: Leopardo, 2010.

TUFTE, Edward. *The Visual Display of Quantitative Information*. 2. ed. Nuneaton: Graphics Press, 2001.

TURBAN, Efraim; SHARDA, Ramesh; ARONSON, Jay E.; KING, David. *Business Inteligence: um enfoque gerencial para a inteligência do negócio*. Tradução de Fabiano Bruno Gonçalves. Porto Alegre: Bookman, 2009.

# CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO DA DEMANDA

*CONDITIONS OF ACTION AND MERIT OF THE CAUSE*

*Ana Carolina Miguel Gouveia*

*Advogada da União*

*Especialista em Direito Constitucional pela UNISUL/IDP*

*Especialista em Direito Processual Civil pela UNIDERP/LFG*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Direito de ação; 2 Condições da ação e mérito; 2.1 Legitimidade *ad causam*; 2.2 Interesse de agir; 2.3 Possibilidade jurídica; 3 As condições da ação no projeto do novo Código de Processo Civil; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo objetiva analisar as condições da ação no ordenamento processual civil brasileiro e sua relação com o mérito da demanda, especialmente em razão de diversos questionamentos apresentados pela doutrina quanto à utilidade prática do seu exame para a solução de conflitos levados a juízo. A abordagem alcança diferentes aspectos das condições da ação, como a sua natureza e os efeitos da decisão judicial que declara a sua ausência. Ainda, é feita análise comparativa quanto à disciplina do tema no Código vigente e no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro – cuja Parte Geral foi recentemente aprovada na Câmara dos Deputados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Civil. Ação. Condições. Mérito. Demanda. Novo Código.

**ABSTRACT:** This article analyzes the conditions of action in the Brazilian civil procedural law and its relation to the merits of the lawsuit, especially due to several questions presented by the doctrine, about the utility of its examination for the conflicts resolution prosecuted. The approach achieves the various aspects of conditions of action, such as its nature and the effects of the court's decision declaring their absence. Still, comparative analysis is made on the issue between the current Code and the Project of the New Brazilian Civil Procedure Code – whose General Part has recently been approved on the House of Representatives.

**KEYWORDS:** Civil Procedure. Action. Conditions. Merit. Lawsuit. New Code.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, embora sem a pretensão de esgotar a matéria, busca apresentar os contornos da controvérsia doutrinária existente sobre as condições da ação – especialmente em razão de sua íntima relação com o mérito da demanda.

No Capítulo 1, serão apresentadas as diferentes teorias que, ao longo do tempo, se formaram para explicar o direito de ação. Entre elas, destaca-se a Teoria Eclética da Ação, adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, e que introduziu nova categoria jurídica ao ordenamento processual: as chamadas condições da ação.

A doutrina vem apresentando diversas indagações quanto à utilidade prática do exame das condições da ação em uma demanda e da decisão judicial que declara a sua ausência – o que será abordado no Capítulo 2. Nele, serão analisados os diferentes questionamentos doutrinários envolvendo as condições da ação, genericamente consideradas, bem como as singularidades de cada uma delas, tendo-se por perspectiva a Teoria da Asserção – criada com o objetivo de solucionar as lacunas deixadas pela Teoria Eclética.

Finalmente, no Capítulo 3, será realizada análise crítica do tratamento conferido ao tema das condições da ação pelo Projeto de Lei do Senado nº 166/2010, cuja Parte Geral fora alterada e recentemente aprovada na Câmara dos Deputados – Projeto de Lei nº 8.046/2010.

## 1 O DIREITO DE AÇÃO

A pacificação dos conflitos de interesses pelo Estado, através da atividade jurisdicional, depende de provocação, a qual é exercida com o direito de ação.

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de ação é considerado garantia própria do Estado Democrático de Direito, assegurada no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Sua disciplina, no entanto, está assentada em legislação infraconstitucional. Assim, segundo o Professor Luiz Rodrigues Wambier<sup>1</sup>, “ao lado de um direito absolutamente abstrato e

---

<sup>1</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I, p. 160.

incondicionado de ter acesso aos juízes e tribunais [...], há o direito ‘processual’ de ação (direito de receber sentença de mérito, ainda que desfavorável)”.

Esta concepção do direito de ação é produto da evolução do direito processual. Dentre as teorias mais relevantes desenvolvidas para explicar o fenômeno, destacam-se a Teoria Civilista ou Imanentista da Ação, a Teoria Concreta da Ação, a Teoria Abstrata da Ação e a Teoria Eclética da Ação.

A Teoria Civilista da Ação teve origem em uma época na qual o direito processual ainda não tinha autonomia em face do direito material. Ela inspirou a redação do Código Civil Brasileiro de 1916 – cujo artigo 75 estabelecia que “*a todo direito corresponde uma ação, que o assegura*”. Segundo esta teoria, o direito de ação era manifestação do direito material violado, e nada mais<sup>2</sup>.

A autonomia do direito de ação frente ao direito material só foi concebida com a Teoria Concreta da Ação, quando se passou a reconhecer que a ação constitui direito à prestação jurisdicional, diferenciado, portanto, do direito material. De acordo com essa teoria, a existência do direito de ação se dava, apenas, com a existência do direito material, ou seja, somente em caso de decisão judicial favorável ao autor, é que se poderia dizer existente o direito de ação<sup>3</sup>.

A Teoria Concreta recebeu diversas críticas e foi finalmente superada pela Teoria Abstrata da Ação, segundo a qual o direito de ação seria apenas o direito de provocar o Estado-juiz a emitir um pronunciamento, qualquer que seja ele<sup>4</sup>.

A Teoria Eclética da Ação, por sua vez, tal como a Teoria Abstrata, informa que o direito de ação independe do direito material alegado. Dela se diferencia, no entanto, por considerar que, para a existência ou para o regular exercício do direito de ação, necessário se faz observar categoria jurídica distinta do mérito da causa, as chamadas “condições da ação”. Sem a presença de quaisquer delas – diga-se, da legitimidade *ad causam*,

---

2 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 107-108.

3 *Ibidem*, p. 108-110.

4 *Ibidem*, p. 110.

do interesse de agir e da possibilidade jurídica –, estar-se-á diante de causa para a extinção do processo sem resolução do mérito<sup>5</sup>.

Esta teoria tornou-se prevalente no Brasil, especialmente porque Alfredo Buzaid – discípulo de Liebman, o criador da Teoria Eclética – ficou encarregado de elaborar o Código de Processo Civil, de 1973<sup>6</sup>.

Em relação às teorias desenvolvidas sobre o direito de ação, o Professor Alexandre Câmara<sup>7</sup> manifesta expressa adesão à Teoria Abstrata da Ação, mas conclui que a controvérsia em torno do tema, pelas teorias mencionadas, pode ser superada, visto que todas são compatíveis entre si, exceto a Teoria Civilista da Ação. Segundo o referido doutrinador, “cada uma delas se dedica ao estudo de uma diferente posição jurídica de vantagem”, ou seja, “tratam elas, respectivamente, do poder de demandar, do poder de ação e do direito à tutela jurisdicional” – referindo-se à Teoria Abstrata, à Teoria Eclética e à Teoria Concreta, nesta ordem.

Comungamos do posicionamento referido e também aderimos à Teoria Abstrata da Ação. Entretanto, com relação à compatibilidade entre as teorias, concordamos apenas em parte com as conclusões do Professor Alexandre Câmara. Isso porque, sobre a temática das condições da ação, nos filiamos ao posicionamento de Ovídio Batista da Silva<sup>8</sup> e Freddie Diddier Jr.<sup>9</sup>: o direito de ação, ou o seu exercício, não é condicionado; e, a análise das condições da ação constitui, na maior parte dos casos, exame do próprio mérito da demanda.

Ainda que, em tese, tais condições sejam definidas por alguns doutrinadores como questões prejudiciais de ordem processual<sup>10</sup>, não há como negar que, na prática, seu exame depende da análise dos aspectos substanciais da própria causa. Portanto, é dispensável sua aceitação como categoria jurídica.

---

5 Ibid., p. 111.

6 CÂMARA, op. cit., p. 11.

7 CÂMARA, op. cit., p. 112-114.

8 SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. 6. ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 108.

9 DIDIER JR., Freddie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 219.

10 THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 48.

É com esta perspectiva que se passa a analisar as chamadas condições da ação e sua relevância no ordenamento processual civil brasileiro.

## 2 CONDIÇÕES DA AÇÃO E MÉRITO

Como dito no Capítulo anterior, a Teoria Eclética vem sofrendo diversas críticas da doutrina, especialmente, em razão da dificuldade que se tem em definir claramente a natureza das condições da ação. De forma sucinta, pode-se dizer que tais críticas concentram-se em três indagações principais: pode-se afirmar que o direito de ação é condicionado? A sentença que reconhece a carência de ação extingue o processo com ou sem resolução de mérito? Admitindo-se as condições da ação como categoria distinta do mérito da causa, qual o momento adequado para a sua apreciação?

Estes questionamentos evidenciam que há um grande descompasso entre o texto legal, o qual adota amplamente a teoria de Liebman, e a prática jurídica, em que se reconhece na sentença de carência de ação, verdadeira decisão de mérito, a qual impediria, inclusive, a repropositura da demanda.<sup>11</sup>

Responder à primeira indagação formulada nos leva a um paradoxo: a sentença que reconhece a falta de uma das condições da ação, extinguindo o processo sem resolução do mérito, é uma sentença que admite não ter existido o direito de ação. Então, com perplexidade, constata-se que o Estado, de fato, atuou e se manifestou em processo judicial, sem efetiva provocação da Jurisdição. Não há dúvidas de que a Teoria Eclética apresenta falha ao explicar tal hipótese.

Sobre o tema, o Professor Freddie Didier Jr.<sup>12</sup> leciona, citando Calmon de Passos, *in verbis*:

Afirmar que, quando o juiz extingue o processo sem julgamento de mérito, por reconhecer inexistente uma das ditas condições da ação, não teria havido exercício do direito de ação, é, na lúcida observação de Calmon de Passos, uma arbitrariedade. Limitar o direito de ação apenas à declaração de cabimento ou não de determinada *fattispecie* prevista na lei material (“si referisce ad una *fattispecie* determinata

11 DIDIER JR., op. cit., p. 208-209.

12 DIDIER JR., op. cit., p. 210.

ed esatamente individuata”), fazendo pouco caso do próprio direito objetivo formal, é, também, violentamente e sem autorização, restringir o conceito de jurisdição, que se tornaria mera aplicação do direito material, ou considerar que o direito objetivo formal não é digno de aplicação. ‘A aceitar-se integralmente a doutrina de Enrico Tullio Liebman, ter-se-ia processo sem ação, muito embora não iniciado de ofício’. Seria negar natureza jurisdicional ao juízo de admissibilidade.

Parte da doutrina, então, visando a contornar este problema, sugere que as condições da ação sejam concebidas como “condições para o regular exercício do direito de ação”. A Teoria Eclética, portanto, trataria de requisitos de admissibilidade relacionados ao exercício do direito de ação, e não a sua existência.

Não se nega que este posicionamento reflete maior adequação com a lógica do sistema processual. Todavia, não é suficiente, a nosso ver, para separar categoricamente as condições da ação do mérito da demanda.

Em verdade, e passando-se aos outros dois questionamentos formulados no início deste capítulo, nem mesmo os partidários da Teoria Eclética da Ação conseguem estabelecer separação absoluta entre condições da ação e mérito. Vejamos como o Professor Cândido Rangel Dinamarco<sup>13</sup>, fiel defensor da Teoria Eclética da Ação, se posiciona sobre o tema, *in verbis*:

Todas as três condições da ação constituem faixas de estrangulamento entre o direito processual e o substancial, sabido que é sempre da situação da vida lamentada pelo demandante, em associação com o resultado jurídico-substancial pretendido, que resultam a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade de parte. Essas condições situam-se no campo do direito processual, porque constituem requisitos para que o processo possa prosseguir e, conseqüentemente, para que possa o juiz vir a ter o dever de prover sobre o mérito; mas, em cada caso, é quase exclusivamente no direito material que se vão buscar elementos para aferir se elas estão presentes ou não. (g.n.)

---

13 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 300.

Ora, se o juiz terá que analisar os aspectos fáticos da demanda para buscar elementos que demonstrem que as condições da ação estão presentes, como afirmar que o seu exame antecede o mérito ou mesmo que dele se diferencia? Por que razão de ordem lógico-sistemática, no caso de carência de ação, a sentença extingue o processo sem resolução do mérito?

Comunga-se da opinião do Professor Freddie Didier Jr.<sup>14</sup> quanto ao ponto: o magistrado, no processo, exerce dois juízos: o de admissibilidade e o de mérito. As condições da ação, portanto, devem se enquadrar em uma das duas categorias. Se é necessário buscar no mérito dados informativos sobre a presença ou ausência das referidas condições, não há motivo para não enquadrá-las como tal – exceto quanto ao interesse de agir, em certas situações, e quanto à legitimidade extraordinária, os quais decorrem de expressa previsão legal e, portanto, tem indubitável natureza de requisitos de admissibilidade, como será visto adiante.

As condições da ação, em geral, podem ser enquadradas como hipóteses em que, desde o princípio, a improcedência do pedido se mostra notória e, por isso, ensejam o julgamento antecipado da lide.

Em que pesem tais conclusões, não se poderia olvidar que o Código de Processo Civil brasileiro amparou, de forma expressa, a Teoria Eclética e, conseqüentemente, as condições da ação, admitindo que sua ausência dá ensejo à extinção do processo sem resolução do mérito. Como e em que momento, então, deve-se aplicar o disposto no art. 267, VI, do CPC? Adota-se o § 3º do citado dispositivo sem maiores questionamentos?

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[...]

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria

14 DIDIER JR., op cit., p. 214-216.

constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Duas correntes se formaram sobre a matéria. A primeira, cujo maior expoente é Cândido Rangel Dinamarco<sup>15</sup>, prega a aplicação plena do mencionado § 3º, e, se houver necessidade, o autor deve produzir provas para convencer o magistrado da presença das condições da ação. Então, volta-se a indagar, se há necessidade de produzir provas para demonstrar a existência de quaisquer das condições da ação, não se está examinando o próprio mérito da demanda? E mais. Se houver necessidade de produzir prova em dois momentos distintos do processo não se está deixando de observar o princípio da celeridade? A resposta nos dois casos parece ser positiva.

A segunda corrente orienta que o magistrado deverá verificar a presença das condições da ação segundo as afirmações constantes da petição inicial, em abstrato. A relação jurídica, no caso, é analisada *in statu assertionis* – daí este entendimento ser denominado de “Teoria da Asserção”. O Professor Alexandre Câmara<sup>16</sup>, defensor deste posicionamento, ensina, *in verbis*:

Parece-me que a razão está com a teoria da asserção. As “condições da ação” são requisitos exigidos para que o processo vá em direção ao seu fim normal, qual seja, a produção de um provimento de mérito. Sua presença, assim, deverá ser verificada em abstrato, considerando-se, por hipótese, que as assertivas do demandante em sua inicial são verdadeiras, sob pena de se ter uma indifereçável adesão às teorias concretas da ação. Exigir a demonstração das “condições da ação” significaria, em termos práticos, afirmar que só tem ação quem tenha o direito material.

Ante às disposições do ordenamento processual brasileiro, há que se reconhecer que a Teoria da Asserção supre adequadamente as lacunas deixadas pela Teoria Eclética da Ação, no que concerne ao momento da apreciação das condições da ação e aos efeitos da decisão que reconhece a ausência de quaisquer delas: se o magistrado verificar a ausência de alguma das condições da ação ainda na fase postulatória, ou seja, conforme afirmado pelo autor em sua petição inicial, poderá

15 DINAMARCO, op. cit., p. 300 e 315-320.

16 CÂMARA, op. cit., p. 121-122.

extinguir o processo sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC; se o magistrado, por outro lado, só vier a constatar a falta de condição da ação após iniciada a fase instrutória, ou seja, se houve a necessidade de adentrar no mérito da demanda para constatar a existência dessas condições da ação, o processo deve ser extinto com resolução do mérito.

Especificamente sobre as supostas diferentes naturezas da sentença de improcedência do pedido e da sentença de carência da ação, o Professor Freddie Didier Jr.<sup>17</sup> conclui que “o legislador utilizou-se de expressões diferentes para identificar situações materialmente iguais: a sentença que reconhece a carência de ação [...] é ontologicamente igual àquela que julga o pedido improcedente”.

De fato, tratando-se de ausência de uma das condições da ação, a propositura de outra demanda não implica em mero saneamento de um erro processual, mas em verdadeira propositura de nova demanda. O Professor Ovídio Batista da Silva<sup>18</sup> destaca, *in verbis*:

Quando o juiz declara inexistente uma das condições da ação, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito da pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu – não contra o Estado – é improcedente. E tal sentença é sentença de mérito. A suposição de que a rejeição da demanda por falta de alguma condição da ação não constitua decisão sobre a lide, não fazendo coisa julgada e não impedindo a reproposição da mesma ação, agora pelo verdadeiro legitimado ou contra o réu verdadeiro, parte do falso pressuposto de que a nova ação proposta por outra pessoa, ou pela mesma que propusera a primeira, agora contra outrem, seria a mesma ação que se frustrara no primeiro processo. Toma-se o conflito de interesses, existente fora do processo, a que Carnelutti denominava lide, como verdadeiro e único objeto da atividade jurisdicional. Como este conflito não fora composto pela primeira sentença que declara o autor carecedor de ação, afirma-se que seu mérito permaneceu inapreciado no julgamento anterior. Daí porque, no segundo processo, com novos figurantes, estar-se-ia a desenvolver a mesma ação. Ora, no segundo processo, nem sob o ponto de vista do direito processual, e muito menos em relação

17 DIDIER JR, op. cit., p. 220.

18 SILVA, op. cit., p. 108.



ao direito material, a ação seria a mesma. Mudando-se as partes, transforma-se a demanda. Afirmado o juiz que o autor não tem legítimo interesse para a causa, sem dúvida estará afirmando que o conflito de interesses por ele descrito na petição inicial não merece que o Estado lhe outorgue proteção, o que significaria declarar que tal conflito é irrelevante para o direito. E, neste caso, igualmente lhe falta a ação de direito material, ou esta seria ilegítima por falta de interesse.

Por fim, impõe-se ainda questionar, ante à leitura do inciso VI, do art. 267, do CPC, se há, em nosso sistema, outras condições da ação além da possibilidade jurídica, da legitimidade das partes e do interesse processual.

Alguns doutrinadores concluem que, de fato, existem outras condições da ação no ordenamento processual civil. José Carlos Barbosa Moreira<sup>19</sup>, por exemplo, defende que a petição inicial pode ser indeferida não só pela ausência das condições da ação reconhecidas, mas, também, por falta de alguma das condições específicas do exercício da ação – e cita o artigo 268, 2ª parte, do CPC.

Discordamos deste posicionamento. Embora neste trabalho se defenda que as condições da ação em muitos casos se confundem com o mérito ou com os pressupostos processuais, a sua aceitação na sistemática do Código de Processo Civil se dá, de forma correspondente, com os elementos identificadores da demanda: partes, pedido e causa de pedir. Assim, qualquer outra “condição” que a doutrina venha a apontar, na verdade, ou se subsume à definição das condições da ação já consagradas, ou se confunde com pressupostos processuais e requisitos de admissibilidade da petição inicial. Como exemplo, tem-se o título executivo na ação de execução. Para alguns<sup>20</sup>, a sua existência constitui requisito da petição inicial; para outros<sup>21</sup>, confunde-se com o próprio interesse de agir.

Feitas as devidas considerações acerca das condições da ação, genericamente consideradas, passa-se, agora a falar sobre cada uma delas, tendo-se por foco a sua estreita relação com o mérito da demanda.

19 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

20 DIDIER, op cit., p. 292-293.

21 CÂMARA, op. cit., p. 119.

## 2.1 LEGITIMIDADE AD CAUSAM

A primeira condição da ação a ser destacada é a legitimidade das partes que, na definição de Alfredo Buzaid<sup>22</sup>, se traduz na “pertinência subjetiva da ação”. Para que uma demanda possa alcançar o seu resultado final, é necessário que sua propositura seja feita quanto às partes que tenham a efetiva relação jurídica de direito material alegada.

Aplicando-se a Teoria da Asserção para melhor conceituar os legitimados processuais, pode-se dizer, então, que estes são os titulares da relação jurídica de direito material subjacente deduzida pelo autor em sua petição inicial – independentemente do reconhecimento quanto à veracidade ou não da descrição do conflito. Neste caso, tem-se a legitimidade ordinária.

O artigo 6º, do Código de Processo Civil, no entanto, prevê que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Em certos casos, a lei confere legitimidade processual a alguém que não é efetivo titular da relação jurídica de direito material deduzida. Tem-se, assim a chamada legitimidade extraordinária, que pode ser exclusiva, concorrente ou subsidiária, conforme classificação do Professor Alexandre Câmara<sup>23</sup>. Vejamos, *in verbis*:

A legitimidade extraordinária pode ser exclusiva, concorrente ou subsidiária. É exclusiva quando apenas o legitimado extraordinário pode ir a juízo, mas não o legitimado ordinário. [...] Admite-se, assim, a existência de legitimidade extraordinária exclusiva, no sistema constitucional vigente, apenas nos casos em que inexistia um titular do direito subjetivo ou da posição jurídica de vantagem afirmada, como, por exemplo, na ação popular, em que a legitimidade do cidadão é extraordinária, mas não há legitimado ordinário, uma vez que o interesse submetido à tutela jurisdicional é um interesse supra-individual.

Tem-se a legitimidade extraordinária concorrente quando tanto o legitimado ordinário quanto o extraordinário podem ir a juízo isoladamente, sendo certo que poderão eles também demandar em conjunto, formando assim litisconsórcio facultativo. É o que se tem,

<sup>22</sup> BUZAID, Alfredo. *Do Agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*, p. 89, apud CÂMARA, Alexandre Freitas. p. 116.

<sup>23</sup> CÂMARA, op. cit., p. 119.

por exemplo, na “ação de investigação de paternidade”, em que o titular do interesse ao reconhecimento da paternidade é legitimado ordinário e o Ministério Público é legitimado extraordinário concorrente.

Por fim, tem-se legitimidade extraordinária subsidiária quando o legitimado extraordinário só pode ir a juízo diante da omissão do legitimado ordinário em demandar [...].

Observa-se que, de qualquer forma, a fim de verificar a presença desta condição da ação, necessário se faz realizar uma análise, ainda que superficial, da matéria fática descrita na petição inicial, para apurar quem é o titular da relação jurídica de direito material e a quem cabe observar e respeitar o direito que o autor alega possuir.

Mesmo assim, na prática, o que se nota é que só se consegue aferir a ausência desta condição da ação – especialmente nos casos de legitimação ordinária – após a instrução probatória, o que fatalmente implicará na improcedência do pedido e não em mera extinção do processo sem resolução do mérito.

Nos casos de legitimação extraordinária, como esta decorre da lei, a eventual ausência desta condição da ação é facilmente aferida pelo magistrado já na fase postulatória, e confunde-se com a ausência de pressuposto processual, ou com a falta do interesse de agir – para os que acreditam ser esta a única condição da ação existente no ordenamento processual.

De qualquer modo, o ajuizamento de ação posterior, com a devida correção dos pólos ativo e passivo, constituirá nova demanda, cujos elementos identificadores da causa – especialmente quanto às partes, não coincidem com os da demanda anterior.

## 2.2 INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir, concebido como condição da ação, se diferencia do interesse substancial. O primeiro tem por objeto a tutela jurisdicional, enquanto o segundo tem por foco o próprio bem da vida pleiteado.

Pois bem. Esta condição da ação deve ser observada sob duas perspectivas: o Estado somente exercerá a atividade jurisdicional quando sua atuação seja necessária e o demandante só deverá levar a juízo

demandas que lhe sejam úteis. Eis, então, os dois elementos do interesse de agir: a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade do provimento.

A necessidade, como elemento do interesse processual, se configura quando o bem da vida pretendido só puder ser alcançado pelo autor, através da via jurisdicional – por exemplo, nos casos em que há resistência da outra parte em cumprir obrigação; ou nas chamadas “demandas constitutivas necessárias”, nas quais o elemento necessidade decorre da própria lei.

De qual forma, na sistemática adotada pelo Código de Processo Civil, o interesse-necessidade deve ser observado *in statu assertionis*, ou seja, como enunciado pelo autor em sua petição inicial e não se confunde, obviamente com a necessidade inerente ao interesse substancial do autor – que é indubitavelmente questão de mérito.

O interesse-utilidade se configura sempre que o processo possibilite ao autor alcançar um provimento de mérito que resolva o conflito de interesses alegado, qualquer que seja ele. Como exemplo da falta deste elemento do interesse processual, tem-se a chamada “perda do objeto”, ou a impetração de mandado de segurança contra lei em tese.

Alguns juristas – dentre eles o Professor Alexandre Câmara<sup>24</sup>, percebem o binômio necessidade-utilidade, como necessidade-adequação, substituindo-se a idéia de utilidade do provimento, por recurso à via processual adequada, ou provimento adequado.

Tal posicionamento é criticado pelo Professor Freddie Didier Jr.<sup>25</sup>, visto que o sistema admite, em alguns casos, a fungibilidade entre os procedimentos para alcançar um mesmo provimento jurisdicional – exemplifica citando os arts. 805 e 920, do CPC; em outras situações, é possível o saneamento pelo magistrado ou pelo autor – como ocorre no art. 264, do CPC; e, por fim, quando não se puder adotar quaisquer dessas medidas, ter-se-á impossibilidade jurídica do pedido ou improcedência da demanda.

Sobre o ponto, a controvérsia parece inócua, visto que os conceitos de provimento adequado e provimento útil, embora não coincidentes, são plenamente complementares: o recurso à via processual inadequada não

24 CÂMARA, op. cit., p. 118-119.

25 DIDIER JR., op. cit., pp. 286-288.

conduzirá o autor a um provimento útil; ou, a utilidade do provimento demanda o recurso à via processual adequada<sup>26</sup> – o que, obviamente autoriza o magistrado a determinar eventual saneamento do feito, como mencionado no parágrafo anterior.

Vale destacar que o interesse de agir está intrinsecamente relacionado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – art. 5º, XXXV, da CF. Por esta razão é que não se admite que a necessidade de recorrer ao Judiciário para resolver determinado conflito seja condicionada por regra legal que imponha prévio esgotamento das instâncias administrativas. A única exceção à hipótese se dá nas questões desportivas, por expressa previsão constitucional – art. 217, § 1º.

Ainda, no que concerne à natureza do interesse de agir, alguns doutrinadores defendem que esta é a única e verdadeira condição da ação. Já o Professor Fredie Didier Jr.<sup>27</sup> entende que esta posição não se sustenta, pois a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade do provimento estão consubstanciadas na exposição fática trazida pelo autor em sua petição inicial e, portanto, na causa de pedir remota.

De fato, o interesse de agir, tal como as outras condições da ação, não encontra análise desgarrada do mérito da demanda. Entretanto, não há como negar que, em muitos casos, o interesse de agir revela-se verdadeiro requisito de admissibilidade, confundindo-se com os pressupostos processuais. Cite-se, como exemplo, o título executivo nas ações de execução, o qual não encerra exame do mérito propriamente. Entretanto, sem ele, o processo de execução não se desenvolve.

### 2.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA

Esta é a mais controversa das três condições da ação, a começar por sua formulação: Liebman, o criador da Teoria Eclética da Ação e o primeiro a enunciar a necessidade da presença das três condições para a existência do direito de ação, renunciou à possibilidade jurídica como condição da ação, declarando que os exemplos anteriormente a ela vinculados, passariam a integrar o interesse de agir<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> WAMBIER, op. cit., p. 160.

<sup>27</sup> DIDIER JR., op. cit., p. 278.

<sup>28</sup> DINAMARCO, op. cit., p. 302.

Mas em que consistiria propriamente a possibilidade jurídica? O Professor Luiz Rodrigues Wambier<sup>29</sup> esclarece a divergência de entendimentos sobre a caracterização desta condição da ação, *in verbis*:

Ainda nessa linha de entendimento, há, na doutrina, duas formas distintas de configurar tal condição da ação. Uma delas sustenta que se estará, sempre, diante de pedido juridicamente possível, quando o ordenamento jurídico contiver, ao menos em tese (em abstrato, portanto) previsão a respeito da providência de mérito requerida pelo autor. Outra sustenta que haverá pedido juridicamente possível sempre que inexistir vedação expressa quanto àquilo que concretamente se está pedindo em juízo. No entanto, e ainda nessa linha de compreensão da questão, há autorizada doutrina demonstrando que é preciso mesclar as duas posições para se concluir que, em matéria de direitos contidos na esfera do direito privado, é suficiente a inexistência de vedação expressa quanto à pretensão trazida a juízo pelo autor. Assim, ainda que inexistir previsão expressa na lei (norma material) quanto ao tipo de providência requerida, se proibição não houver, estar-se-á diante de pedido juridicamente possível.

Em razão da dificuldade em se separar esta condição da ação do mérito da demanda, a melhor saída seria, então, recorrer ao critério negativo, ou seja, havendo expressa vedação no ordenamento jurídico daquilo que se pleiteia na inicial, tem-se a configuração da impossibilidade jurídica.

Há certa tendência em se conjugar o art. 267, VI, do CPC, com o art. 295, parágrafo único, II e III, do mesmo diploma legal, admitindo-se que a possibilidade jurídica referida no primeiro dispositivo é aquela pertinente ao pedido. Todavia, como ressaltado por Alexandre Câmara<sup>30</sup>, a possibilidade jurídica como condição da ação diz respeito a todos os elementos identificadores da demanda: partes, pedido e causa de pedir, *in verbis*:

Outros autores, porém, ampliam o conceito desta “condição da ação”, afirmando que a mesma alcança, também, a causa de pedir. Em outros termos, significa dizer que não só o pedido mas também o seu fundamento devem ser judiciamente possíveis, sob pena de se ter

29 WAMBIER, op. cit., p. 162-163.

30 CÂMARA, op. cit., p. 120.

presente o fenômeno da “carência da ação”. Fala-se, então, e a nosso juízo mais propriamente, em “possibilidade jurídica da demanda”.

A rigor, esta “condição da ação” diz respeito, também, às partes da demanda. Basta pensar no caso de se cobrar em Juizado Especial Cível, uma indenização por dano decorrente de acidente de trânsito em um caso em que o demandado esteja no momento da instauração do processo, preso. Sendo certo que a lei não permite ao preso ser parte nos processos que tramitam pelos Juizados Especiais, deve-se considerar que tal demanda é juridicamente impossível.

E complementa<sup>31</sup>:

Verifica-se, assim, que toda a demanda (partes, causa de pedir e pedido), e não só o pedido, deve ser juridicamente possível. Exige-se, em outros termos, a possibilidade jurídica de todos os elementos constitutivos da demanda.

Veja-se que há grande dificuldade em apreender o conteúdo da possibilidade jurídica, para lhe conferir natureza de mero requisito de admissibilidade. É inegável que para constatar a presença dela em uma demanda, ter-se-á que apreciar o mérito da questão levada a juízo. Como bem esclarece o Professor Fredie Didier Jr.<sup>32</sup>, *in verbis*:

A improcedência macroscópica é apenas a forma mais avultante de improcedência e, por isso, deveria ser tratada ainda com mais rigor – como já acontece com os casos de decadência legal e prescrição em favor de incapaz. O caso é de improcedência *prima facie*. A situação de alguém pedir algo que o direito repila, ou não permita expressamente, em nada difere daquela em que outrem pede algo que o direito agasalha [...]. Aplica-se o direito material – a relação jurídica está sendo composta. Adentra-se o mérito; injustificável que não se produza coisa julgada material.

Assim, não se vislumbra razão, nos dias atuais, para se adotar a ausência desta condição da ação como fundamento para extinguir o processo sem resolução do mérito. O seu exame exige a análise dos elementos substanciais da demanda e implica em verdadeira decisão de improcedência do pedido do autor.

31 CÂMARA, op. cit., p. 120.

32 DIDIER JR., op. cit., p. 226.

### 3 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Projeto do Novo Código Civil – PLS nº 166/2010<sup>33</sup> e PL 8046/2010<sup>34</sup> – cuja Parte Geral foi recentemente aprovada na Câmara dos Deputados, objetivou conferir coesão às normas processuais após as muitas reformas pelas quais passou o Código de Processo Civil de 1973. Além disso, procurou criar mecanismos para garantir a simplicidade, a celeridade e a efetividade do processo civil – de acordo com os ditames constitucionais.

No que concerne especificamente às condições da ação, o Novo Código de Processo Civil promoveu algumas alterações. Em primeiro lugar, suprimiu a possibilidade jurídica como condição da ação, atendendo às críticas da doutrina e reconhecendo que, neste caso, a sentença de carência da ação confunde-se com a de improcedência e, por isso, resolve definitivamente a controvérsia<sup>35</sup>.

Quanto ao interesse de agir e à legitimidade, estas condições da ação estão expressamente enunciadas no artigo 17, do mencionado Projeto<sup>36</sup> - já revisto pela Câmara dos Deputados, *verbis*: “Art. 17. Para propor a ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Outros dispositivos fazem referência às condições da ação, ainda que implicitamente – tais como os artigos 18, 19, 108, 305, II e III, 327, XI, 328, 472 VI e §3º.<sup>37</sup>

Vale destacar que o tratamento conferido à legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir, na sistemática do Projeto do Novo Código de Processo Civil, não se diferencia fundamentalmente daquele constante do

33 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado - PLS nº 166*, de 08/06/2010, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. (v. – VI). 399 folhas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

34 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL nº 8046*, de 22.12.2010, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

35 BRASIL. Senado Federal. *Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado - PLS nº 166*, de 08/06/2010, Reforma do Código de Processo Civil. (v. – VI). p. 28. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04 nov. 2013.

36 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL nº 8046*, de 22.12.2010, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

37 BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL nº 8046*, de 22.12.2010, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2013.



Código de Processo vigente. Assim, a ausência de quaisquer das referidas condições da ação continuará a ensejar o indeferimento da petição inicial ou a extinção do processo sem resolução de mérito – conforme artigos 305, II e III, e art. 472, VI, do texto do Projeto aprovado pela Câmara<sup>38</sup>.

Observa-se apenas uma diferença importante que, apesar de não implicar em alteração significativa das observações apresentadas no presente trabalho, poderá ser fonte de novo questionamento: segundo o art. 328 do Projeto alterado e aprovado,<sup>39</sup> se o réu alegar na contestação ser parte ilegítima, o juiz facultará ao autor, a emenda da inicial para corrigir o vício, *in verbis*:

Art. 328. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado na inicial, o juiz facultará ao autor, em quinze dias, a emenda da inicial, para corrigir o vício. Nesse caso, o autor reembolsará as despesas e pagará honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada.

Como dito no Capítulo 2, o saneamento na hipótese é equivocado. Não há coincidência entre os elementos identificadores da demanda inicialmente ajuizada e os da outra, decorrente da emenda da inicial – especialmente no que concerne às partes. A celeridade buscada com o dispositivo acaba por ofender a coerência do ordenamento processual.

Assim, verifica-se que, exceto pela exclusão da sistemática processual da possibilidade jurídica, como condição da ação, o Projeto do Novo Código de Processo Civil não trouxe alterações relevantes quanto ao tema, merecendo, enfim, as críticas referidas nos capítulos anteriores.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria Eclética da Ação, ao inserir as condições da ação na sistemática processual brasileira, introduziu, em verdade, novos requisitos de admissibilidade com característica singular – sua análise depende do exame dos elementos substanciais da demanda e, por isso, em grande parte dos casos, confundem-se com o próprio mérito.

---

38 Idem.

39 Idem.

Os questionamentos feitos por parte da doutrina no que concerne à relevância das condições da ação possuem total pertinência nos dias atuais, especialmente com a tramitação Projeto do Novo Código de Processo Civil, no Congresso Nacional.

Como visto, não se vislumbra utilidade prática na manutenção das condições da ação como categoria jurídica, visto que, da forma como está caracterizada no Direito brasileiro, não se coaduna com os princípios da celeridade e da segurança jurídica: a verificação de sua ausência dá ensejo ao julgamento sem resolução do mérito – a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição –, o que possibilita o ajuizamento de nova demanda e impõe maiores delongas processuais, sem solucionar definitivamente o conflito de interesses posto.

O recurso à Teoria da Asserção, como forma de mitigar as incoerências e lacunas deixadas pela Teoria Eclética da Ação no sistema processual brasileiro, não é perfeito. Segundo ela, a ausência de condição da ação poderá dar ensejo à extinção do processo com ou sem resolução do mérito, dependendo, simplesmente, do momento em que for constatada pelo órgão jurisdicional.

Todavia, em razão do exposto tratamento conferido pelo Código de Processo Civil – Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – às condições da ação, a Teoria da Asserção constitui instrumento indispensável para adequar esta categoria jurídica aos princípios e garantias processuais assegurados na Constituição Federal.

Portanto, enquanto houver previsão expressa no Código de Processo Civil a respeito das condições da ação – e, caso se mantenha o texto do Projeto do Novo Código –, deve-se aplicar a Teoria da Asserção quando do exame das demandas submetidas ao Poder Judiciário.

## REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Pressupostos processuais e condições da ação. *Revista Justitia*, nº 156, Material da 4ª aula da disciplina Processo de Conhecimento, ministrada no curso de pós-graduação lato sensu tele virtual em Direito Processual Civil – Anhanguera-UNIDERP/REDE LFG.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL nº 8046, de 22.12.2010*, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil* – Revogada pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 15 ago. 2010.

BRASIL. *Lei n. 11.277, de 7 de fevereiro de 2006*. Acresce o art. 285-A à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 15 ago. 2010.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado - PLS nº 166, de 08/06/2010*, Brasília/DF. Reforma do Código de Processo Civil. (v. – VI). 399 folhas. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04 ago. 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DIDIER JR., Freddie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Teoria Geral do Processo e Novas Tendências do Direito Processual* (trechos). Material da 4ª aula da disciplina Processo de Conhecimento, ministrada no curso de pós-graduação *lato sensu* televirtual em Direito Processual Civil – Anhanguera – UNIDERP/REDE LFG.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Curso de Processo Civil*. v. I, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

THEODORO JR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord). *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. I, 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

# DOS EFEITOS DOS CONTRATOS PERANTE TERCEIROS

*THE EFFECTS OF CONTRACTS AGAINST THIRD PARTIES*

*Arthur Rabay*

*Advogado em São Paulo-SP*

*Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da releitura da principiologia contratual na atualidade; 2 Dos efeitos dos contratos perante terceiros - aspectos gerais; 3 Do princípio da proteção ao terceiro de boa-fé; 4 Da casuística - eficácia externa e oponibilidade dos contratos perante terceiro; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho aborda o tema dos efeitos dos contratos perante terceiros, em contraponto ao princípio contratual clássico, da relatividade dos efeitos, harmonizando e delimitando ambos institutos jurídicos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos. Efeitos Perante Terceiros. Relatividade dos Efeitos. Proteção aos Terceiros de Boa-Fé.

**ABSTRACT:** This paper addresses the issue of the effects of contracts with third parties, in contrast to the classical contract principle, the effects of relativity, harmonizing and defining both legal institutions.

**KEYWORDS:** Contracts. Effects on Third Parties. Relativity Effects. Protection of Third Parties in Good Faith.

## **INTRODUÇÃO**

A presente monografia, mediante análise de casos práticos e respectivos precedentes jurisprudenciais, aborda a eficácia dos contratos perante terceiros, bem como suas respectivas conseqüências legais e jurídicas, em interface com o princípio contratual clássico da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios acta aliis non nocet nec prodest* – “aquilo que é ajustado entre uns, a outros não prejudica, nem aproveita” – tradução livre), com os demais princípios contratuais, normas jurídicas e valores integrantes do nosso ordenamento jurídico, atualmente vigentes, e também com fatos sociais relevantes ao Direito, conquanto sem fatos não há direito e “dos fatos é que nasce o direito” (*ex facto oritur jus* - tradução livre).

À toda evidência, trata-se de tema extremamente palpitante e bastante atual, assim delimitado pelo Conspícuo Superior Tribunal de Justiça:

*O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (res inter alios acta), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes (STJ – REsp 468062 / CE - RECURSO ESPECIAL 2002/0121761-0 - Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS - Órgão Julgador – 2ª Turma - Data do Julgamento - 11/11/2008 - Data da Publicação/Fonte - DJe 01/12/2008 – grifos nossos).*

A sociedade brasileira moderna contemporânea em que vivemos revela-se plural, complexa, multifacetária e dinâmica, onde convivem, lado a lado, minorias com maiorias, fortes com fracos, poderosos com vulneráveis, hipersuficientes com hipossuficientes, crianças com adolescentes, com jovens, com adultos e com idosos, homossexuais com heterossexuais, consumidores com fornecedores, estipulantes com aderentes, cristãos com judeus, com budistas, com espíritas, e etc., microempresas com grandes grupos econômicos, negros com brancos, com mulatos, com asiáticos, e etc., regras com exceções, interesses individuais com interesses sociais, de modo que a dogmática e a principiologia contratuais devem ser relidas com novo olhar, apto a regular as relações jurídicas atuais de maneira justa e equilibrada, norteado, sempre que necessário, por mandamentos supremos e valores maiores e superiores, previstos constitucionalmente ou consagrados em princípios gerais de direito, quando conflitantes interesses contrapostos

entre si, direcionado e orientado ao interesse coletivo, ao bem comum e à plena e à integral satisfação da Justiça no Direito Privado.

Com constantes mutações, transformações e avanços desde as sociedades primitivas, até a sociedade atual, e com sucessivas mudanças de paradigmas, de instituições, de institutos e de valores morais e juridicamente tutelados, constitui-se grande desafio aos juristas e aos operadores do Direito, na atualidade, a manutenção da coerência e do equilíbrio do nosso ordenamento jurídico. Construir o “novo”, em matéria de direito contratual, não pode e não deve significar destruir o “velho”<sup>1</sup>, devendo haver convivência e ponderação de princípios contratuais clássicos, tais como o da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), da autonomia privada (dantes denominado de autonomia da vontade) e da relatividade dos efeitos dos contratos, com os princípios contratuais modernos (denominados por alguns de sociais), tais como o da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da justiça contratual (também denominado de equilíbrio contratual ou de revisão judicial dos contratos).

## 1 DA RELEITURA DA PRINCIPIOLOGIA CONTRATUAL NA ATUALIDADE

Ninguém melhor do que as próprias partes para deliberar e convencionar acerca de seus próprios bens e interesses, correto? Ora, sob a ótica da teoria geral dos contratos clássica e tradicional, e sob as premissas de existência de capacidade civil, de liberdade e de igualdade entre as partes contratantes, a resposta seria, por óbvio, positiva.

E os terceiros, podem sofrer efeitos, conseqüências e responsabilidades, oriundos de contratos que lhes sejam alheios e dos quais não tenham participado, tendo sido firmados entre partes contratantes que lhes sejam estranhas? A resposta, diante do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, segundo o qual o contrato obriga somente às partes contratantes, seria uníssona e indubitavelmente negativa.

---

1 “... é indispensável afastar uma espécie de posição pseudocientífica sobre os institutos e princípios do direito tradicional, quase sempre criticados pelo simples fato de sua antigüidade, num exercício estéril e reducionista de contraposição entre o velho e o novo, colocando-se este sempre em preeminência sobre aquele, sob o frívolo argumento de que as *rerum novarum* são, por si mesmas, melhores que as coisas do passado”. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio ‘Res Inter Alios Acta’, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 821, p. 80, mar./2004 - Doutrinas Essenciais - Obrigações e Contratos, v. 3, junho/2011. p. 1225.



Entretanto, ocorre que, o tempo passou, e desde os idos da Roma Antiga, da Idade Média, do Renascentismo, da Revolução Francesa, e da Revolução Industrial, muito se alterou desde então até a sociedade atual, inclusive com surgimento dos fenômenos da globalização, da massificação e do consumismo.

De logo, para melhor elucidação do tema, há que se relembrar que os antigos “mandamentos do direito”, oriundos do Direito Romano, quais sejam, viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu (*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* - Digesto 1.1.10)<sup>2</sup>, revelam-se ainda atuais e ressurgem com força revigorada nos dias de hoje, reconquistando seus lugares na atualidade, conquanto envoltos, jungidos, emaranhados e manietados aos princípios contratuais da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e da justiça contratual (equilíbrio contratual ou revisão judicial dos contratos).

O contrato, hodiernamente, não pairam dúvidas, constitui instituto jurídico ensejador de crescimento econômico-social, na medida em que ensaja a produção e a circulação de riquezas, e contribui sobremodo para o desenvolvimento regional e nacional, e para o bem comum.

Bem por isso, não mais pode, e não mais deve, na atualidade, ser visto sob ótica deturpada e de há muito já superada, meramente individualista, e de cunho estritamente particular, hermeticamente “fechado” e “isolado” da sociedade e de seus demais integrantes, como pólo de agremiações de interesses apenas e tão somente dos próprios contratantes. Ao contrário do que outrora ditava o revogado Código Civil de 1916, o nosso atual Direito Civil Brasileiro, renovado e atualizado por conta do advento da Constituição Federal de 1988, do Código Civil de 2002, e de reiteradas alterações legislativas posteriores, acolheu o *princípio da socialidade*, e consagrou em definitivo o *princípio da função social do contrato*, e o *princípio da função social da propriedade*, ora vigorantes e ora reinantes entre nós.

Nota-se, desta feita, que o contrato não mais visa albergar única e exclusivamente interesses estritamente particulares e meramente individuais dos próprios contratantes (cunho individualista), mas suplanta tal desiderato, tendo sido ampliado seus horizontes, com o

<sup>2</sup> “A famosa definição romana, pela qual os mandamentos do direito são: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada um o que é seu (*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, D. 1.1.10)...” MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 5. ed. 1990. p. 13.

fluir do tempo, para lindes bem mais magnânimos e valores bem mais elevados, notadamente consistentes em também beneficiar a sociedade como um todo (cunho socialista).

À vista da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), vislumbram-se, na atualidade, os fenômenos da “despatrimonialização” e da “repersonificação” do Direito Civil, com inserção da pessoa humana em seu núcleo e como seu foco central, tanto no âmbito do direito das obrigações, quanto no do direito de família, espraiando influências por todos os demais livros do Código Civil vigente, inclusive com reconhecimento e positivação dos direitos da personalidade em sua parte geral (artigos 11 a 21). Em outras palavras, o ser humano, e não mais o patrimônio, passa a ocupar posição de proeminência na interpretação e na aplicação do direito ao caso concreto, este cedendo lugar àquele em caso de embate entre ambos.

Por outro lado, instaura-se o *princípio da eticidade*, enquanto nova viga mestra do Direito Civil, estabelecendo elevação do nível de exigências éticas, impondo deveres de conduta, gerais e cogentes, tanto comissivos, quanto omissivos, e ditando padrões de comportamentos a serem observados e cumpridos por todos contratantes, indistintamente, mesmo sem previsão contratual expressa (padronização de conduta do “homo medius”, como patamar mínimo exigido por força de lei, por todos e para todos, a fim de ser considerada lícita e legítima), ao lado da obrigação principal estipulada contratualmente. Instituem-se e incorporam-se, assim, ao nosso ordenamento jurídico, por intermédio do *princípio da boa-fé objetiva*, os “deveres anexos” (também chamados de “secundários” e/ou “laterais”), como, por exemplo, deveres de probidade / honestidade, de retidão, de lealdade, de transparência e de informação, de cooperação, de proteção, de respeito, de cuidado e de consideração com os interesses pessoais e patrimoniais, e as legítimas expectativas da contraparte contratual<sup>3</sup>. O Código Civil vigente atribuiu à boa-fé objetiva tripla função:

- (a) interpretativa (os contratos devem ser interpretados segundo a boa-fé);
- (b) de controle de licitude, e, portanto, limitadora (a violação da boa-fé enseja prática de ato ilícito); e

3 COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 412.

- (c) integradora, ou seja, os deveres anexos fazem parte integrante de todos os contratos, por força de lei, como cláusulas gerais constantes dos mesmos (artigos 113, 187 e 422, do Código Civil, respectivamente).

Nesta mesma direção, com relação ao contrato, seja em sua gênese e na sua fase pré-negocial (de negociações preliminares e de tratativas), seja no momento de sua celebração, seja na sua fase de execução, seja na sua fase pós-contratual (“post pactum finitum”), não se admite desrespeito à boa-fé contratual<sup>4</sup>, ou que contenha lesão<sup>5</sup>, onerosidade excessiva<sup>6</sup>, penalidade contratual manifestamente excessiva<sup>7</sup>, desequilíbrio contratual<sup>8</sup>, enriquecimento injustificado de quaisquer das partes<sup>9</sup>, práticas contratuais abusivas<sup>10</sup>, cláusulas leoninas<sup>11</sup> ou cláusulas abusivas<sup>12</sup>, etc.

Na atualidade, não há respaldo na lei para que o contrato seja utilizado como instrumento de opressão e de exploração pela parte forte e poderosa em desvalia da parte fraca, débil e vulnerável, nem tampouco de desequilíbrio, de lesão, de tirania, de enriquecimento sem causa e de injustiça, diante do *princípio da justiça contratual* (também denominado de *princípio do equilíbrio contratual*, e ainda de *princípio da revisão judicial dos contratos*) (artigos 317 e 478, do Código Civil, e artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor).

Mais do que nunca as normas imperativas e cogentes, de ordem pública, matrizes do dirigismo contratual, devem ser respeitadas por todos contratantes, conforme ditames do *princípio da supremacia da ordem pública*, a fim de equilibrar relações jurídicas contratuais, impondo regras obrigatórias e inderrogáveis aos contratantes, eis que *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*<sup>13</sup> - “o direito público não pode ser

4 Artigos 113, 187 e 422, do Código Civil, e artigos 4º, inciso III, e 51, inciso, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

5 Artigos 157 e seguintes, do Código Civil.

6 Artigos 317 e 478, do Código Civil, e artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

7 Artigo 413, do Código Civil.

8 Artigos 317 e 478, do Código Civil, e artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.

9 Artigos 884 e seguintes, do Código Civil.

10 Artigo 39, do Código de Defesa do Consumidor.

11 Artigo 122, do Código Civil.

12 Artigo 51, do Código de Defesa do Consumidor.

13 Digesto – Livro 2 – Título 14 – Fragmento 38 (D. 2.14.38)

alterado por acordo entre particulares”<sup>14</sup> – tradução livre (artigo 5º, inciso II, da Lei Maior, artigo 17, parágrafo único, da LINDB, e artigos 122, 1.125 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil). Visa, tal princípio, a um só tempo, nivelar a desigualdade entre os contratantes, bem como compensar a parca ou nenhuma liberdade existente ao contratar, seja ao negociar o conteúdo do contrato, seja ao escolher com quem contratar. O pensamento de Jean Baptiste Henri Lacordaire – 1802/1861, padre e pensador francês, de que “*entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*”<sup>15</sup>, evidencia a suma importância de tal princípio, na seara contratual, que aliás já persiste há longo tempo.

O *princípio da autonomia privada*, por sua vez, que confere aos particulares a liberdade de auto-regulamentação e de auto-determinação de seus interesses, desde que não sejam contrários à ordem pública, à moral e aos bons costumes (artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e artigo 17, parágrafo único, da LINDB), consubstanciado no antigo brocardo jurídico *permitted quod non prohibetur* (“tudo o que não é proibido, presume-se permitido” - tradução livre), revela-se sobremodo limitado na atualidade, por grande quantidade de normas jurídicas cogentes / imperativas ora vigentes.

Com efeito, tal liberdade conferida aos particulares, que bifurcasse tanto na liberdade de contratar (liberdade para contratar ou não, e escolher com quem fazê-lo), quanto na liberdade contratual (liberdade para estabelecer livremente o conteúdo do contrato)<sup>16</sup>, encontra severas limitações na atualidade.

A respeito do assunto, Maria Helena Diniz ensina o seguinte acerca da limitação e da atenuação do princípio da autonomia privada:

A liberdade de contratar não é absoluta, pois está limitada não só pela supremacia da ordem pública, que veda convenção que lhe seja contrária e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo, mas também pela função social do contrato que o condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais. Consagrado está o princípio da socialidade. A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo

14 MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 16.

15 GOMES, Orlando. *Contratos*. 1. ed. eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 18.

16 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Liberdade Contratual (verbete). in: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. 49/370-371. São Paulo: Saraiva, 1977.

Código Civil constitui cláusula geral, que... não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>.

O princípio da força obrigatória dos contratos<sup>18</sup>, por seu turno, absoluto no passado, e apesar de configurar-se como fundamento da segurança jurídica das relações negociais, torna-se também relativo no presente<sup>19</sup>. Em face do atual estágio das relações sociais e negociais, tão dinâmicas e complexas, típicas da sociedade de massa e de consumo de nossos tempos, tal princípio também não mais pode ser encarado como um dogma absoluto. E isto porque, como já dito alhures, novos princípios contratuais e novos valores habitam nosso ordenamento jurídico, em especial os sobreditos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, da justiça contratual (equilíbrio contratual ou revisão judicial dos contratos), e o dirigismo contratual, a contraporem-se e a balancearem o princípio da força obrigatória dos contratos. Assim, o contrato será obrigatório às partes contratantes, se e quando conformar-se à função social, à boa-fé objetiva, e à justiça contratual, bem como adequar-se às normas de ordem pública, à moral, e aos bons costumes. Caso contrário, em que pese o respeito à teoria da confiança, à teoria da auto-responsabilidade (pelas declarações inseridas no contrato pelas próprias partes contratantes), e ao princípio da segurança jurídica das relações negociais (oriundo do *pacta sunt servanda*), haverá invalidação total, ou meramente parcial do contrato, conforme o caso, na medida e na proporção do aproveitamento de sua parte útil, e descarte de sua parte viciada, por afronta aos demais princípios, acima referidos, conforme preceitua o princípio da conservação dos contratos (*utile per inutile non vitiatur*)<sup>20 21</sup>.

17 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 321-322.

18 “O principal efeito do contrato é criar um vínculo jurídico entre as partes. Fonte de obrigações, é tamanha a força vinculante do contrato que se traduz, enfaticamente, dizendo-se que tem força de lei entre as partes. O contrato deve ser executado, tal como se suas cláusulas fossem disposições legais para os que o estipularam. Quem assume obrigação contratual tem de honrar a palavra empenhada e se conduzir pelo modo a que se comprometeu”. GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. p. 175.

19 “Modernamente não se admite mais o sentido absoluto do *pacta sunt servanda*, adverte a doutrina, reconhecendo as modificações operadas nas bases do Direito dos contratos, ante a sensível modificação do pensamento jurídico. Permanece nos dias de hoje o princípio, e permanecerá sem dúvida por duradouro e indefinido período, essencial que é em sua função de segurança do comércio jurídico. O que não permanece, contudo, é o significado rígido que lhe foi emprestado em proveito do individualismo que marcou a ideologia liberal do século XIX”. SPEZIALLI, Paulo Roberto. *Revisão Contratual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 32.

20 artigos 167, 170 e 184, do Código Civil.

21 Sub-divide-se o princípio da conservação dos contratos em: (a) preservação (artigos 167 e 184, do Código Civil); (b) conversão (artigo 170, do Código Civil); e (c) aproveitamento (“na cláusula suscetível de dois significados,

Como visto, novos valores vieram a preencher nosso ordenamento jurídico, e por conseguinte novos princípios contratuais tomaram assento, convivendo com os antigos princípios contratuais clássicos, tendo em comum o prestígio e a invocação dos “fins sociais” e do “bem comum” na aplicação da lei<sup>22</sup>.

E não é só, diante do *princípio da hierarquia das leis*, que assegura à Constituição Federal posição de superioridade em nosso ordenamento jurídico, sobrepondo-se a todas as demais leis infra-constitucionais, diante do *princípio da interpretação conforme a Constituição*<sup>23</sup>, e diante do ou do *princípio da proporcionalidade*, consistente na ponderação de valores e princípios constitucionais, em caso de colisão entre os mesmos, não pairam dúvidas de que o Direito Civil deve ser interpretado e aplicado à luz da Lei Maior, e com ela mostrar-se alinhado, consentâneo e coadunado.

Neste sentido, o jurista alemão, Robert Alexy, leciona o seguinte: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>24</sup>.

---

interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível – princípio do aproveitamento”). GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* – v. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2. ed. 2005. p. 302.

22 “Art. 5o - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (LINDB).

23 Na lição de José Joaquim Gomes Canotilho: “o aplicador de uma norma não pode contrariar a letra e o sentido dessa norma através de uma interpretação conforme a Constituição, mesmo que através de uma interpretação consiga uma concordância entre a norma infraconstitucional e as normas constitucionais”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 164.

24 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução para a versão espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 89.

Consubstanciando-se a liberdade e a igualdade dos indivíduos, a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a justiça sociais, e os direitos sociais (tais como, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, e proteção à maternidade e à infância), proteção ao consumidor, preservação do meio ambiente, livre iniciativa, e livre concorrência, em direitos fundamentais, direitos sociais, princípios e/ou fundamentos da República Federativa do Brasil, de nível constitucional (artigos 1º, inciso III, 3º, inciso I, 5º, 6º, 170, inciso IV e V, parágrafo único, 173, § 4º, e 225, da Lei Maior), também devem ser respeitados em matéria de Direito Contratual.

Neste cenário, o princípio contratual clássico da relatividade dos efeitos dos contratos (*res inter alios acta aliis non nocet nec prodest* – “aquilo que é ajustado entre uns, a outros não prejudica, nem aproveita” – tradução livre), também deve ser revisto e relido, de modo a não mais prevalecer na atualidade como dogma absoluto, admitindo relativização, flexibilização e temperamento, de acordo com cada caso concreto. Aliás, de há muito, sabiamente, já nos alertavam os antigos romanos que *modica facti differentia, magnam inducit juris diversitatem* (“pequena diferença de fato, induz grande diversidade de direito”).

Deveras, no mundo atual, não raras vezes, terceiros podem ser afetados e inclusive prejudicados por contratos que irradiam efeitos para além das próprias partes contratantes, afetando e inclusive prejudicando suas esferas jurídicas de interesses, e seus patrimônios, de modo a merecer proteção e tutela jurídicas, assim como também podem afetar e prejudicar, vale dizer, interferir, em contratos em que não figurem como partes contratantes, de modo a merecer reprimenda do ordenamento jurídico. Enquanto na primeira hipótese incidirão proteção e tutela jurídicas em favor do terceiro de boa-fé (conforme determinado pelo princípio de proteção ao terceiro de boa-fé), na segunda hipótese incidirão responsabilidades e sanções civis em desfavor do terceiro que haja de má-fé, ou que interfira ilicitamente em contratos nos quais não figure como parte contratante (em harmonia ao princípio amplo e geral da responsabilidade civil, segundo o qual todo aquele que age de maneira ilícita e causa danos a outrem tem o dever de repará-los).

Ora, todos hão de concordar que seria imoral e contrário ao Direito, que terceiros, cientes e conhecedores de contratos válidos e vigentes, ou até mesmo já encerrados, pudessem vir a interferir,

positiva ou negativamente, em relação aos mesmos, prejudicando aos contratantes, sem que nenhuma responsabilidade (aquiliana), nem sanções civis, nem quaisquer outras conseqüências jurídicas lhes fossem imputadas e infligidas.

No campo da responsabilidade civil, como todos bem sabem, vigora o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*)<sup>25</sup>, de modo que o causador do dano deve reparar integralmente ao lesado, restituindo-lhe ao estado anterior ao evento danoso, ou em outras palavras, ensejando que este remanesça “indene”, ao fim e ao cabo da indenização, aplicando-se, pela mesma razão<sup>26</sup>, também ao terceiro lesante, em relação aos contratantes lesados, sempre que o caso.

Desta feita, não há como se negar a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, sem, contudo, derruir-lhe enquanto princípio contratual, que continua a existir, não mais, entretanto, de maneira absoluta, assim como também não há como se negar que terceiros possam ser afetados por contratos nos quais não figurem como partes contratantes.

## 2 DOS EFEITOS DOS CONTRATOS PERANTE TERCEIROS - ASPECTOS GERAIS

Os contratos nascem do mútuo consenso, do acordo de vontades dos contratantes<sup>27</sup>, fruto do *princípio da autonomia privada*, que lhes possibilita auto-regulamentar seus próprios interesses, tendo como objeto obrigações principais ou nucleares (acompanhadas, ou não, de obrigações acessórias), cujas respectivas prestações, normalmente integram os patrimônios e as esferas de disponibilidade dos mesmos,

---

25 “Mas, realmente, assim deve ser, posto que o princípio que norteia a responsabilidade civil é da *restitutio in integrum*, de modo que o causador do dano recomponha a situação ao *statu quo* ante ou, não sendo possível, indenize o valor exato da perda sofrida”. STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 554.

26 *ubi eadem ratio ibi idem jus* (“onde houver a mesma razão, o direito deve ser o mesmo / às situações semelhantes deve-se aplicar a mesma regra de direito” - tradução livre).

27 Os contratos, no que concerne ao número de contratantes, são sempre bilaterais ou plurilaterais, porquanto o instituto da confusão entre credor e devedor, enseja a extinção da obrigação, e por conseguinte do próprio contrato. Apesar de haver previsão legal expressa no Código Civil acerca do “auto-contrato” ou “contrato consigo mesmo”, conforme disposto nos artigos 117 e 685, estes, na realidade consistem em contratação entre duas pessoas, a do representante (este atuando em interesse e em causa próprios) e a do representado.



tendo em vista que ninguém pode dispor de mais direito do que seja titular<sup>28</sup>, tampouco de coisa alheia<sup>2930</sup>.

Refoge, portanto, à lógica jurídica, que terceiros, que não manifestaram vontade de contratar, e efetivamente não contrataram, enquanto estranhos e alheios aos contratos firmados pelas partes contratantes, possam ser beneficiados, ou prejudicados pelos mesmos.

Em sua essência, e em sua natureza jurídica, os contratos, salvo exceções, configuram, em regra, mero “direito pessoal” entre os contratantes<sup>31</sup>, de caráter transitório<sup>32</sup>, também de modo a lhes restringir seus efeitos para apenas e tão somente em relação aos mesmos, ou seja, *inter partes*.

Neste contexto, afirma Cesare Massimo Bianca que o contrato tem força de lei entre as partes, e não produz efeito em relação à terceiro, salvo nos casos previstos em lei<sup>33</sup>.

No direito comparado, em sentido semelhante, apresentam-se normas jurídicas integrantes dos seguintes Códigos Civis estrangeiros:

---

28 *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (D. 50.17.54) - “ninguém pode transferir mais direito do que ele mesmo tenha” (tradução livre).

29 *nemo potest dare quod non habet* - “ninguém pode dar o que não tem” (tradução livre).

30 “Art. 307 - Só terá eficácia o pagamento que importar transmissão da propriedade, quando feito por quem possa alienar o objeto em que ele consistiu” (Código Civil - grifos nossos).

31 “Em relação ao objeto da obrigação, a eficácia do contrato é também relativa, pois somente dará origem a obrigações de dar, de fazer ou de não fazer. Portanto, seus efeitos são a esse respeito, puramente obrigacionais, uma vez que apenas criam obrigações, ficando os contraentes adstritos ao cumprimento delas. Clara está a natureza pessoal do vínculo contratual”. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro* - v. 3 - Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 116.

32 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de Direito Civil* - teoria geral das obrigações. 5. ed. São Paulo: RT. 1994. p. 31. A respeito do tema, ensina Álvaro Villaça de Azevedo que a obrigação ostenta caráter transitório, eis que, “se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados”.

33 BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile* - Il Contratto. Milano: Dott. Giuffrè Editore, 1987. p. 535.

Argentina - artigo 1.195<sup>34</sup>; Espanha - artigo 1.257<sup>35</sup>; França - artigo 1.165<sup>36</sup>; e Itália - artigo 1.372<sup>37</sup>.

Já no nosso direito pátrio, enquanto o revogado Código Civil de 1916, em seu artigo 928, prescrevia que “a obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros”, confirmando que a eficácia dos contratos se dava apenas e tão somente entre as próprias partes contratantes, e seus sucessores a título universal ou singular, o vigente Código Civil de 2002, por sua vez, não traz em seu bojo nenhuma norma jurídica assemelhada.

A respeito, Arnaldo Rizzardo esclarece considerar-se *terceiro* aquele que “não participou da formação da obrigação, ou do contrato, ou que não foi validamente representado, nem por seu antecessor, a quem sucede, nem por um mandatário nem por um gesto de negócios”<sup>38</sup>.

Como se vê, mesmo sem norma jurídica expressa a respeito, a lógica do nosso ordenamento jurídico vigente acolhe, sem sombra de dúvidas, o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, enquanto princípio contratual clássico, consubstanciado no antigo brocardo *res inter alios acta aliis non nocet nec prodest* (“aquilo que é ajustado entre uns, a outros não prejudica, nem aproveita” – tradução livre)<sup>39</sup>.

34 “Art. 1.195. Los efectos de los contratos se extienden activa y pasivamente a los herederos y sucesores universales, a no ser que las obligaciones que nacieren de ellos fuesen inherentes a la persona, o que resultase lo contrario de una disposición expresa de la ley, de una cláusula del contrato, o de su naturaleza misma. Los contratos no pueden perjudicar a terceros” (Código Civil Argentino).

35 “Art. 1.257 - Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley. Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada” (Código Civil Espanhol).

36 “Art. 1.165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1.121” (Código Civil Francês).

37 “Art. 1.372. Efficacia del contratto - Il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge (1671, 2227). Il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge (1239, 1300 e seguente, 1411, 1678, 1737)” (Código Civil Italiano).

38 RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 285.

39 Em sentido semelhante, o Código de Processo Civil também preceitua os “limites subjetivos” da coisa julgada, estabelecendo que esta gera efeitos apenas e tão somente entre as próprias partes litigantes: Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros [...]”.

Efetivamente, considerando-se que cada pessoa é titular e detentora de um único patrimônio<sup>40 41</sup>, não se revela possível que disponha daquilo que não lhe pertença, ou em outras palavras, em regra, ninguém pode dispor, nem contratar, afetando o patrimônio de terceiros que não tenham participado, nem anuído, para tanto, por si direta e pessoalmente, ou através de representante, estando aí a razão e o fundamento, ao que parece, do princípio contratual acima referido.

De igual modo, reforçando tal assertiva, observa Otavio Luiz Rodrigues Junior que na Roma Antiga prevalecia a noção de que *nemo alteri stipulari non potest* (“ninguém pode estipular em relação a terceiro”)<sup>42</sup>, e, por conseguinte, desconhecia-se e não se admitiam institutos jurídicos que envolvessem relações jurídicas entre partes contratantes e terceiros, ao contrário do que ocorre na atualidade, em que há reconhecimento de efeitos internos, apenas entre os contratantes, e efeitos externos dos contratos, relativos a terceiros.

Jorge Mosset Iturraspe e Miguel Alberto Piedecasas, confirmando o quanto exposto acima, distinguem a “eficácia direta” dos contratos, apenas e tão somente entre as próprias partes contratantes (vale dizer, eficácia interna), da “eficácia reflexa”, frente a terceiros (vale dizer, eficácia externa):

[...] la doctrina más reciente distingue esta eficacia directa de la ‘eficacia refleja’ o eficacia frente a terceros, la relevancia externa del contrato como presupuesto de posiciones jurídicas, y alude, así mismo, a la ‘oponibilidad’ del contrato, frente a todos, *erga omnes*, em cuanto la comunidad o sociedad civil no puede desconocerlo<sup>43</sup>.

40 “Os bens corpóreos e os incorpóreos integram o patrimônio da pessoa. Em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui seu patrimônio. Em sentido estrito, tal expressão abrange apenas as relações jurídicas ativas e passivas de que a pessoa é titular” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* – v. I – Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 241.

41 “... pode-se reiterar que: 1) uma pessoa tem apenas um patrimônio; 2) toda pessoa tem necessariamente um patrimônio” AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 330.

42 RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio ‘Res Inter Alios Acta’, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 821, p. 80, mar./2004 - Doutrinas Essenciais - Obrigações e Contratos, v. 3, jun./2011. p. 1225,

43 ITURRASPE, Jorge Mosset e PIEDECASAS, Miguel Alberto. *Responsabilidad Civil y Contratos - La Responsabilidad Contratual*. Santa Fe, Rubinzal-Culzonis, 2007. p. 104.

Decerto que o terceiro não poderá alegar “ignorância legítima” do contrato, e, portanto, invocar qualidade de terceiro de boa-fé, caso haja prova de sua *ciência prévia* a respeito do mesmo, seja de sua existência, seja de sua validade e/ou vigência. Neste sentido, em havendo sujeição do contrato a sistema de publicidade, seja através de prévio *registro público*, seja através do prévio envio e recebimento de *notificação*, ou ainda verificada *ciência prévia* do terceiro a respeito do contrato, este não mais poderá alegar desconhecimento a respeito, e deverá sofrer todas conseqüências legais e jurídicas pertinentes, em caso de interferir, positiva ou negativamente, comissiva ou omissivamente, em relação ao mesmo, em prejuízo dos contratantes.

Assim, como adverte Patrícia Cardoso, ao discorrer sobre o tema, nas situações acima mencionadas haverá responsabilidade civil do terceiro, pelos eventuais danos causados aos contratantes, na medida em que:

[...] os efeitos externos decorrem da simples existência do contrato enquanto fato social, representativo de situações jurídicas subjetivas, o que atinge a esfera jurídica de terceiros, impondo-lhes um dever geral de respeito e abstenção”<sup>44</sup>.

Em igual sentido, Eduardo dos Santos Júnior confirma a responsabilidade civil pelo terceiro que venha a ocasionar danos aos contratantes, por ilegítima interferência em contrato que lhe seja alheio, como segue: “... aos terceiros incumbe o dever de respeitar o contrato, tal como lhe incumbe o dever de respeitar a propriedade alheia... um direito que somente houvesse de ser respeitado pelo contratante e que terceiros pudessem desrespeitar a bel-prazer não teria absolutamente nenhum valor”<sup>45</sup>.

Por outro lado, caso o terceiro seja prejudicado pelo contrato, por conta de afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da função social dos contratos, da boa-fé objetiva, dentre outros, ou ainda por conta de violação de direitos constitucionais, tais como direitos fundamentais, direitos sociais, proteção ao consumidor, preservação ao meio ambiente, etc., este poderá invocar proteção e tutela jurídicas pertinentes, mesmo não havendo figurado como parte contratante.

44 CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 20, Rio de Janeiro: Padma, 2004. p. 130.

45 SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

Ademais, há também que se relembrar os contratos que tenham como objeto obrigações com eficácia real, os quais, por conta da natureza das mesmas, transcendem o direito pessoal e alcançam eficácia *erga omnes*. A respeito do assunto, bastante esclarecedoras são as palavras de Carlos Roberto Gonçalves: “*Obrigações com eficácia real* são as que, sem perder seu caráter de direito a uma prestação, transmitem-se e são oponíveis a terceiro que adquire direito sobre determinado bem. Certas obrigações resultantes de contratos alcançam, por força de lei, a dimensão de direito real... nossa legislação... traz exemplos de relações contratuais que por sua importância, podem ser registradas no cartório imobiliário, ganhando eficácia que transcende o direito pessoal... Observa-se, assim, que o legislador, quando entende que determinada relação obrigacional merece tratamento de maior proteção, concede eficácia real a uma relação obrigacional, criando uma exceção à regra geral dos efeitos pessoais das relações obrigacionais”<sup>46</sup>.

Como exemplos, podemos citar as cláusulas de vigência do contrato de locação em caso de alienação da coisa locada (artigo 576, do Código Civil, e artigo 8º, da Lei do Inquilinato), e a natureza de direito real atribuída aos contratos de promessa de compra e venda, levados a registro no cartório imobiliário (artigos 1.417 e 1.418, do Código Civil).

Cabe, então, indagar em que hipóteses haverá eficácia externa dos contratos, e/ou oponibilidade dos mesmos, em relação a terceiros?

A resposta, como visto acima, consiste em diversas hipóteses díspares, que podem ser assim sintetizadas, a saber:

- (i) nos casos previstos em lei;
- (ii) nos casos convencionados pelas partes contratantes, mas com aquiescência de terceiro, em relação ao contrato;
- (iii) nos casos em que, pela natureza do direito envolvido no contrato, houver eficácia real do mesmo, com efeitos *erga omnes*;
- (iv) nos casos em que, pela publicidade conferida ao contrato, seja através de registro público, seja através de notificação

46 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – v. V – Direito das Coisas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 23-24.

endereçada ao terceiro, este não puder alegar boa-fé, nem ignorância, em relação ao mesmo;

- (v) nos casos em que o terceiro, *sponte propria*, ou seja, por iniciativa e vontade próprias, interferir ilicitamente no contrato alheio, firmado pelas partes contratantes, positiva ou negativamente, comissiva ou omissivamente, ensejando-lhes prejuízos; e
- (vi) nos casos em que o contrato, em seu conteúdo, afrontar aos princípios da função social dos contratos, ou da boa-fé objetiva, ou da justiça contratual (ou do equilíbrio contratual), ou da supremacia da ordem pública, ou ainda, aos valores, ou normas ou princípios constitucionais, em prejuízo de terceiro.

Neste mesmo diapasão, Carlyle Popp sugestiona que

[...] as hipóteses de eficácia externa não se restringem aos casos legais. Aliás, para estes já se previu tanto a ocorrência como as respectivas consequências. São os casos não previstos na lei que despertam a curiosidade do estudioso do direito e que merecem maior análise e disciplina. Considerando, assim, que em princípio os efeitos do contrato não têm o condão de alcançar terceiros alheios a ele, mas que excepcionalmente há que se reconhecer que tais efeitos ora fazem nascer vantagens ou desvantagens para os terceiros, ora são os terceiros responsáveis pelo descumprimento do pactuado, há que se analisar em quais circunstâncias os terceiros são afetados pelo contrato. Chama a atenção, em razão do desequilíbrio provocado, os casos nos quais o terceiro participa para contribuir com o descumprimento do pacto. Veja-se que tal hipótese representa afronta aos princípios contratuais da boa-fé e da função social. Como já se alertou, por mais que o contrato envolva apenas os contratantes, os seus efeitos se opõem a todos que deverão respeitar os seus termos. Não é demais asseverar que a não interferência nas relações contratuais é também decorrência direta do princípio do solidarismo constitucional... Como resta evidente, nos casos de indução ao inadimplemento (direta ou indireta), a oponibilidade dos efeitos do contrato a terceiros é possível em razão da violação aos deveres de lealdade e boa-fé<sup>47</sup>.

47 POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. in: *Teoria Geral dos Contratos*. Coordenadores Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011. p. 162-163, grifos nossos.

Os ensinamentos de Maria Helena Diniz a respeito, bastante percucientes, corroboram a conclusão, acima apresentada:

O princípio geral é o de que o contrato não beneficia e não prejudica a terceiros, atingindo unicamente as partes que nele intervieram. Trata-se do princípio da relatividade do contrato, segundo o qual este não pode produzir efeito jurídico além dos contraentes que nele consentiram. Entretanto, como já afirmamos em páginas anteriores, esse princípio não é absoluto, pois se o fosse acarretaria graves conseqüências à realidade jurídica e social. Realmente, se de um lado, nenhum terceiro pode ser vinculado a um ato negocial no qual não anuiu, por outro lado, a existência de um contrato produz efeitos no meio social, repercutindo em face de terceiros, que deles não podem escapar por força de lei ou da vontade das partes<sup>48</sup>.

Assim delineados os aspectos gerais do tema ora em estudo, sem a pretensão de esgotá-lo, e sem prejuízo de respeito a eventuais posições doutrinárias em sentido contrário às posições acima firmadas, abre-se ensejo para avanço e análise da casuística, não sem antes abordar sucintamente o princípio de proteção ao terceiro de boa-fé, em tudo e por tudo pertinente e relevante ao presente trabalho.

### 3 DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FÉ

A relevância e a pertinência da abordagem do princípio da proteção ao terceiro de boa-fé no presente trabalho, confirmam-se na medida em que, como visto acima, contrato firmado entre as partes contratantes, em regra, não opera efeitos em relação ao terceiro, seja por este ostentar a qualidade de alheio e de estranho ao pacto negocial, seja por conta do atributo de sua boa-fé. Constituindo-se tal princípio em embasamento jurídico para inoponibilidade dos efeitos do contrato perante ao terceiro, merece, portanto atenção.

O princípio da proteção ao terceiro de boa-fé, não pairam dúvidas, consiste em princípio geral de direito, adotado pelo nosso ordenamento jurídico vigente. Em sentido figurado e metafórico, se identificássemos o Direito Civil aos oceanos, tal princípio equivaleria à corrente marítima que a tudo e a todos influencia, de suma importância para sua higidez e seu equilíbrio, bem como para sobrevivência de todos os seres vivos

48 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – v. 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 23. ed., 2007. p. 107-108.

que o compõe. Da mesma maneira, o princípio da proteção ao terceiro da boa-fé, consiste em viga mestra de sustentação, de harmonia e de coerência de todo arcabouço legal e jurídico do Direito Civil.

A respeito da definição da “boa-fé”, e da distinção entre “boa-fé subjetiva” e “boa-fé objetiva”, a doutrina, por intermédio de Cláudio Luiz Bueno de Godoy, ensina que:

Diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto que com aquela não se confunde<sup>49</sup>.

Ademais, importante destacar que “enquanto a boa-fé se presume, a má-fé necessita ser provada” (TJGO - 1ª T.; Ap. Cível nº 38.356-9/188; Rel. Des. Fenelon Teodoro Reis; j. 29.02.1996 – *in RJ 225/89*).

Logo, em havendo a qualidade de *terceiro*, assim entendido aquele que não seja parte, nem tenha sido representado, no contrato, e o atributo da *boa-fé*, assim entendida a crença do de se estar agindo de maneira conforme ao Direito, não tendo anuído, nem sido cientificado a respeito, haverá inoponibilidade do contrato em relação a tal terceiro de boa-fé.

Diversos exemplos podem ser citados, tais como:

- PROTEÇÃO AO TERCEIRO DE BOA-FÉ EM FRAUDE À EXECUÇÃO: “O entendimento prevalente da caracterização da fraude à execução pela alienação do bem estando em curso execução é de natureza relativa, podendo ceder no caso de proteção ao terceiro de boa-fé, que obteve a propriedade não do devedor, mas de outra pessoa anteriormente adquirente” (JTAERGS 102/260);
- INOPONIBILIDADE DE EXCEÇÕES PESSOAIS AO TERCEIRO DE BOA-FÉ, ENQUANTO LEGÍTIMO PORTADOR DE CHEQUE ENDOSSADO: “O cheque é título literal e abstrato. Exceções pessoais, ligadas ao negócio subjacente, somente podem ser opostas a quem tenha participado do negócio. Endossado o cheque a terceiro

49 BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 72



de boa-fé, questões ligadas à causa debendi originária não podem ser manifestadas contra o terceiro legítimo portador do título.” (in RSTJ 17/142);

- INOPONIBILIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA A TERCEIRO DE BOA-FÉ, SEM REGISTRO NO CERTIFICADO DO VEÍCULO AUTOMOTOR: “Alienação fiduciária. Terceiro adquirente. Boa-fé. Veículo automotor. Para a proteção do terceiro adquirente de boa-fé, é indispensável o registro da alienação fiduciária no ofício de títulos e documentos e no certificado expedido pela repartição de trânsito” (STJ - REsp nº 34957/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.); e
- INEXISTÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO, SALVO REGISTRO DA PENHORA OU PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE: “Súmula n.º 375 – O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente” (STJ - Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL - Data do Julgamento 18/03/2009 - Data da Publicação/ Fonte DJe 30/03/2009 - RSTJ vol. 213 p. 553).

Com o advento das Leis ns. 8.953/94 e 11.382/06, que alteraram o Código de Processo Civil<sup>50</sup>, o registro da penhora incidente sobre bem imóvel é condição indispensável para que possa ter efeito *erga omnes*, e desde que efetivada torna ineficaz qualquer ato que importe sua alienação ou disposição mormente quando pendente ação de execução. No mesmo sentido, tem-se a Lei de Registros Públicos<sup>51</sup>.

Aliás, o prestígio e a pujança do princípio da proteção ao terceiro de boa-fé são reconhecidos e confirmados pelas numerosas hipóteses legais que lhe asseguram proteção pelo Código Civil vigente<sup>52</sup>.

50 “Art. 659 – Omissis. § 4o - A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exeqüente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4o), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial”.

51 “Art. 240 - O registro da penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior” (Lei n.º 6.015/73).

52 artigos 43, 167, § 2º, 191, 221, 288, 301, 305, 346, incisos II e III, 359, 364, 380, 385, 436, p.ú., 522, 523, parte final, 553, 563, 632, 654, § 2º, 686, 788, 804, 814, § 1º, 872, 891, p.ú., 913, 926, 974, § 1º, parte final, 980, 987, 989, 997, p.ú., 1.003, p.ú., 1.015, p.ú., 1.039, p.ú., 1.048, 1.057, p.ú., 1.063, p.ú., parte final, 1.138, p.ú., 1.144,

#### 4 DA CASUÍSTICA - EFICÁCIA EXTERNA E Oponibilidade DOS CONTRATOS PERANTE TERCEIROS

Há hipóteses típicas, expressamente previstas em lei, relativas à eficácia externa dos contratos, tais como: (a) estipulação em favor de terceiro (artigos 436/438, do Código Civil), também denominado de *pactum in favorem de tertii*<sup>53</sup>; (b) promessa de fato de terceiro (artigos 439/440, do Código Civil); e (c) contrato com pessoa a declarar (artigos 467/471, do Código Civil), também admitido e conhecido como contrato com cláusula *pro amico eligendo*. Nestes casos, a eficácia da estipulação depende da prévia, concomitante ou ulterior, aquiescência do terceiro, para que este integre a relação negocial, e possa exercer os respectivos direitos que venha a se tornar titular.

Tem grande valia, seja pela caráter benevolente do primeiro caso (como, por exemplo, na contratação de seguro de vida pelo filho, figurando seu pai como beneficiário), pelo caráter prático, ágil e operacional do segundo (como, por exemplo, quando empresário firma contrato comprometendo-se a providenciar que determinado cantor venha a exhibir-se em show), e pelo caráter protetivo e camaleônico do terceiro (como, por exemplo, na promessa de compra e venda de bem imóvel, contendo cláusula com pessoa a declarar, em que o interessado seja pessoa extremamente rica e famosa e opte por contratar através de parente desconhecido do grande público, para evitar assédio e/ou injusta elevação de preço).

Como exemplos de hipóteses de eficácia dos contratos perante terceiros e/ou do dever de indenizar dos terceiros em prol dos contratantes prejudicados, podemos citar os casos de (1) anulação de negócio jurídico, ou de (2) indenização por perdas e danos, por dolo ou por coação de terceiro<sup>54 55</sup>, de (3) responsabilização civil de terceiro por

---

1.148, 1.154, p.ú., 1.170, 1.174, 1.177, p.ú., 1.229, 1.333, p.ú., 1.368, 1.372, 1.387, 1.418, 1.427, 1.446, p.ú., 1.463, parte final, 1.526, p.ú., 1.563, 1.577, p.ú., 1.639, § 2º, 1.657, 1.817, 1.827, p.ú., 1.882, entre outros.

53 "A estipulação em favor de terceiro é um contrato estabelecido entre duas pessoas, em que uma (estipulante) convencionou com outra (promitente) certa vantagem patrimonial em proveito de terceiro (beneficiário) alheio à formação do vínculo contratual" (DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2003. p. 333).

54 "Art. 148 - Pode também ser anulado o negócio jurídico por dolo de terceiro, se a parte a quem aproveite dele tivesse ou devesse ter conhecimento; em caso contrário, ainda que subsista o negócio jurídico, o terceiro responderá por todas as perdas e danos da parte a quem ludibriou" (Código Civil).

55 "Art. 154 - Vicia o negócio jurídico a coação exercida por terceiro, se dela tivesse ou devesse ter conhecimento a parte a que aproveite, e esta responderá solidariamente com aquele por perdas e danos.

fraude à credores, desde que, neste caso, haja procedido de má-fé<sup>56</sup>, de (4) prévio registro público de instrumento particular para operar efeitos perante terceiros<sup>57</sup>, de (5) assunção de dívida alheia por ato de vontade do terceiro, somente mediante consentimento expresso do credor<sup>58</sup>, de (6) pagamento de dívida alheia pelo terceiro<sup>59</sup>, e de (7) vedação de terceiro demandar mandatário, se conhecendo os poderes conferidos, celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, responsabilização civil do terceiro<sup>60</sup>, dentre outros.

Outrossim, ainda como exemplos de hipóteses em que terceiros prejudicados por contratos que lhes sejam estranhos e alheios podem pleitear proteção jurídica e/ou indenização, também podemos citar os casos de (8) negócio jurídico simulado, cujos direitos dos terceiros de boa-fé são resguardados, por força de lei<sup>61</sup>, de (9) ratificação e confirmação de negócio anulável, cujos direitos dos terceiros de boa-fé também são resguardados, por força de lei<sup>62</sup>, de (10) direito de oposição de terceiro ao pagamento a ser feito pelo devedor ao credor, fundado em justa causa<sup>63</sup>,

---

Art. 155 - Subsistirá o negócio jurídico, se a coação decorrer de terceiro, sem que a parte a que aproveite dela tivesse ou devesse ter conhecimento; mas o autor da coação responderá por todas as perdas e danos que houver causado ao coacto" (Código Civil).

- 56 "Art. 161. A ação, nos casos dos arts. 158 e 159, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes que hajam procedido de má-fé" (Código Civil).
- 57 "Art. 221 - O instrumento particular, feito e assinado, ou somente assinado por quem esteja na livre disposição e administração de seus bens, prova as obrigações convencionais de qualquer valor; mas os seus efeitos, bem como os da cessão, não se operam, a respeito de terceiros, antes de registrado no registro público" (Código Civil).
- 58 "Art. 299 - É facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente e o credor o ignorava" (Código Civil).
- 59 "Art. 304 - Qualquer interessado na extinção da dívida pode pagá-la, usando, se o credor se opuser, dos meios conducentes à exoneração do devedor. Parágrafo único - Igual direito cabe ao terceiro não interessado, se o fizer em nome e à conta do devedor, salvo oposição deste" (Código Civil).
- 60 "Art. 673 - O terceiro que, depois de conhecer os poderes do mandatário, com ele celebrar negócio jurídico exorbitante do mandato, não tem ação contra o mandatário, salvo se este lhe prometeu ratificação do mandante ou se responsabilizou pessoalmente" (Código Civil).
- 61 "Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. [...] § 2. Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado" (Código Civil).
- 62 "Art. 172. O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro" (Código Civil).
- 63 "Art. 312 - Se o devedor pagar ao credor, apesar de intimado da penhora feita sobre o crédito, ou da impugnação a ele oposta por terceiros, o pagamento não valerá contra estes, que poderão constranger o devedor a pagar de novo, ficando-lhe ressalvado o regresso contra o credor" (Código Civil).

e de (11) exigência de cumprimento de encargos da doação por parte do donatário, pelo terceiro beneficiário, dentre outros<sup>64</sup>.

E ainda como exemplos de hipóteses de eficácia perante terceiros perante relações contratuais que lhes sejam alheias e estranhas, podemos finalmente citar os casos de (12) responsabilidade civil do terceiro que causa danos em acidente de trânsito em prol do transportador de passageiro<sup>65</sup>, de (13) pagamento de seguro de responsabilidade legalmente obrigatório diretamente ao terceiro prejudicado<sup>66</sup>, de (14) constituição de renda, a título oneroso, em favor de terceiro<sup>67</sup>, de (15) inoponibilidade de nulidade oriunda de reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo (que não obriga a pagamento), a terceiro de boa-fé<sup>68</sup>, de (16) inoponibilidade de escusa de excesso por parte de administradores na sociedade simples, perante terceiros (prática de atos “ultra vires” por administradores), salvo as hipóteses legais<sup>69</sup>, de (17) prévio registro perante o cartório de imóveis competente para ensejar oponibilidade da convenção de condomínio perante terceiros<sup>70</sup>, de (18) alienação de parte acessória de unidade autônoma imobiliária por condômino a terceiro (tal

---

64 “Art. 553 - O donatário é obrigado a cumprir os encargos da doação, caso forem a benefício do doador, de terceiro, ou do interesse geral” (Código Civil).

65 “Art. 735 - A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva” (Código Civil).

66 “Art. 788 - Nos seguros de responsabilidade legalmente obrigatórios, a indenização por sinistro será paga pelo segurador diretamente ao terceiro prejudicado” (Código Civil).

67 “Art. 803 - Pode uma pessoa, pelo contrato de constituição de renda, obrigar-se para com outra a uma prestação periódica, a título gratuito.

Art. 804 - O contrato pode ser também a título oneroso, entregando-se bens móveis ou imóveis à pessoa que se obriga a satisfazer as prestações a favor do credor ou de terceiros” (Código Civil).

68 “Art. 814 - As dívidas de jogo ou de aposta não obrigam a pagamento; mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo, ou se o perdente é menor ou interdito. § 1º Estende-se esta disposição a qualquer contrato que encubra ou envolva reconhecimento, novação ou fiança de dívida de jogo; mas a nulidade resultante não pode ser oposta ao terceiro de boa-fé” (Código Civil).

69 “Art. 1.015 - No silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único - O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I - se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II - provando-se que era conhecida do terceiro; III - tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade” (Código Civil).

70 “Art. 1.333 - A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Parágrafo único - Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis” (Código Civil).

como, vaga autônoma de garagem), somente se constar tal faculdade do ato constitutivo do condomínio<sup>71</sup>.

A eficácia da CONVENÇÃO CONDOMINIAL DE EDIFÍCIO EDILÍCIO, enquanto ato de natureza jurídica mista, contratual e institucional, perante terceiros, em caráter *erga omnes*, somente se dá após o respectivo registro perante o oficial de registro de imóveis competente, conforme exigência legal<sup>72</sup>, apesar de produzir efeitos internos (*inter partes*), entre os condôminos, mesmo sem tal registro, através de interpretação *contrario sensu*. Neste sentido, o Conspício Superior Tribunal de Justiça, já sumulou o seguinte entendimento a respeito:

Súmula n.º 260 - A convenção de condomínio aprovada, ainda que sem registro, é eficaz para regular as relações entre os condôminos” (STJ - Órgão Julgador - S2 - SEGUNDA SEÇÃO - Data do Julgamento 28/11/2001 - Data da Publicação/Fonte DJ 06/02/2002 p. 189 - RSSTJ vol. 19 p. 447 - RSTJ vol. 155 p. 237).

Quanto à CLÁUSULA RESTRITIVA DE VIZINHANÇA EM LOTEAMENTO URBANO (restrição convencional), há eficácia perante terceiros adquirentes, uma vez devidamente registrado perante o oficial de registro de imóveis competente, conforme dicção expressa da Lei n.º 6.766/79<sup>73</sup>, e ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, a saber:

As restrições gerais de vizinhança, são comuns e freqüentes nos planos de loteamento e nos compromissos desses terrenos, visando a assegurar ao bairro os requisitos urbanísticos convenientes à sua destinação. Com essas restrições de caráter negocial, mas de finalidade nitidamente coletiva, os particulares suprem a deficiência

71 “Art. 1.339 – Omissis. § 2º É permitido ao condômino alienar parte acessória de sua unidade imobiliária a outro condômino, só podendo fazê-lo a terceiro se essa faculdade constar do ato constitutivo do condomínio, e se a ela não se opuser a respectiva assembléia geral” (Código Civil).

72 “Art. 1.333 - A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção. Parágrafo único - Para ser oponível contra terceiros, a convenção do condomínio deverá ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis” (Código Civil).

73 “Art. 26. Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações: [...] VII - declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente. [...] Art. 45. O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos, são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais”.

de nossa legislação urbanística, e asseguram ao bairro a privacidade residencial e as condições de conforto e harmonia estética prevista no plano de urbanização do loteamento [...]. Na verdade, o que se tem por objetivo nestas restrições gerais ao direito de construir é o interesse de todos, na formação e manutenção do bairro com as condições de conforto e bem-estar, idealizadas e procuradas por seus moradores. Inadmissível é que qualquer vizinho descumpra as imposições urbanísticas, para construir em desacordo com o estipulado a favor dos moradores do bairro. Além disso, o desatendimento das restrições urbanísticas do bairro lesa patrimonialmente a toda a vizinhança, desvalorizando as propriedades, pela supressão das vantagens previstas no loteamento e que atuaram como fator valorizante dos lotes adquiridos... as restrições de loteamento são de duas ordens: convencionais e legais. Restrições convencionais são as que o loteador estabelece no plano de loteamento, arquiva no Registro Imobiliário e transcreve nas escrituras de alienação dos lotes como cláusulas urbanísticas a serem observadas por todos em defesa do bairro, inclusive a Prefeitura que as aprovou. Por isso, quem adquire lote diretamente do loteador ou de seus sucessores deve observância a todas as restrições convencionais do loteamento, para preservação de suas características originárias, ainda que omitidas nas escrituras subseqüentes, porque o que prevalece são as cláusulas iniciais do plano de urbanização, e, conseqüentemente, todos os interessados no loteamento - proprietário ou compromissário de lote, loteador e Prefeitura - têm legitimidade para defendê-las judicialmente”<sup>74</sup>.

Nesta mesma senda, o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que

Não estando a edificação de acordo com as restrições negociais, e nem com o projeto aprovado segundo a obediência dessas restrições, impõe-se a correção das irregularidades, demolindo-se a parte da construção em desacordo com tais restrições (TJSP - Apelação cível n. 63.745-4, de Barueri-SP, Relator Des. Ruiteir Oliva).

Além disso, há efeitos perante terceiros também no **ALICIAMENTO DE PESSOA JÁ CONTRATADO EM CONTRATO ESCRITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**, hipótese em que o Código Civil impinge em desfavor do aliciador *sanção civil*, consistente em pagamento de

74 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 62-64 e 133.

indenização ao prejudicado do montante equivalente à remuneração que seria auferida pelo prestador de serviços durante dois anos:

Art. 608. Aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos (Código Civil).

Atualmente, ao contrário do que estabelecia o revogado Código Civil de 1916, que não admitia denúncia da lide, nem responsabilização civil, *per saltum*, dos anteriores alienantes, mas apenas e tão somente ao alienante imediato em relação ao evicto, nos casos de EVICÇÃO, o atual Código Civil de 2002 prevê e autoriza expressamente tal ocorrência, favorecendo ao evicto e facilitando-lhe a oportunidade de ser ver integralmente indenizado a respeito, ao permitir que quaisquer dos alienantes anteriores, além do alienante imediato, possam ser chamados a responder civilmente<sup>75</sup>.

Com relação à dívida de jogo, incobrável por força de lei, como visto acima (vide nota de rodapé n.º 68), o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, protegendo terceiro de boa-fé, afastou-lhe os efeitos da nulidade da avença original, e assegurou-lhe o direito de crédito constante de cheque emitido com tal causa subjacente (pagamento de dívida de jogo), porquanto alheio e estranho à tal ocorrência, não poderia ser prejudicado pela mesma:

[...] as dívidas de jogo não obrigam a pagamento. Quer se trate de letra de câmbio, quer se cogite de cheque, como na espécie, não é possível nem justificável que, acobertado pelo formalismo das leis que regulam tais títulos, venha o julgador ferir um preceito de ordem pública que resguarda e ampara o terceiro de boa-fé. Contra este, é inadmissível a defesa com fundamento na viciosa origem da dívida. (*in RT 169/694*).

A sublocação, pacto acessório ao contrato de locação (art. 15, da Lei 8.245/91), sempre que lícita, isto é, que precedida do consentimento escrito do locador (art. 13, da Lei 8.245/91), assegura ao sublocatário o direito de ser cientificado da ação despejo (art. 59, §2º, da Lei 8.125/91), a

<sup>75</sup> “Art. 456 - Para poder exercer o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo” (Código Civil).

fim de que intervenha no processo como assistente do locatário, simples ou litisconsorcial<sup>76</sup> (cf. REsp's n. 196671/SP e n. 288031/PR).

Reafirmando e corroborando as assertivas acima expendidas, de possibilidade de eficácia dos contratos perante terceiros, urge frisar que na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo CJF – Conselho da Justiça Federal, houve aprovação do seguinte verbete:

Enunciado n.º 21 – *A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do crédito* (grifos nossos).

Na mesma linha de entendimento, o Conspício Superior Tribunal de Justiça, inclusive sumulou matéria reconhecendo a mitigação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, e a eficácia externa de contrato de promessa de compra e venda, em prol de consumidores-adquirentes, e em detrimento de instituições bancárias, consagrando a teoria da tutela externa do crédito e a doutrina do terceiro cúmplice: Súmula n.º 308 – STJ – *A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel* (grifos nossos).

Finalmente, também reafirmando a importância do *registro público*, enquanto meio de publicização do negócio jurídico para operar efeitos perante terceiros, o Conspício Superior Tribunal de Justiça sedimentou o seguinte entendimento sumulado, acerca de contrato de alienação fiduciária em garantia envolvendo veículo automotor (bem móvel)<sup>77 78</sup>: “Súmula n.º 92

76 DE SOUZA, Sylvio Capanema. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 75.

77 “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1o Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro” (Código Civil).

78 “A exigência de registro em Cartório do contrato de alienação fiduciária não é requisito de validade do negócio jurídico. Para as partes signatárias a avença é perfeita e plenamente válida, independentemente do registro que, se ausente, traz como única consequência a ineficácia do contrato perante o terceiro de boa-fé. Inteligência do art. 66, § 1º, da Lei n.º 4.728/65, com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 911/69, e do art. 129, item 5º, da Lei n.º 6.015/73. O Código Nacional de Trânsito (Lei n.º 9.503/97), ao disciplinar as regras de expedição dos Certificados de Registro de Veículo (arts. 122 e 124), não prevê como peça obrigatória a ser apresentada o contrato de alienação fiduciária registrado. Ao interpretar sistematicamente o dispositivo nos §§ 1º e 10, do art. 66 da Lei n.º 4.728/65, c/c os arts. 122 e 124 da Lei n.º 9.503/97, e prestigiando-se a ratio legis, impende concluir que, no caso de veículo automotor, basta



– STJ – *A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor*” (grifos nossos).

## 5 CONCLUSÃO

Os princípios contratuais clássicos, todos eles (autonomia privada, força obrigatória dos contratos, relatividade dos efeitos, supremacia da ordem pública – dirigismo contratual e conservação dos contratos), continuam a existir, válida e eficazmente, em nosso ordenamento jurídico, no âmbito do Direito Civil, mas, na atualidade, devem ser sempre sopesados e conjugados com os novos princípios contratuais (função social dos contratos, boa-fé objetiva, e justiça contratual ou equilíbrio contratual ou revisão judicial dos contratos), podendo e devendo ser relativizados e mitigados, sempre que necessário for, relembrando-se também os princípios consagrados pelo Código Civil de 2002 (operabilidade, eticidade e socialidade), para atendimento dos anseios do bem comum, do interesse coletivo, do equilíbrio e da justiça contratuais, a serem buscados *in concreto*, caso a caso.

Do mesmo modo, com relação ao princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, em particular, também se confirmou, como demonstrado no decorrer desta monografia, sua mitigação, conquanto terceiros mesmo estranhos às relações contratuais, também podem interferir face às mesmas, ora prejudicando ou afetando aos contratantes, ora sendo prejudicados ou afetados em suas esferas jurídicas de interesses e nos seus patrimônios, por contratos que lhes sejam alheios, de modo a merecer resposta certa, pronta, firme e justa do ordenamento jurídico, sem se claudicar.

Conhecer, pesquisar, estudar e aprofundar são as melhores ações a serem praticadas para desenvolvimento da temática “dos efeitos dos contratos perante terceiro”, ora em análise, o que decerto engrandecerá o Direito Civil, e beneficiará ao destinatário da norma jurídica, através de interpretação mais acurada, e de aplicação mais justa de tal instituto.

---

constar do Certificado de Registro a alienação fiduciária, uma vez que, desse modo, resta plenamente atendido o requisito da publicidade. Destarte, se a Lei não exige o prévio registro cartorial do contrato de alienação fiduciária para a expedição de Certificado de Registro de Veículo, com anotação do gravame, não há como compelir a autoridade do DETRAN a proceder como quer o Recorrente” (REsp 278.993/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 16.12.2002).

**REFERÊNCIAS**

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução para a versão espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de Direito Civil – teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: RT, 1994.
- \_\_\_\_\_. Liberdade Contratual (verbete). In: *Enciclopédia Saraiva do Direito* 49/370-371. São Paulo: Saraiva, 1977.
- BIANCA, Cesare Massimo. *Diritto Civile – Il Contratto*. Milano: Dott. Giuffrè, 1987.
- BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A função social do contrato*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARDOSO, Patrícia. Oponibilidade dos efeitos dos contratos: determinante da responsabilidade civil do terceiro que coopera com o devedor na violação contratual. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 20, Rio de Janeiro: Padma, 2004.
- COSTA, Judith Martins. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- DE SOUZA, Sylvio Capanema. *A Nova Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 9. ed. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro – v. 3 – Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 1. ed. eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – v. I – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro – v. V – Direito das Coisas*. São Paulo:Saraiva, 2006.

ITURRASPE, Jorge Mosset; PIEDECASAS, Miguel Alberto. *Responsabilidad Civil y Contratos – La Responsabilidad Contratual*. Santa Fe: Rubinzal-Culzonis, 2007.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 4. ed. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1983.

POPP, Carlyle. A eficácia externa dos negócios jurídicos. In: *Teoria Geral dos Contratos*. Coordenadores: Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A Doutrina do Terceiro Cúmplice: Autonomia da Vontade, o Princípio ‘Res Inter Alios Acta’, Função Social do Contrato e a Interferência Alheia na Execução dos Negócios Jurídicos. *Revista dos Tribunais*, v. 821, março 2004 - Doutrinas Essenciais - Obrigações e Contratos, v. 3, junho 2011.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos. *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*. Coimbra: Almedina, 2003.

SPEZIALLI, Paulo Roberto. *Revisão Contratual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.



# A REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

*EXCLUSIVE OBJECT RULE IN SUPPLEMENTAL HEALTH*

*Dalton Robert Tibúrcio*

*Procurador Federal*

*Especialista em Advocacia Pública pela UERJ*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A restrição à liberdade de empresa; 2 A estrutura da regra do objeto exclusivo na saúde suplementar; 3 As exceções à regra do objeto exclusivo; 4 A situação das entidades de autogestão; 5 A flexibilização da regra do objeto exclusivo e a questão da derrotabilidade das regras jurídicas; 6 As normas de segundo grau que estipulam o modo de aplicação da regra do objeto exclusivo; 7 Exemplos teóricos de flexibilização da regra do objeto exclusivo; 8 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** O presente texto analisa a regra do objeto exclusivo na saúde suplementar. Identifica-se o fundamento da regra e sua estrutura. Após a análise das exceções expressamente previstas, discute-se a possibilidade de abrandamento da regra em circunstâncias excepcionais. A partir da análise das normas de segundo grau que estipulam o modo de aplicação da regra, conclui-se que se trata de uma regra de aplicação estrita, que admite o exercício limitado de discricionariedade para sua flexibilização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Objeto. Exclusivo. Regra. Jurídica. Flexibilização.

**ABSTRACT:** This paper examines the exclusive corporate object rule in Supplemental Health. We will analyze the foundation of the rule and their structure. After the analysis of the exceptions expressly provided, we will discuss the possibility of softening the rule in exceptional circumstances. From analysis of the second-level norms that stipulate how application of the rule, we will assume that it is a rule of strict application, which admits the limited exercise of discretion in its flexibility.

**KEYWORDS:** Exclusive. Object. Legal. Rule. Flexibility.

## INTRODUÇÃO

A Lei nº 9.656/98, que regula a atividade de operação de planos de assistência privada à saúde, dispõe em seu art. 34, com a redação da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, que as pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por aquela Lei devem, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial da própria Lei nº 9.656 e de seus regulamentos. Disposição análoga encontra-se na parte final do art. 1º da Lei nº 10.185/2001, que cuida da especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde, ao permitir que as sociedades seguradoras operem o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656/98, “desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades”. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, com base nessas normas, estabeleceu a regra do objeto exclusivo, por meio da Resolução Normativa nº 85/2004, ao vedar às operadoras de Planos de Saúde a realização de outras atividades que não aquelas relacionadas à assistência à saúde suplementar.

O presente texto se propõe a investigar a natureza e a estrutura da regra do objeto exclusivo, bem como suas exceções e a possibilidade de sua flexibilização pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

### 1 A RESTRIÇÃO À LIBERDADE DE EMPRESA

A livre escolha da atividade empresarial a que se dedicará a sociedade é garantida pelo princípio da livre iniciativa<sup>1</sup>. Evidentemente que se trata de um direito sujeito a conformações (como a exigência de licitude do objeto) e restrições (como a limitação de escolha do objeto) pelo legislador, em função do juízo de ponderação da livre iniciativa com outros princípios constitucionais. Anota a doutrina que “o que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos, e, portanto, políticos”<sup>2</sup>. A

1 GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 144.

2 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. p. 173.

operação de planos de saúde, por ser uma atividade privada de interesse público, consiste em uma exceção à liberdade de empresa, uma vez que sua exploração depende de prévia autorização, conforme estabelecido pela Lei nº 9.656/98, com base na restrição legislativa explícita prevista no parágrafo único do art. 170 da Constituição.

O art. 34 da Lei 9.656 consiste em uma típica restrição a direito fundamental decorrente da prévia ponderação legislativa entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor, como manifestação da função do Estado de fiscalização, regulação e normatização da atividade econômica (art. 170, V e art. 174, ambos da Constituição). Destaca a doutrina que o que essas condições e restrição ao exercício da atividade privada de interesse público não podem é “não ponderar adequadamente (proporcionalmente) a livre-iniciativa privada com os valores de interesse público que estiverem em jogo e, em qualquer hipótese, avançar sobre o núcleo essencial do direito fundamental de iniciativa privada”<sup>3</sup>.

## 2 A ESTRUTURA DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO NA SAÚDE SUPLEMENTAR

O art. 34 da Lei nº 9.656 é destinado, primeiramente, àquelas pessoas jurídicas que já atuavam antes da edição do marco regulatório da Saúde Suplementar. Em face da realidade do mercado encontrado pela regulação, em que a atividade de operação de planos de saúde era desempenhada juntamente com outras atividades, a norma em questão determinou que as operadoras passassem a exercer essa atividade de forma exclusiva, mediante a criação de “pessoas jurídicas independentes”. A partir desta norma, a ANS editou a RN nº 85/2004, estabelecendo, em seu art. 9º, que “o objeto social da pessoa jurídica deve ser exclusivamente o relacionado à assistência à saúde suplementar”. O valor subjacente à regra do objeto exclusivo é o aumento do controle sobre a atividade regulada e, conseqüentemente, a diminuição do risco da atividade econômica, tendo por objetivo “proteger os consumidores de perdas potenciais que as operadoras possam sofrer em outras linhas de negócio, como também de direcionar o foco do negócio para a operação de planos”<sup>4</sup>.

3 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 193.

4 CRUZ, Helio Jayme Martins Fróes. *Autorização de Funcionamento: importância para o mercado de saúde suplementar*. Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, modalidade Profissional, na área de concentração Regulação em Saúde. 2004. p. 93.



O art. 34 da Lei 9.656 tem estrutura normativa de regra jurídica, isto é, de uma norma que se válida, aplicável e infensa a exceções impõe um dever definitivo<sup>5</sup>: o dever de constituição de pessoa jurídica independente para operar planos de assistência à saúde.

A indicada norma prescreve que “pessoas jurídicas [...] constituam pessoas jurídicas independentes”. Literalmente o dispositivo determina a constituição de uma espécie de subsidiária integral<sup>6</sup>: a pessoa jurídica que exerce outras atividades além da operação de planos de saúde constituiria outra sociedade especificamente para operar planos privados de assistência à saúde. A constituição dessa pessoa jurídica independente poderia ser feita, ainda, por meio de uma relação de participação (seja controle, coligação ou mera participação) de uma sociedade no capital de outra. Em todas essas situações, a operadora de planos de saúde teria, em seu quadro social, a presença da originária pessoa jurídica que executava outras atividades além da operação de planos de saúde. Nesse sentido, o art. 34 da Lei 9.656 indicaria uma situação em que uma sociedade seria sócia de outra, criada para operar planos de saúde.

No entanto, a melhor interpretação do art. 34 da Lei 9.656 indica que a norma não se dirige à sociedade, mas sim aos sócios da sociedade: os sócios deverão constituir uma pessoa jurídica independente para prosseguir na atividade de operação de planos de saúde. Esse entendimento é reforçado pela Lei 10.185/2001, que ao determinar a especialização em planos privados de assistência à saúde das sociedades seguradoras que operavam o seguro saúde, conjuntamente com outros ramos de seguro, indicou que essa especialização ocorreria mediante cisão ou outro ato societário pertinente (art. 1º, § 1º).

O que se tem, a rigor, é uma norma proibitiva, que impede as operadoras de exercerem atividades diversas da operação de planos de saúde. Assim agindo, a Lei restringiu o objeto social, seja pelo ângulo formal ou substancial<sup>7</sup>, das operadoras de planos de saúde. Vale dizer, por força do art. 34 da Lei nº 9.656 as operadoras de planos de saúde somente

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

6 A possibilidade de constituição de uma sociedade unipessoal, em que o sócio é uma sociedade, é prevista no art. 251 da Lei 6.404.

7 O objeto social é a atividade empresarial lícita da sociedade, isto é, a empresa, no sentido de a atividade organizada exercida pelo empresário. Sob o ângulo da análise substancial, o objeto social é o conjunto de atos negociais efetivamente desempenhados pela sociedade. Sob o viés formal, o objeto social é a descrição dessas atividades negociais no estatuto social (cf. EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 249/251).

podem efetivamente exercer a atividade de operação de planos de saúde e o dispositivo estatutário não pode descrever qualquer atividade comercial diversa da operação de planos de saúde, salvo as exceções previstas na regulamentação setorial.

O art. 34 da Lei 9.656 não se refere textualmente à exclusividade do objeto social. O artigo fala de pessoas jurídicas que *executam outras atividades*. A conclusão pelo objeto exclusivo decorre da interpretação da expressão “atividades” como sinônimo de “objeto social”. Essa é uma interpretação consentânea com o conceito de objeto social: a atividade comercial desenvolvida pela sociedade (objeto social substancial) e a descrição dessa atividade no estatuto social (objeto social formal).

### 3 AS EXCEÇÕES À REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO.

O art. 34 da Lei nº 9.656/98 não excepcionou nenhum tipo de operadora da obrigação de constituição de pessoa jurídica independente para o desempenho de atividades diversas da operação de planos de saúde. No entanto, a RN nº 85 aponta algumas exceções à regra. A primeira delas estabelece que a obrigatoriedade do objeto exclusivo não se aplica às operadoras que possuem rede própria de atendimento para satisfação das finalidades previstas no art. 35-F da Lei nº 9.656. Ao regular a prestação de serviços de planos privados de assistência à saúde, a Lei 9.656, em seu art. 35-F, explicita o conceito de assistência à saúde: “todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde”. Dessa forma, a regra do objeto exclusivo não impede que a pessoa jurídica exerça outras atividades ligadas à prevenção de doenças, manutenção e reabilitação da saúde. A prestação de serviços médico-hospitalares é um exemplo claro dessa possibilidade de integração da operação de planos de saúde com outra atividade de proteção à saúde.

Da mesma forma, as entidades fechadas de previdência complementar foram excepcionadas da regra do objeto exclusivo, por força do art. 76 da Lei Complementar nº 109/2001. A incidência dessa exceção legal exige que a operadora seja uma entidade de previdência complementar fechada que, na data da publicação da LC 109/2001, prestava a seus participantes e assistidos serviços assistenciais à saúde, desde que seja estabelecido um custeio específico para os planos assistenciais e que a sua contabilização e o seu patrimônio sejam mantidos em separado em relação ao plano previdenciário.

Outra exceção ao objeto exclusivo decorre da previsão na Lei nº 9.656 de existência no mercado regulado de “empresas que mantêm sistemas de

*assistência à saúde, pela modalidade de autogestão ou de administração*” (§ 2º do art. 1º). A Lei nº 9.656/98 estabeleceu a submissão das entidades e empresas de autogestão ao marco regulatório da saúde suplementar, mas não formulou um conceito de autogestão. Assim, sempre foi tarefa das normas regulatórias conformar o sentido normativo das operadoras de autogestão<sup>8</sup>. Atualmente, as normas regulatórias estabelecem as seguintes modalidades de autogestão: as empresas que por meio do departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado operam planos de assistência à saúde a seus empregados e outros beneficiários delimitados; as pessoas jurídicas de direito privado de fins não econômicos, vinculadas à entidade pública ou privada patrocinadora, instituidora ou mantenedora, que operam planos de saúde a beneficiários delimitados; e a pessoa jurídica de direito privado de fins não econômicos<sup>9</sup>, constituída sob a forma de associação, que opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos associados integrantes de determinada categoria profissional e a outros beneficiários delimitados (incisos I, II e III, do art. 2º da RN nº 137/2006, com a redação dada pela RN 148/2007).

A norma regulatória estipulou que a entidade de autogestão deverá possuir administração própria e objeto social exclusivo de operação de planos privados de assistência à saúde, sendo-lhe vedada a prestação de quaisquer serviços que não estejam no âmbito do seu objeto (RN 137/2006, art. 3º). No entanto, dentre as três admitidas modalidades de autogestão, é impossível exigir de uma empresa (por exemplo, uma montadora de veículos) com plano de autogestão por departamento de recursos humanos para seus empregados o objeto exclusivo de operação de planos de saúde. Dessa forma, a regulação dispensou da observância da regra do objeto exclusivo as “empresas de autogestão” por departamento de recursos humanos (RN 137, art. 3º, § 1º, II)<sup>10</sup>.

#### 4 A SITUAÇÃO DAS ENTIDADES DE AUTOGESTÃO

Além das “empresas de autogestão”, a Lei 9.656 estabeleceu que se incluem em sua abrangência as “entidades de autogestão” (art. 1º, § 2º), estendendo sua incidência sobre pessoas jurídicas constituídas

8 Cf. CONSU nº 5/98; RDC 39/2000; RN 137/2006; RN 148/2007.

9 A regulação parece ter confundido fins não econômicos com ausência de distribuição de lucros.

10 A RN nº 137/2006 estipula, ainda, a exceção ao objeto exclusivo para as entidades fechadas de previdência complementar que, na data da publicação da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, já prestavam serviços de assistência à saúde, na modalidade de autogestão e também para a entidade de autogestão que, além da operação de planos privados de assistência à saúde, exerce atividade caracterizada como ação de promoção à saúde, nos termos do art. 35-F da Lei nº 9.656, de 1998. Essas, no entanto, não são exceções específicas das entidades de autogestão.

sob a modalidade de associações, fundações e sindicatos que exerciam a operação de planos de saúde antes do marco regulatório da saúde suplementar. A regulação implementada pela ANS não dispensou essas entidades da obrigatoriedade de constituição de pessoa jurídica independente para a continuidade da exploração da atividade autorizada.

Ao contrário das empresas de autogestão por departamento de recursos humanos, as associações e fundações podem continuar a existir no ambiente regulado, cumprindo a regra do objeto exclusivo. Não há, portanto, a imposição de exceção à regra do objeto exclusivo. Algumas questões, porém, merecem ser pontuadas.

O exercício de atividade de operação de plano de saúde por associações e fundações não é, em si, incompatível com a natureza jurídica dessas entidades. Uma associação constituída exclusivamente para a exploração de planos de saúde a seus associados tem por objeto a realização de uma atividade econômica, o que aparenta conflitar com a norma textual do art. 53 do Código Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem *para fins não econômicos*”. Ocorre que a doutrina tem destacado que “*As associações podem desenvolver atividade econômica, desde que não haja finalidade lucrativa*”<sup>11</sup>. A distinção entre uma associação de fins econômicos (produtivos) e uma sociedade está na ausência de propósito lucrativo da associação, isto é, na ausência de distribuição do lucro entre os associados. Da mesma forma, tem-se admitido que as fundações exerçam atividades econômicas, desde que sem fins lucrativos e para melhor cumprimento de seus fins estatutários<sup>12</sup>.

Por sua vez, a liberdade de associação não confere qualquer imunidade à entidade no que diz respeito ao cumprimento dos requisitos legais gerais para o exercício de atividade regulada<sup>13</sup>. A atividade de

11 Cf. enunciado nº 534 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Vale destacar a justificativa apresentada para o referido enunciado: “Andou mal o legislador ao redigir o caput do art. 53 do Código Civil por ter utilizado o termo genérico ‘econômicos’ em lugar do específico ‘lucrativos’. A dificuldade está em que o adjetivo ‘econômico’ é palavra polissêmica, ou seja, possuidora de vários significados (econômico pode ser tanto atividade produtiva quanto lucrativa). Dessa forma, as pessoas que entendem ser a atividade econômica sinônimo de atividade produtiva defendem ser descabida a redação do caput do art. 53 do Código Civil por ser pacífico o fato de as associações poderem exercer atividade produtiva. Entende-se também que o legislador não acertou ao mencionar o termo genérico ‘fins não econômicos’ para expressar sua espécie ‘fins não lucrativos’.”.

12 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 391/394.

13 “VI. As associações ‘prosseguem livremente os seus fins’ (nº 2, 1ª parte), tendo pois direito a gerir livremente a sua vida (autodeterminação). Mas, isso não significa que, quando as actividades externas a

operação de plano de saúde transcende ao interesse individual, impondo a compatibilização da liberdade de associação com outros valores constitucionalmente relevantes. Assim, vale invocar a distinção feita pela doutrina, com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RE 201819), entre as associações *expressivas* (de cunho espiritual, ideológico) e as *não-expressivas* (de finalidades profissionais ou comerciais), para calibrar o grau de interferência estatal na vida intestina das associações: “Estas associações [*não-expressivas*], ao contrário das *expressivas*, estão sujeitas a imposições estatais relacionadas com o seu modo de existir, em virtude da pertinência a elas de outros valores constitucionais concorrentes”<sup>14</sup>. Não se vislumbra, portanto, incompatibilidade entre o regime associativo e o cumprimento da regra do objeto exclusivo.

Porém, a previsão de dispensa da regra do objeto exclusivo apenas para as empresas por departamento de recursos humanos resultou, de forma indireta, na proibição de que sindicatos que antes do marco regulatório também exerciam a operação de planos de saúde a seus filiados continuassem a fazê-lo. Por certo que a regulação não pode exigir de um sindicato que passe a ter por objeto exclusivo a operação de planos de saúde, uma vez que isso equivaleria a renunciar à sua natureza sindical. Essa conclusão é reforçada pela ausência à previsão dos sindicatos como entidades de autogestão admitidas pela regulação, tanto na esfera legal quanto na regulamentar. Não há, nessa proibição, ilegalidade, uma vez que a menção na Lei 9.656 ao gênero “entidades de autogestão” não significa que todos os entes que antes do marco regulatório operaram planos de saúde tenham assegurado o direito a continuar a exercer a atividade.

Os requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.656 para a autorização de funcionamento das operadoras são modificações do regime jurídico do exercício da atividade de operação de planos de saúde. Assim, exceto em relação aos contratos celebrados antes da vigência da Lei, não se configura atentatório ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito a

---

que elas se dediquem estejam sujeitas a determinados requisitos gerais, elas fiquem livres de se submeter a eles. Não existe uma imunidade ou privilégio de associação que ponha os estabelecimentos ou as atividades das associações a coberto do regime geral daqueles (por ex., os limites à liberdade econômica valem tanto para os indivíduos como para as associações). O que não pode haver é uma penalização associativa, ou seja, condições ou requisitos mais exigentes para as associações, só por o serem.”

(CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada. Volume I. 1. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*; Coimbra, PT: Coimbra, 2007. p. 646.

14 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 452.

incidência dos novos requisitos legais para a exploração da atividade<sup>15</sup>. A conformação legal da atividade de exploração de planos de saúde, mediante o estabelecimento de requisitos legais para a concessão da autorização de funcionamento - seja por se tratar de modificação do regime jurídico ou por decorrer da função ordenadora das atividades privadas de interesse público<sup>16</sup> - tem incidência imediata, o que não configura ofensa ao princípio do direito adquirido ou do ato jurídico perfeito, nem à irretroatividade da lei.

Não se sustenta, portanto, a noção de que as entidades sindicais que antes do marco regulatório já operavam planos a seus filiados teriam direito à continuidade da exploração da atividade sem o cumprimento das normas regulatórias. A essas pessoas jurídicas restaria cumprir o disposto no art. 34 da Lei 9.656, mediante a constituição de pessoa jurídica independente para operar o plano de saúde aos seus filiados.

A situação se revela mais controversa no que diz respeito às fundações, tendo em vista a norma do art. 67, do Código Civil, que estipula que a alteração do estatuto da fundação não pode contrariar ou desvirtuar o seu fim. Dessa forma, fundações que antes exerciam outras atividades, além da operação de planos de saúde, podem estar impossibilitadas de cumprir a norma regulatória que impõe a observância do objeto exclusivo, se isso resultar no desvirtuamento de sua finalidade. Nem sempre a alteração das finalidades da fundação importa em desvirtuamento do fim, especialmente quando visar ao melhor esclarecimento da abrangência do rol das finalidades originalmente concebidas pelo instituidor<sup>17</sup>. A definição da possibilidade ou não da modificação do estatuto da fundação, para cumprir a regra do objeto exclusivo, estará sujeita à aprovação do Ministério Público, a qual pode vir a ser suprida por decisão judicial (Código Civil, art. 67, III). Disso resulta que a fundação que exerce a atividade de operação de planos de saúde está sujeita a uma dupla fiscalização, uma vez que a competência atribuída

15 Sobre o tema, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiterado que: “[...] em matéria de direito adquirido, vigora o princípio – que este Tribunal tem assentado inúmeras vezes – de que não há direito adquirido a regime jurídico de um instituto de direito. Quer isso dizer que, se a lei nova modificar o regime jurídico de determinado instituto de direito (como é o direito de propriedade, seja ela de coisa móvel ou imóvel, ou de marca), essa modificação se aplica de imediato. RE nº 94.020, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 104, p. 269”.

16 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 162/174.

17 PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 389.

ao Ministério Público de curador das fundações (art. 66 do Código Civil) não exclui a competência da Agência Reguladora de “fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento” (art. 4º, XXIII, da Lei 9.961/2001).

A eventual impossibilidade de alteração do estatuto de uma fundação, em função do desvirtuamento de seu fim, não resulta necessariamente no reconhecimento de uma exceção ao objeto exclusivo. No entanto, essa situação excepcional merece ser ponderada pela Agência Reguladora, especialmente considerando-se que a fixação das normas de funcionamento deve atentar para as características específicas das operadoras, especialmente no que concerne à natureza de seus atos constitutivos (Lei 9.961/2000, art. 4º, § 2º). Assim, a análise das circunstâncias do caso concreto, para a construção da solução mais adequada e proporcional, é medida que se impõe, podendo resultar na flexibilização da regra do objeto exclusivo.

## 5 A FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO E A QUESTÃO DA DERROTABILIDADE DAS REGRAS JURÍDICAS

As exceções arroladas na RN 85 à regra do objeto exclusivo decorrem, direta ou indiretamente, de previsões legais. No entanto, é possível que o Administrador, na aplicação da norma geral e abstrata prevista na lei, defina critérios excepcionais em função do caso concreto que afastem o cumprimento da regra. Tendo em vista a estrutura normativa do art. 34 da Lei 9.656, a possibilidade de flexibilização dessa regra introduz uma importante questão doutrinária: a compatibilização da derrotabilidade das regras jurídicas com a noção de que tais espécies normativas possuem um caráter definitivo<sup>18</sup>.

É verdade que Dworkin destacava que o modo *tudo-ou-nada* de aplicação das regras exige a enumeração, junto com a regra, de todas as suas exceções, sob pena de ser o enunciado da regra impreciso e incompleto: “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas

---

18 “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”  
DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra”<sup>19</sup>. Alexy rejeita a assertiva de Dworkin, indicando que “nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção”<sup>20</sup>. No entanto, ao que parece, as exceções que Dworkin tinha em vista eram aquelas constantes de outras normas e não aquelas decorrentes de especificidades de casos concretos.

Ao enfrentar esse tema, Virgílio Afonso da Silva destaca que há situações em que “é necessário *incluir* uma conduta, um estado ou uma posição jurídica na proteção de um direito fundamental, mas tal inclusão esbarra em um preceito contrário de uma regra [*infraconstitucional*]”<sup>21</sup>. Nessas hipóteses, deparamo-nos com decisões judiciais contra a regra legal, sendo que para o autor essa situação pode ser considerada como um sopesamento entre o princípio que sustenta a regra e o princípio com ela colidente, “mas quanto muito em uma primeira decisão [...] Isto porque, uma vez consolidado o entendimento em determinado sentido, *cria-se uma regra* que institui exceção à regra proibitiva”<sup>22</sup>. Conclui o autor que após a consolidação jurisprudencial, a nova regra é aplicada como outra qualquer, sendo que “a única diferença é que ela não decorre de uma disposição legal, mas de uma construção jurisprudencial”<sup>23</sup>. Também Pontes de Miranda admitia que um critério adotado por um juiz ou alguns juízes, diante das mesmas circunstâncias, pode se tornar uma regra jurídica, pois nesses casos “a decisão se firmou em regra jurídica não-escrita, cujo suporte fáctico está nas circunstâncias que levaram à decisão por equidade”<sup>24</sup>.

De fato, embora a atuação jurisdicional *contra legem* seja um tema polêmico, em nosso ordenamento jurídico pode-se estabelecer ao menos uma previsão do reconhecimento da possibilidade de que juízes, sem declarar a inconstitucionalidade de uma regra legal, criem regras jurídicas que excepcionem outras regras jurídicas: o uso da equidade. A equidade, assim como a analogia, é uma técnica que o magistrado utiliza para decidir contra a estipulação (expressa ou lacunosa) do legislador:

19 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 40.

20 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 104.

21 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 54.

22 SILVA, op. cit., p. 55.

23 SILVA, op. cit., p. 56.

24 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 380.



na equidade o juiz decide contra a lei expressa; na analogia, contra a lei ausente. Não é de se estranhar, portanto, que ambas as técnicas foram consideradas por Kelsen como ficções jurídicas destinadas a encobrir o que realmente ocorre: o magistrado realiza um juízo de valor sobre o ordenamento e decide contrariamente ao que o legislador estipulou para o caso<sup>25</sup>. O fenômeno pode ser traduzido em outros termos: quando o ordenamento confere poder ao juiz para usar a equidade, admite-se que o magistrado afaste o caráter definitivo das regras jurídicas e, após considerar os fatos relevantes e ponderar entre as razões contrárias e favoráveis à incidência da regra, decida se a regra deve ser aplicada ou não ao caso concreto, sem que isso importe em reconhecimento de invalidade da regra. Nessa situação, pode-se reconhecer um caráter *prima facie* e um caráter definitivo também às regras, muito semelhante ao que ocorre com os princípios<sup>26</sup>.

O problema na utilização da equidade em nosso sistema jurídico está na norma do art. 127 do Código de Processo Civil, que dispõe que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. No entanto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, embora não admita expressamente a equidade, indica que na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º). O Superior Tribunal de Justiça, chamado a se manifestar sobre esse aparente conflito de normas, decidiu que se por um lado a proibição de que o juiz decida por equidade, salvo quando autorizado por lei, significa que não haverá de substituir a aplicação do direito objetivo por seus critérios pessoais de justiça, por outro lado não há de ser entendida essa proibição como uma vedação a que se busque alcançar a justiça no caso concreto, com atenção ao disposto no artigo 5º da Lei de Introdução (REsp 48176/SP).

A busca da justiça no caso concreto remete à clássica lição de Aristóteles, que já apontava que embora toda lei seja universal, há casos a respeito dos quais não é possível enunciar de modo correto um princípio

25 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 274.

26 Processo similar ocorre na analogia, quando o juiz, diante da ausência de regra jurídica específica para o caso em julgamento, decide entre aplicar a regra geral exclusiva (aquela que exclui todos os comportamentos que não fazem parte da norma particular) ou aplicar a regra geral inclusiva (aquela que sustenta a construção analógica de uma regra não expressamente prevista pelo ordenamento, tal qual a do art. 4º da LINDB). Nesse sentido é que se deve entender a conclusão de Bobbio, ao sustentar que a verdadeira lacuna do ordenamento é a “ausência de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, aquela exclusiva e aquela inclusiva, deva ser aplicada” BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 279.

universal. Nessas situações, a lei considera o que ordinariamente se passa, admitindo a margem para o erro: “o erro não reside na lei nem no legislador, mas na natureza da coisa: isso é simplesmente a matéria do que está exposto às ações humanas”<sup>27</sup>. Por isso, complementava Aristóteles, “a natureza da equidade é, então, ser retificadora do defeito da lei, defeito que resulta da sua característica universal”<sup>28</sup>.

A correção equitativa da lei é realizada, muitas das vezes, por meio do recurso hermenêutico da redução teleológica<sup>29</sup>, utilizado igualmente para restringir o âmbito de incidência da regra, quando se puder verificar a ausência de adequação do caso aos objetivos da norma. Na hipótese da regra do objeto exclusivo, deve-se ter em vista o objetivo da norma – a proteção do consumidor, por meio do aumento do controle sobre a atividade regulada e da diminuição do risco da atividade econômica – para verificar se há ausência de adequação dessa finalidade com o caso concreto.

## 6 AS NORMAS DE SEGUNDO GRAU QUE ESTIPULAM O MODO DE APLICAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO

A possibilidade de redução equitativa ou teleológica da norma não é extraída da própria regra a ser aplicada. Essa conclusão já se encontra presente, de alguma forma, em Alexy, quando o autor aduz que “um ordenamento jurídico é tão mais rígido quanto mais forte for o caráter *prima facie* de suas regras e quanto mais coisas forem reguladas por meio delas”<sup>30</sup>. Vale dizer, o equacionamento do problema da derrotabilidade

27 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 125.

28 Ibidem, p. 125.

29 Sobre o tema, confira-se a lição de Larenz: “Qualificámos de lacuna ‘oculta’ o caso em que uma regra legal, contra o seu sentido literal, mas de acordo com a teleologia imanente à lei, precisa de uma restrição que não está contida no texto legal. A interpretação de uma tal lacuna efectua-se acrescentando a restrição que é requerida em conformidade com o sentido. Visto que com isso a regra contida na lei, concebida demasiado amplamente segundo o seu sentido literal, se reconduz e é reduzida ao âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação ou a conexão de sentido da lei, falamos de uma ‘redução teleológica’. [...] O âmbito de aplicação da norma umas vezes reduz-se mais do que indica o limite que se infere do sentido literal possível e outras vezes amplia-se. Em ambos os casos, trata-se de uma continuidade de interpretação transcendendo o limite do sentido literal possível. [...] Assim como a justificação da analogia radica no imperativo de justiça de tratar igualmente os casos iguais segundo o ponto de vista valorativo decisivo, também a justificação da redução teleológica radica no imperativo de justiça de tratar desigualmente o que é desigual, quer dizer, de proceder às diferenciações requeridas pela valoração. [...]” LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 555/556.

30 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105. Nota de rodapé.

das regras jurídicas aponta para a análise das normas que revelarão o grau de flexibilidade ou de rigidez do ordenamento jurídico. Esse grau de flexibilidade ou rigidez, aliás, pode variar dentro do ordenamento jurídico, conforme o ramo do Direito.

Nesse aspecto, MacCormick, após formular um conceito de regra jurídica como a norma expressamente articulada por uma pessoa que detenha uma posição de autoridade, indicava que a regra apresenta os seguintes elementos: os fatos operativos (FO), isto é, a situação que pode ocorrer especificada na norma; e a consequência normativa (CN), isto é, aquilo que em tal situação há de se fazer, há de ocorrer ou ao que há de se considerar ser o caso. As regras, para o autor, são classificadas, segundo sua força prática, em: (i) *regras de aplicação absoluta*, aquelas em que sempre e em cada ocasião em que se apresentem os fatos operativos (FO), deve ser seguida inafastavelmente pela consequência normativa (CN), e CN não pode ser realizada exceto quando FO ocorre ou quando se verifica a presença dos fatos operativos de outra regra que ao ser satisfeita prevê CN de maneira independente; (ii) *regras de aplicação estrita*, aquelas que são entendidas e aplicadas sobre a base de que podem ocorrer ocasionalmente circunstâncias relacionadas com os valores que elas protegem de uma maneira tal que esses valores estariam consideravelmente afetados caso se invocasse CN apenas pela presença de FO, razão pela qual é atribuída à pessoa encarregada de aplicá-las certo grau de discricionariedade para fazer exceções ou para preferir a regra em casos especiais ou muito especiais; e (iii) *regras de aplicação discricionária*, aquelas em que se espera de quem decide que considere cada caso à luz de todos os fatores que pareçam pertinentes, dados os valores e fins da atividade relevante, e que decida de acordo com a clara ponderação dos fatores, mas que quando todas as coisas são iguais ou quando a ponderação dos fatores seja demasiado difícil de julgar, se espera que quem decida recorra à regra como um guia mais seguro para decidir. MacCormick situava a discussão quanto à determinação da classe a que uma regra pertencia não no conteúdo das normas de primeiro nível, mas nas normas de segundo nível, que estabelecem os termos da autoridade ou do poder de quem decide<sup>31</sup>. O sentido dessas normas de segundo nível remonta a Hart: as normas primárias são as regras de condutas, isto é, aquelas que proíbem ou impõe determinada conduta sob ameaça de aplicação de uma sanção; já as normas secundárias são as normas de organização, isto é aquelas que “outorgam poderes jurídicos para exarar

31 MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 43-46.

decisões ou legislar (poderes públicos), ou para criar ou modificar relações jurídicas (poderes particulares)<sup>32</sup>.

Seguindo a proposta de MacCormick, impõe-se identificar as normas de segundo grau que outorgam à Agência a autoridade para aplicar a norma de primeiro grau que proíbe às operadoras o exercício de outras atividades além da operação de planos de assistência privada à saúde, para verificar se esta norma deve ser tratada como uma regra de aplicação absoluta, estrita ou discricionária.

Pois bem. O marco regulatório da saúde suplementar atribui à ANS a competência para “fixar as normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º da Lei nº 9.656” (art. 4º, XLI, da Lei 9.961/2000). O art. 34 da Lei 9.656 veicula uma norma sobre o funcionamento das operadoras, mas não excluiu a competência da Agência na matéria, tanto assim que o referido artigo indica que a constituição de pessoas jurídicas independentes exclusivamente para operar planos privados de assistência à saúde deve se dar “na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos”. O legislador, portanto, expressamente reconhece o papel a ser desempenhado pelas normas infralegais na adequação da norma universal do art. 34 da Lei 9.656. Trata-se, portanto, de uma *concorrência normativa*<sup>33</sup> entre o Legislador e a Administração para tratar do tema. Assim, a interpretação sistemática do dispositivo do art. 34 com as demais normas da Lei 9.656 e da Lei 9.961, em que a delegação de função normativa à Agência assume grande relevância, indica que a regra do objeto exclusivo pode ser interpretada, detalhada, esclarecida, suplementada ou mesmo excepcionada, em função de características especiais do caso concreto, pela atuação da Agência, como *órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde* (art. 1º, da Lei nº 9.961).

A regra do objeto exclusivo, portanto, revela-se como uma regra de aplicação estrita, uma vez que deixa aberta à autoridade aplicadora uma margem, ainda que limitada, de discricionariedade para fazer exceções ou para preterir a regra em casos muito especiais, quando a aplicação da regra possa afetar consideravelmente os valores que a própria regra protege. Nessa hipótese, ressaltava MacCormick, deve haver um esforço

32 HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 103-104.

33 Sobre a era da concorrência normativa, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 154.

para assegurar que quem decida tenha uma adequada compreensão dos fatores ou dos tipos de considerações que são apropriadas para guiar o exercício da discricionariedade<sup>34</sup>. Para que esse requisito seja atendido, a Agência Reguladora deve se cercar das informações fáticas e do conhecimento técnico necessário para ponderar as consequências de eventual abrandamento da norma. Assim, o exercício do poder normativo da Agência, que encontra fundamento na necessidade de predomínio, em determinadas áreas, de *escolhas técnicas* sobre as escolhas políticas, a fim de evitar que certas decisões fiquem cristalizadas em lei e se tornem rapidamente obsoletas<sup>35</sup>, também pode se fundar na necessidade de retificação do eventual defeito da lei, decorrente de sua universalidade, ou de redução teleológica de seu âmbito de incidência, em face das peculiaridades reveladas pelo caso em concreto.

Para a superação da regra será exigida uma motivação reforçada, baseada em elementos técnicos ou valorações normativas que demonstrem a inadequação, a desnecessidade ou a desproporcionalidade do cumprimento da regra. Além da ponderação da regra em si em face da nova regra a ser construída será necessário vencer, ainda, a força coercitiva da regra a ser superada, ou seja, a concepção de que as regras devem ser obedecidas<sup>36</sup> ou os princípios formais do ordenamento, tais como o “princípio que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”<sup>37</sup>, assegurando-se, sempre, o tratamento isonômico entre os administrados.

## **7 EXEMPLOS TEÓRICOS DE FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DO OBJETO EXCLUSIVO**

Vejamos alguns exemplos teóricos de situações que demandariam a análise quanto à necessidade de um tratamento excepcional em relação ao cumprimento da regra do objeto exclusivo, com base tanto em considerações de correção equitativa da norma universal ao caso concreto quanto de redução teleológica:

34 MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 47.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 214.

36 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 49.

37 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 138.

- (i) quando uma fundação não obtém a autorização do Ministério Público para a modificação de seu estatuto, para excluir de seus objetivos fins diversos da operação de planos de saúde e se puder verificar que as outras atividades não representam risco para o acompanhamento da situação econômico-financeira da operadora;
- (ii) quando uma associação, operadora por autogestão, desenvolva uma atividade de importância relevante para seus beneficiários, diversa da operação de plano de saúde, que represente um volume insignificante na movimentação econômico-financeira da operadora, hipótese em que se poderia reconhecer a ausência de materialidade da operação e, portanto, de ausência de adequação da regra a seu objetivo;
- (iii) quando uma instituição religiosa, por intermédio de uma associação ou fundação privada que administra um hospital e um plano de assistência privada à saúde, também desempenhe um serviço de relevante valor social, como a administração de cemitério, em um município de pequeno porte, que não tem meios de assumir o serviço público. Nessa hipótese, a administração de cemitério, diferente da administração de hospital, não se enquadra dentre as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde (art. 35-F da Lei 9.656). Assim, a aplicação inflexível da regra do objeto exclusivo resultaria ou no encerramento da operação de planos de saúde, se a instituição não abandonasse a atividade estranha à assistência à saúde, ou na imposição de ônus de constituição de pessoa jurídica exclusivamente para seguir na administração do cemitério. Ainda que a solução pela constituição de outra pessoa jurídica seja possível, as características especialíssimas do caso concreto recomendam a análise ponderada das razões contrárias às razões que demandam o cumprimento da regra, para verificar se o mais adequado seria a dispensa do cumprimento da regra do objeto exclusivo.

## 8 CONCLUSÕES

Das reflexões desenvolvidas no presente trabalho verificou-se que a exigência legal de que as pessoas jurídicas que exerciam outras atividades além da operação de planos de saúde constituam pessoas jurídicas independentes resulta, no âmbito da saúde suplementar, na fixação da regra do objeto exclusivo. A referida norma, que tem estrutura

de regra jurídica, por impor um dever definitivo (ou a regra é cumprida ou não é cumprida), representa uma restrição à liberdade de empresa decorrente da prévia ponderação legislativa entre a livre iniciativa e a defesa do consumidor, como manifestação da função do Estado de fiscalização, regulação e normatização da atividade econômica (art. 170, V e art. 174, ambos da Constituição).

A regra do objeto exclusivo se revela como uma regra de aplicação estrita, uma vez que deixa aberta à autoridade aplicadora uma margem, ainda que limitada, de discricionariedade para fazer exceções ou para preterir a regra em casos muito especiais, com base em considerações de correção equitativa da norma universal ao caso concreto e de redução teleológica da norma. Em função dessa peculiaridade, a Agência Reguladora deve sempre analisar as circunstâncias do caso concreto para ponderar, diante da impossibilidade de atendimento da regra do objeto exclusivo, se a medida mais adequada é a extinção da autorização de funcionamento ou a flexibilização da regra.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

\_\_\_\_\_. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Atlas, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2007.

CRUZ, Helio Jayme Martins Fróes. *Autorização de Funcionamento: importância para o mercado de saúde suplementar*. Dissertação apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, da Fundação Oswaldo Cruz, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Saúde Pública, modalidade Profissional, na área de concentração Regulação em Saúde. 2004.

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

EIZIRIK, Nelson. *Temas de Direito Societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa: comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

MACCORMICK, Neil. *Instituciones del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, associações e entidades de interesse social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e Fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Constitucionalismo Democrático e Governo das Razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012.



# O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA DE DWORKIN DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

*THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE LEGALITY IN THE LIGHT OF  
DWORKIN'S THEORY OF LAW AS INTEGRITY*

*Eduardo Estevão Ferreira Ramalho*

*Procurador Federal*

*Especialista em Defesa da Concorrência pela FGV/SP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Princípio da legalidade: origens; 2 O princípio da legalidade na Constituição e as concepções doutrinárias; 3 O princípio da legalidade na análise de casos concretos; 4 Princípio da legalidade, sistema de regras e positivismo jurídico; 5 Princípio da legalidade e Direito como integridade; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O princípio da legalidade surgiu dentro do movimento constitucionalista moderno para garantir a oponibilidade dos direitos fundamentais da liberdade e propriedade contra o próprio Estado. No Direito Administrativo brasileiro contemporâneo, verifica-se uma tendência de enxergar a submissão da Administração à lei sem dar o devido destaque ao papel que os princípios jurídicos desempenham no momento da aplicação da norma. O trabalho discute esse tema, à luz da filosofia de Dworkin que concebe o Direito como integridade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Princípio da Legalidade. Sistema de Regras *Versus* Sistema de Princípios. Direito como Integridade

**ABSTRACT:** The principle of legality arose within the modern constitutionalist movement to ensure the enforceability of fundamental rights of liberty and property against the state. In contemporary Brazilian Administrative Law, there is a tendency to view the submission of Public Administration to the law without giving due attention to the role that the principles play at the time of application of the standard. The paper discusses this issue in the light of philosophy that Dworkin conceives law as integrity.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Principle of Legality. System of Rules *Versus* Principles System. Law as Integrity.

## INTRODUÇÃO

O operador do Direito que se dedica à aplicação do direito administrativo frequentemente se depara com situações em que é preciso definir qual comportamento ou ação a Administração deve tomar diante de uma determinada situação fática.

Essa tarefa, porém, por vezes, é bastante complexa. Nem sempre é possível subsumir o fato à hipótese de incidência de uma norma jurídica. Assim, em face do aparente silêncio da lei, a questão que se coloca é até que ponto a interpretação e os métodos de integração da ordem jurídica podem ser utilizados pelo exegeta sem que isso importe ofensa ao princípio da legalidade.

É evidente que a resposta a essa indagação depende da interpretação que se faça do próprio conteúdo do princípio da legalidade administrativa no atual paradigma do Estado democrático de Direito.

O propósito do presente artigo é demonstrar, à luz da filosofia de Ronald Dworkin que concebe o direito como integridade, que o princípio da legalidade tem um sentido mais amplo do que a submissão da Administração Pública a um sistema de regras. Buscar-se-á demonstrar, também, que na atualidade a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, principal escopo do princípio da legalidade, não se dá pela edição de regras abstratas e gerais, mas pela aplicação das normas coadunada com os princípios compartilhados na comunidade.

### 1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: ORIGENS

De início, para bem compreender o princípio e a função que desempenha no ordenamento jurídico, uma breve contextualização histórica se faz pertinente.

Sob esse ângulo, verifica-se que as origens do princípio da legalidade se confundem com as do constitucionalismo moderno.

Com efeito, DI PIETRO assinala que “embora a lei tenha desempenhado importante papel desde a antiguidade, o princípio da legalidade, tal qual o entendemos hoje, surgiu com o Estado de Direito, instaurado na segunda etapa do Estado Moderno”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do princípio da legalidade. In: *Direitos Regulatórios: Temas Polêmicos*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2003. p. 38.

O princípio da legalidade é um produto, portanto, do Estado Moderno e de seu respectivo contexto político e econômico.

A partir da Revolução Francesa, que constitui o marco da derrocada do Estado Absolutista, a burguesia passou a deter poder político, o que lhe deu a oportunidade de moldar o Estado de acordo com o ideário liberal. Surge, então, com bastante assertividade, a noção de individualidade juridicamente protegida. Proclamam-se os direitos fundamentais da liberdade e da igualdade (está apenas no plano formal) como direitos inerentes à pessoa humana.

A fim de não permitir retrocesso que conduzisse ao retorno do intervencionismo estatal na esfera da liberdade do indivíduo, fez-se necessário criar limites para o exercício do poder político. Em meio a essa conjuntura, surgem as primeiras constituições modernas que serviram de instrumento, a um só tempo, para consagrar os direitos fundamentais enunciados pela revolução burguesa e para submeter os detentores do poder político a tais direitos. Sobre o tema, MIRANDA anota:

O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade)<sup>2</sup>

Como se vê, o paradigma do Estado de Direito assenta-se na ideia de que é preciso garantir a liberdade dos indivíduos, de modo que, para atingir esse objetivo, impõe-se a submissão de todos, inclusive do próprio Estado, à ordem jurídica.

Mencione-se, ainda, que, nessa época, devido à influência das ideias do Iluminismo, buscava-se um fundamento racional para o Direito e para o exercício do poder coercitivo estatal. As antigas teorias que procuravam justificar a autoridade estatal com base em visões tradicionalistas e teocêntricas, que marcaram o Estado Absolutista, perdem prestígio. A razão humana passa a exercer papel central na legitimação dos discursos, embora a retórica destes estivesse impregnada da ideologia burguesa.

Dentre as novas teorias, alcançou grande aceitação a contratualista de Rousseau. Nela, a lei assume um papel essencial na justificação

---

2 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 47.

da legitimidade da coerção estatal. Segundo Rousseau, a lei, votada diretamente pelo povo reunido em assembleia, seria a expressão da vontade geral. Cumpri-la não seria uma limitação da liberdade, mas sua afirmação, pois, ao obedecer uma lei que ele próprio ajudou a fazer, o cidadão obedece “a uma vontade que é também a sua autêntica vontade, o seu natural desejo de justiça.”<sup>3</sup>

Muito embora o modelo de democracia direta propugnado por Rousseau não tenha se concretizado na experiência constitucional dos Estados ocidentais, uma vez que a soberania popular nesses Estados se exerceu e se exerce por meio de representantes, salvo casos raríssimos, a ideia de que a lei, emanada agora do Parlamento, constitui o principal fundamento racional de legitimidade do Direito exerce influência na retórica jurídica e política até os dias de hoje. Funda-se, assim, em um discurso de dominação racional, conforme classificação weberiana<sup>4</sup>.

CIRNE LIMA, citando CARL SCHMITT, bem sintetiza as consequências que o sentido das ideias burguesas de liberdade acarretaram para o Estado de Direito. Diz o autor:

A primeira é que a esfera de liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto que é limitado o poder do Estado de nela interferir [...]

A segunda é a de que o poder do Estado deve encerrar-se e ser dividido em um sistema de competências bem definidas, de acordo com um princípio de organização [...]<sup>5</sup>.

É interessante notar, no entanto, que em sua concepção original, o sentido do princípio da legalidade era mais restrito. DI PIETRO ressalta que “o objetivo era tão somente o de proteger a liberdade e a propriedade.

3 TESTONI, Saffo. In: BOBBIO, Noberto (Org). *Dicionário de política*. Verbete: Vontade Geral. Disponível em: <[http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG\\_Vontade\\_Geral\\_Rousseau.pdf](http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG_Vontade_Geral_Rousseau.pdf)>.

4 Segundo Weber, a dominação racional “é baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”. In: *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 141. Segundo Weber, a dominação racional “é baseada na crença da legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”. In: *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004. p. 141.

5 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 43.

Tudo o que não dissesse respeito aos direitos dos cidadãos estava fora do alcance do princípio da legalidade, sendo inserido no poder discricionário da Administração Pública. Era discricionariedade vista como poder político, porque não limitada pela lei.”<sup>6</sup>

Segundo a professora paulista, a doutrina da vinculação positiva da Administração à lei, isto é, a de que a Administração somente pode fazer o que a lei permite, é construção posterior que veio a ganhar espaço no paradigma do Estado de Direito Social. Prevaleceu a partir daí o entendimento de que não haveria mais espaço livre de atuação administrativa, uma vez que mesmo a discricionariedade passou a ser encarada como poder jurídico e não mais como poder político <sup>7</sup>.

## 2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA CONSTITUIÇÃO E AS CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

Na ordem jurídica brasileira, são dois os dispositivos constitucionais que dão os contornos do princípio da legalidade administrativa. O primeiro é o art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, que estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O segundo é o art. 37 da Carta Magna, que determina à Administração Pública, direta e indireta de todos os entes federativos, a obediência ao referido princípio.

A partir desse arcabouço normativo, foram elaboradas concepções mais e menos restritivas na doutrina.

Para MELLO, o princípio da legalidade consagra “a ideia de que a Administração Pública somente pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares da lei”. Após endossar a visão de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ de que “a atividade administrativa é a atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”<sup>8</sup>, sentencia: “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize” <sup>9</sup>.

6 DI PIETRO, op. cit., p. 39.

7 DI PIETRO, op. cit., p. 41.

8 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 101.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100-105.

GASPARINI é ainda mais incisivo ao defender a submissão da Administração Pública à lei. Para o autor:

O princípio da legalidade, resumido na proposição suporta a lei que fizeste, significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor [...] seu campo de atuação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo o que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais (grave perturbação da ordem, guerra)<sup>10</sup>.

Nessa linha, segundo JUSTEN FILHO nem mesmo a autorização genérica na Constituição é suficiente para a validade da atividade administrativa, sendo imprescindível uma manifestação concreta e determinada do legislador por meio de uma lei. Com efeito, assinala o autor:

Não se pode substituir o princípio da legalidade pelo princípio da constitucionalidade, porque a atividade administrativa depende, como regra, da existência de uma lei propriamente dita. Ou seja, o princípio da legalidade significa, em grande parte dos casos, a insuficiência da previsão constitucional para a validade da atividade administrativa. A Constituição é o conjunto de normas fundamentais, mas é insuficiente para disciplinar a atividade administrativa.<sup>11</sup>

Como se pode notar, as formulações do princípio da legalidade até aqui expostas salientam uma vinculação bastante acentuada entre a atividade administrativa e a existência de normas jurídicas que regulem por si próprias o modo de sua aplicação. Infere-se que, para tais autores, a atuação da Administração Pública pressupõe a existência de uma norma — que para JUSTEN FILHO normalmente deve ser a lei em sentido formal — com elevado grau de densidade normativa que permita identificar se, quando e como a Administração pode ou deve agir.

Vale registrar, entretanto, que outros doutrinadores conferem uma dimensão um pouco mais larga à legalidade.

10 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 192.

MEIRELES, por exemplo, depois de repetir a fórmula de que na Administração Pública somente é possível fazer o que a lei autoriza, não havendo espaço para a liberdade e vontade pessoal, ressalta que “cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito. A administração deve ser orientada pelos princípios do Direito e da Moral, para que ao legal se ajunte o honesto e o conveniente aos interesses sociais”.<sup>12</sup>

Na mesma senda, MEDAUAR, de forma sintética, ensina que “o princípio da legalidade traduz-se, de modo simples, na seguinte fórmula: a Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Acrescenta, contudo, que “a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito [...] e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional.”<sup>13</sup>

Por fim, DI PIETRO, ao mesmo tempo em que conceitua o princípio da legalidade nos mesmos termos utilizados pela maioria dos doutrinadores, ou seja, no sentido de que a Administração só pode fazer o que a lei permite, identifica a tendência de que no Estado Democrático de Direito há a pretensão de “vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.”<sup>14</sup>

Observa-se, destarte, que embora essas três últimas formulações do princípio da legalidade não se apartem da linha mestra de que a Administração Pública deve seguir a lei, elas conferem, ao menos, uma interpretação mais ampla à legalidade, agregando a seus domínios os princípios jurídicos. E isso traz consequências de grande relevo para a compreensão do próprio princípio da legalidade.

### 3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE NA ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Ao que se depreende das concepções doutrinárias do princípio da legalidade descritas no tópico anterior todas elas tem em comum o fato de afirmarem que a Administração somente pode fazer o que a lei autoriza ou permite. Fora do contexto concretizador, essa orientação sugere que a

12 MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.89-90.

13 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

14 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29.



tarefa de aplicar a lei é simples, como se administrar a coisa pública fosse semelhante a um jogo de tabuleiro em que basta ao jogador consultar as regras que constam de uma bula ou manual para saber exatamente o que pode ou não fazer no jogo. A realidade, no entanto, é bem diferente disso. De fato, uma coisa é dizer, abstratamente, que a Administração somente pode fazer o que lei autoriza. Outra bem diferente e muito mais complexa é dizer se a Lei A ou a Lei B autorizam ou não a Administração a agir em um determinado caso concreto. Para que se chegue a tal conclusão é preciso percorrer um caminho argumentativo que traduza a lei para o contexto em que ela se insere. Em suma, é necessário interpretá-la. A depender do papel reservado aos princípios jurídicos nessa tarefa, os resultados da interpretação podem variar bastante.

Para ilustrar esse dilema, com o qual frequentemente se deparam os operadores do direito em geral, e os advogados públicos dos órgãos consultivos em particular, convém trabalharmos com alguns exemplos concretos, extraídos de nossa experiência profissional.

Suponha-se que uma determinada Agência Reguladora é competente para outorgar, mediante autorização, a um particular a exploração, em regime de livre competição, de determinado serviço inscrito no rol do art. 21 da Constituição Federal. Essa autorização é tida na lei como um ato administrativo vinculado, cabendo ao interessado apenas demonstrar regularidade jurídica, fiscal e idoneidade econômico-financeira, mediante a apresentação de documentos. Acrescente-se que o regime jurídico do serviço prevê a aplicação de penalidade de cassação da autorização para o agente que, descumprindo obrigações de natureza regulatória decorrentes do ato de outorga, pratique infração de natureza grave, impedindo-o de obter nova autorização pelo prazo de 02 anos. Suponha-se que essa cassação seja aplicada em determinado caso concreto e que, em razão disso, a pessoa jurídica infratora fique impedida de receber nova outorga pelo prazo de 02 anos. Alguns dias depois, a Agência recebe um pedido para outorga de autorização. Todos os documentos exigidos pela norma que disciplina a emissão do ato administrativo de outorga instruem o requerimento. Não obstante, ao analisar o estatuto da pessoa jurídica requerente, os servidores da Agência constatam que os sócios são rigorosamente os mesmos da pessoa jurídica que sofreu a aplicação de penalidade de cassação da autorização. Surge então a pergunta: a Administração deve ou não indeferir o requerimento, mesmo tendo sido preenchidos todos os requisitos explicitamente dispostos na lei para a emissão do ato vinculado?

Outro caso também pode retratar bem o dilema. Suponha-se que em um caso, também envolvendo a autorização para exploração em regime competitivo de serviço arrolado no art. 21 da Constituição, o pedido foi deferido, por ter sido apresentada toda a documentação prevista em lei. Posteriormente, chega ao conhecimento do órgão regulador denúncia por parte de uma associação privada, que funciona como longa manus da Agência Reguladora na supervisão do mercado, de que o agente ingressante indicou como endereço de sua sede logradouro fictício e de que há indícios que os sócios dela, pessoas de nível sócio-econômico incompatível com a natureza e complexidade da atividade explorada, são “laranjas” de pessoas conhecidas no mercado por terem deixado dívidas vultosas inadimplidas. Considerando que a autorização foi emitida segundo os requisitos disciplinados na lei de outorga e que não há aparentemente subsunção a nenhuma das hipóteses de cassação, o órgão jurídico recebe uma consulta a respeito da possibilidade jurídica de retirada da autorização.

Certamente, se a análise jurídica for guiada pelo que sugere a doutrina de GASPARINI, no sentido de que a Administração está “presa aos mandamentos da lei”, ou então de BANDEIRA DE MELLO, de que a atividade administrativa consiste na “atividade de subsunção dos fatos da vida real às categorias legais”, a tendência seria dizer que a Administração não teria autorização legal nem para indeferir o pedido no primeiro caso nem para responder afirmativamente a consulta no segundo. Isso porque essas formulações do princípio dão a entender que a atividade administrativa constitui uma execução formal e mecânica da lei. Talvez até estejamos sendo injustos com os doutrinadores citados, porquanto essa pode não ser a ideia que eles têm em mente quando afirmam que a Administração está presa à lei. O termo “lei” é por vezes ambíguo e pode ter sido utilizado ali em outro sentido que não o atinente à literalidade da lei, mas à lei corretamente interpretada dentro do sistema jurídico. De qualquer maneira, o que não se pode negar é que essa doutrina dá margem a que se entenda que a Administração exerce uma atividade silogística, puramente lógico-formal, ao aplicar a lei. E, levando-se em consideração que alguns operadores do direito fazem uso dessa doutrina nesse sentido, é que aqui tomamos a liberdade de assumir hipoteticamente que ela seja tratada com esse significado, muito embora possa não corresponder à interpretação “autêntica” de seus formuladores.

Em síntese, o que se põe em discussão é se a interpretação que se faz do princípio da legalidade como atividade de subsunção dos fatos às categorias legais, ou seja, um sistema de regras, é a que melhor traduz esse princípio no atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

DWORKIN analisou um caso similar aos descritos acima envolvendo a justiça norte-americana. Trata-se do caso *Riggs contra Palmer*, em que um tribunal nova-iorquino teve de decidir se um herdeiro nomeado em testamento de seu avô poderia herdar, mesmo tendo sido o assassino do testador. O herdeiro temia que seu avô, por ter se casado recentemente, viesse a alterar o testamento, deixando-o sem nada. A lei de sucessões de Nova Iorque não dizia explicitamente nada sobre se o herdeiro testamentário poderia ou não herdar em caso de ser o autor do homicídio do testador. Duas linhas argumentativas dividiram o tribunal. O juiz Gray, voto minoritário, defendia que a lei não continha exceções para os assassinos. Por isso seu voto foi favorável ao herdeiro homicida. O voto majoritário, em sentido oposto, foi proferido pelo juiz Earl. Relata DWORKIN que Earl afirmava que na interpretação das leis era preciso levar em conta o contexto histórico e os antecedentes dos princípios gerais de direito. Duas razões foram apresentadas para sustentar essa tese. A primeira era de que seria razoável admitir que os legisladores têm um intenção genérica e difusa de respeitar os princípios tradicionais de justiça, a menos que indiquem claramente o contrário. A segunda era no sentido de que, tendo em vista que uma lei faz parte de um sistema compreensivo mais vasto, o direito como um todo, ela deve ser interpretada de modo a conferir, em princípio, maior coerência a esse sistema<sup>15</sup>.

É interessante notar que tanto o juiz Gray quanto o juiz Earl não discordavam quanto à necessidade de cumprir a lei. A divergência se instaurava justamente sobre o seu conteúdo, sobre o que ela realmente dizia. Aqui vale ressaltar uma distinção que DWORKIN faz sobre os sentidos da palavra lei. Podemos nos referir a ela como o documento no qual estão impressas as palavras nela contidas, por força da aprovação do texto pelos congressistas. Mas “também pode ser usada para descrever o direito criado ao se promulgar o documento, o que pode ser uma questão bem mais complexa.”<sup>16</sup>. O que DWORKIN quer salientar aqui, a nosso juízo, é que há uma diferença significativa entre a lei como entidade física e a lei que é o produto do processo interpretativo levado a efeito pelo operador do direito.

Daí se vê por que entender o princípio da legalidade como submissão da Administração à lei, na realidade, diz muito pouco, pois o trabalho hermenêutico está ainda todo por fazer; sendo necessário interpretar o que é a “verdadeira” lei em cada caso concreto. Nessa tarefa,

15 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson de Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 21.

16 *Ibidem*, p. 21.

será preciso definir se a lei está contida somente naquele texto do diploma legal que, após um teste de adequação prévio, foi reputado pertinente à situação concreta, utilizando-se a técnica da subsunção, ou se o jurista também deve trabalhar com os princípios não contidos explicitamente no texto legal de forma a conferir um significado à lei coerente com todo o conjunto de princípios daquela comunidade jurídica. Em síntese, cumpre investigar se a legalidade dentro do paradigma atual pode ser encarada como um sistema de regras ou como um sistema de princípios.

#### 4 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, SISTEMA DE REGRAS E POSITIVISMO JURÍDICO

Se partirmos da premissa de DWORKIN de que o direito é um “empreendimento interpretativo”<sup>17</sup>, e não uma questão de fato que possa ser sustentada por uma teoria semântica, devemos então admitir que o próprio conceito do princípio da legalidade não é definitivo e imutável. O conceito é uma construção que será tanto melhor quanto maior for sua correspondência às práticas jurídicas de uma dada comunidade de um determinado contexto histórico. É, portanto, na arena argumentativa que devemos atuar para conceber o princípio da legalidade sob sua melhor luz na atualidade, sem perder de vista que toda interpretação é o relato de um propósito.

Feitas essas advertências, voltemos ao ponto de nossa investigação, começando por analisar a consistência da tese que vincula à legalidade a um sistema de regras.

Antes, porém, é de bom alvitre tecer algumas considerações acerca das diferenças entre as normas que veiculam princípios e as que veiculam regras.

A esse respeito, ALEXY ensina que:

el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización [...]. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.<sup>18</sup>

17 DWORKIN, op. cit., p. 113.

18 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87.

Para ALEXY, portanto, as regras seriam normas cogentes e determinantes da conduta, imperativos definitivos, ao passo que os princípios seriam comandos de otimização. Segundo o autor, as regras criam direitos definitivos. Elas regulariam por si próprias sua aplicação, sem necessidade de mediação do intérprete. Por isso, não teria lugar aqui qualquer espécie de argumentação jurídica. Aplicar-se-ia unicamente uma técnica de subsunção que explicaria a incidência da regra<sup>19</sup>.

Os princípios, por sua vez, não seriam imperativos, mas meramente orientadores. A aplicação do princípio demandaria uma argumentação jurídica, a qual se basearia em um “discurso de aplicação de valores morais em processos de decisão pública”<sup>20</sup>. A técnica utilizada nesse caso não seria a de subsunção, mas a de ponderação.

DWORKIN, a seu turno, entende que a distinção entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Para ele, a regra se aplica na base do tudo ou nada, isto é, se ela for válida e os fatos a que ela se refere se concretizam a consequência que ela estipula deve ser aceita; se não for válida em nada contribui para a decisão<sup>21</sup>.

Já os princípios na concepção dworkiana não se destinam a estabelecer condições que tornam a aplicação necessária. Mesmo aqueles que mais se aproximam das regras “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.” Eles apenas enunciam “uma razão que conduz o argumento em uma certa direção mas [que ainda sim] necessita uma decisão particular.”<sup>22</sup> DWORKIN propugna, ademais, que “os princípios tem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso e importância”. Quando os princípios se sobrepõem aquele que prevalece tem de “levar em conta a força relativa de cada um”<sup>23</sup>.

Em face das mencionadas lições doutrinárias, o que se infere é que as regras são normas dotadas de maior grau de densidade normativa, por conterem em si mesmas a decisão a ser tomada quando o suposto fático,

19 Cf. AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>>. p. 3-6.

20 Ibidem. 10.

21 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson de Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

22 DWORKIN, op. cit., 40-41.

23 DWORKIN, op. cit., p. 42.

nelas previsto abstratamente, se concretiza. Os princípios possuem características diferentes. Eles apenas fornecem razões, argumentos para que o intérprete se incline a decidir em um determinado sentido.

Segundo DWORKIN, a ideia de que o direito constitui um sistema de regras é atraente especialmente para o positivismo. Com efeito, o jusfilósofo anglo-saxão demonstra que os pilares das teorias positivistas ora repousam sobre o estabelecimento de regras de reconhecimento que permitam aferir a validade de outras regras e ora sobre a afirmação de que o direito é correspondente, coextensivo ao sistema de regras, de modo que na eventualidade de não haver claramente regra que discipline determinada situação fática, a decisão deve ser obtida além das fronteiras do direito.<sup>24</sup>

Aponta como razão principal dessa tendência, o fato de que “a educação jurídica consiste, desde longa data, em ensinar e examinar aquelas regras estabelecidas que formam a parte mais importante do direito”.<sup>25</sup>

A nosso tino, a explicação para esse fenômeno possui outras causas. Dado que o positivismo tem a pretensão de elaborar uma teoria dita “científica” ou, se preferirmos a nomenclatura de DWORKIN, semântica, do Direito, os positivistas têm o vezo de buscar aprisionar o jurídico dentro de fórmulas matemáticas, de relações de causalidade, de silogismos lógicos próprios das ciências da natureza. Sob esse prisma, o direito assume feição de mera questão de fato. Isso se deve precipuamente ao desejo de tornar o resultado da atividade jurídica mais previsível e seguro, além de permitir maior controle por parte dos destinatários. Segue daí que os princípios, por inserirem um elemento importante de incerteza no objeto, já que não permitem a formação de um juízo a priori — isto é, antes da confrontação com os fatos e no contexto em que se tem de aplicá-los — sobre a decisão que deve ser tomada no caso concreto, são considerados perniciosos para o método que o positivista entende correto para analisar o Direito.

Essa sensação aparente de certeza e previsibilidade parece ser bastante persuasiva para algumas concepções conservadoras do Direito Administrativo. De fato, esse ramo do Direito nasceu no contexto do paradigma do Estado de Direito, forte na ideia de que sua função era conter dentro de balizas jurídicas bem definidas o poder do Executivo

24 DWORKIN, op. cit., p. 28.

25 DWORKIN, op. cit., p. 62.

<sup>26</sup>. Naturalmente, essa contenção será tanto mais eficaz quanto menor for o espaço para que o administrador argumente em favor de uma ou de outra decisão. Pretende-se, assim, substituir, na medida do possível, o juízo — tachado de “subjetivo” — do administrador, pelo juízo abstrato pré-definido na lei, tido como impessoal e imparcial. Esse propósito fica bem retratado na seguinte passagem da doutrina de MELLO acerca do princípio da legalidade:

Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo — que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social —, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.<sup>27</sup>

Esse fundamento de contenção dos poderes do administrador é que aproxima a concepção do princípio da legalidade de grande parcela da doutrina do direito administrativo a um sistema de regras.

## 5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DIREITO COMO INTEGRIDADE

A visão de que é a norma abstrata e geral que garante a certeza e previsibilidade da atuação da Administração Pública, leva-nos a questionar se essa é realmente melhor leitura que se deve fazer do princípio da legalidade nos dias atuais, em que se vive o paradigma do Estado Democrático de Direito?

A nosso sentir não.

Em primeiro lugar, a pretensão de, pela técnica da subsunção, própria das regras, confinar a aplicação do Direito nos estritos limites da cognição puramente lógico-formal é uma ilusão. O próprio KELSEN, tido como um dos grandes expoentes do positivismo, já havia se apercebido disso em sua Teoria Pura do Direito, conforme se observa da seguinte passagem da obra, *verbis*:

<sup>26</sup> Nesse sentido, MARTINS assinala que “as sociedades liberais do século XIX procuraram restringir, legalmente (norma geral e abstrata), a ação do Estado de maneira a garantir a liberdade (autonomia) individual de seus cidadãos, especialmente aqueles detentores de posses, tidos como os representantes da “melhor sociedade” (In: MARTINS, ARGEMIRO. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/503/mod\\_folder/content/11/Textos%20complementares/1%20A%20NO%20C3%87%20C3%83O%20DE%20ADMINISTRA%20C3%87%20C3%83O%20P%20C3%89ABLICA%20E%20OS%20CRIT%20C3%89RIOS%20DE%20SUA%20ATUA%20C3%87%20C3%83O%20A%20Argemiro%20Martins.pdf?forcedownload=1](http://moodle.cead.unb.br/agu/pluginfile.php/503/mod_folder/content/11/Textos%20complementares/1%20A%20NO%20C3%87%20C3%83O%20DE%20ADMINISTRA%20C3%87%20C3%83O%20P%20C3%89ABLICA%20E%20OS%20CRIT%20C3%89RIOS%20DE%20SUA%20ATUA%20C3%87%20C3%83O%20A%20Argemiro%20Martins.pdf?forcedownload=1)>. Acesso em: 10 out. 2013.

<sup>27</sup> MELLO, op. cit., p. 100.

[...] todo o ato jurídico em que o Direito é aplicado, quer seja um ato de criação jurídica quer seja um ato de pura execução, é, em parte, determinado pelo Direito e, em parte, indeterminado.

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.<sup>28</sup>

Percebe-se que o jurista austríaco reconhece que, para aplicar o Direito, ainda que seja um simples ato de pura execução, é necessário interpretá-lo, o que impõe a realização escolhas dentro de um determinado universo. O direito somente seria capaz, quando muito, de fixar esse universo, por ele denominado de moldura. Disso decorre que não há como se ter uma interpretação puramente objetiva, que dispense a atribuição de sentido que é dada pelo intérprete. É ilusório, destarte, pretender que a aplicação do Direito seja um ato neutro, “impessoal”. Mesmo que se queira submeter, a partir de uma determinada concepção do princípio da legalidade, a Administração a um sistema de regras, em que os princípios jurídicos estejam excluídos, a regra abstrata e geral, por si só, não é capaz de afastar por completo os juízos que o administrador tem que fazer para interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto. E nem deve ser assim, porque, justamente nesse momento, em que “verdadeira” lei se revela após a interpretação, é que a correção e coerência do sistema pode ser garantida. A propósito, são oportunas as palavras de CARVALHO NETTO e SCOTTI:

Na modernidade, a edição de normas gerais, hoje sabemos bem, não elimina o problema do Direito, tal como ansiado nos dois paradigmas anteriores e neles vivencialmente negado, mas, pelo contrário, o inaugura. O problema do Direito moderno, agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento consistente do desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação, sempre única e irrepetível, por definição.<sup>29</sup>

28 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 246-247.

29 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Texto-Base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”* p. 3. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito



Em segundo lugar, não há nenhuma boa razão para que, nos dias atuais, não se atribua juridicidade aos princípios, mesmos àqueles implícitos no ordenamento jurídico. Os princípios não constituem normas de simples valor moral que apenas eventualmente podem servir de apoio aos intérpretes para embasarem decisões jurídicas, como parece ser a posição de ALEXY. Se eles são, como defende MELLO<sup>30</sup>, mandamentos nucleares de um sistema, devem constituir o fundamento primeiro a ser levado em conta na compreensão de qualquer instituto ou regra jurídica. Com bem anota AZEVEDO: “por mais simples que sejam, as regras também têm aplicação principiológica.”<sup>31</sup> Os princípios, portanto, devem tomar parte no processo de aplicação do Direito em geral, de forma a garantir a unidade e coerência do ordenamento visto como um todo.

Não há como negar que os princípios de Direito permeiam as normas e as decisões jurídicas, especialmente nos dias atuais em que se dá uma conotação material mais incisiva ao princípio da supremacia da Constituição, de modo a extrair efetiva força normativa de suas disposições, em grande parte de cunho essencialmente principiológico.

Devido à imersão dos princípios no discurso jurídico atual é que somos levados mesmo instintivamente a resistir a uma interpretação mecânica da lei que venha a contrariar frontalmente um princípio de Direito compartilhado na comunidade. Os casos concretos descritos anteriormente são uma boa amostra disso. Tome-se o primeiro exemplo citado em linhas precedentes, relativo ao pedido de autorização formulado por pessoa jurídica formada por sócios que integravam, nessa qualidade, outra pessoa jurídica que sofrera a cassação da autorização. Permitir que alguém se utilize da personalidade jurídica de uma nova sociedade para escapar dos efeitos de penalidade aplicada a uma antiga seria o mesmo que compactuar com uma fraude. Embora a lei que discipline a autorização e as demais leis administrativas se omitam quanto a essa situação, não prevendo a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para a hipótese, o exegeta é levado, pelas circunstâncias do caso, a interpretar a lei de modo coerente com o princípio de que ninguém deve se beneficiar de sua própria torpeza, que fundamenta diversos dispositivos legais e compõe o pano de fundo argumentativo de diferentes decisões judiciais.

---

Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 15 de junho de 2013. p.4.

30 MELLO, op. cit., p. 53.

31 AZEVEDO, op. cit., p. 34.

Perceba-se que não se está a falar da interpretação de uma lei obscura ou ambígua. O ato administrativo era considerado vinculado e todos os requisitos explicitamente previstos na norma estavam preenchidos. Todavia, aplicar a lei sem contextualizá-la, nesse caso, significaria prestigiar uma pretensão abusiva do administrado. Daí porque se faz sentir a necessidade de atribuir-lhe um sentido que lhe dê coerência com o ordenamento como um todo. Desse modo, a “verdadeira” lei, devidamente interpretada dentro de seu contexto, aconselha no caso concreto o indeferimento do pedido de emissão da outorga em benefício da pessoa jurídica formada pelos sócios daquela que sofrera a penalidade.

O princípio da legalidade, segundo essa perspectiva, melhor se amolda à concepção de DWORKIN de Direito como integridade. De acordo com tal concepção, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>32</sup>. Nessa esteira, DWORKIN defende que a compreensão do que é o Direito, isto é, do que ele permite ou exige é uma atividade auto-reflexiva. Somente pela dialética dos argumentos dentro da própria prática jurídica é que se pode alcançar a verdade sobre as proposições acerca do que é o direito em cada caso concreto. Confirma-se o que autor diz a respeito:

A prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste em grande parte em mobilizar e discutir essas proposições.<sup>33</sup>

Para DWORKIN, portanto, é por meio do exercício hermenêutico que combina elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro que é possível atribuir um sentido para as proposições envolvendo o Direito.

Em suma, tem-se que na atualidade o princípio da legalidade administrativa ainda exerce um papel de grande relevo na garantia de direitos fundamentais. Tal desiderato, porém, não é alcançado por meio de edição de regras gerais e abstratas. Somente a aplicação da norma,

32 DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 272.

33 DWORKIN, op. cit., p. 17.

devidamente interpretada em um procedimento discursivo que pressupõe a coerência interna de uma comunidade de princípios, é capaz de garantir o reconhecimento dos direitos individuais em seu verdadeiro conteúdo. Rechaçam-se, destarte, as interpretações da lei que recorrem ao simples argumento da validade formal ou de autoridade para sustentar decisões contrárias aos princípios de Direito. Na feliz síntese de AZEVEDO “o Direito como integridade significa que o direito é uno e por conseqüência todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de maneira a manter a coerência interna que lhe garanta unidade”<sup>34</sup>

## 6 CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir que o princípio da legalidade é um pilar do Estado de Direito, garantindo ao indivíduo uma esfera juridicamente protegida contra a ação do próprio Estado.

Foi concebido na segunda fase do Estado moderno para proteger os direitos fundamentais de liberdade e propriedade defendidos pela burguesia que havia ascendido ao poder com a derrocada do Estado Absolutista.

No Direito Administrativo brasileiro, algumas concepções doutrinárias sugerem que o princípio da legalidade corresponde a um sistema de regras.

Entendemos, no entanto, que essa visão omite a importância dos princípios jurídicos, pois estes fazem parte do Direito e mesmo as regras devem ter aplicação principiológica.

A proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, principal propósito do princípio da legalidade, não pode ser alcançada a priori por meio de edição de regras gerais e abstratas. Somente a partir da aplicação da norma, devidamente interpretada em um procedimento discursivo que pressupõe a coerência interna de uma comunidade de princípios, é que se pode assegurar em concreto o reconhecimento dos direitos individuais em seu verdadeiro conteúdo.

O princípio da legalidade, nesse contexto, deve ser aplicado à luz da concepção dworkiana do Direito como integridade.

---

<sup>34</sup> DWORKIN, op. cit., p. 23.

**REFERÊNCIAS**

- ALEX Y, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=275>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Texto-Base 5: Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/resource/view.php?id=276>>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do princípio da legalidade. In: *Direitos Regulatórios: Temas Polêmicos*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Coord.). Belo Horizonte: Forum, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Carmago, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Forum, 2010.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- TESTONI, Saffò. In: BOBBIO, Noberto (Org). *Dicionário de política*. Verbete: Vontade Geral. Disponível em: <[http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG\\_Vontade\\_Geral\\_Rousseau.pdf](http://www.facha.edu.br/biblioteca/dmdocuments/MG_Vontade_Geral_Rousseau.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2013.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

**PROPORCIONALIDADE E O PRINCÍPIO  
FORMAL DA COMPETÊNCIA DECISÓRIA  
DO LEGISLADOR: EQUÍVOCOS NO  
CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS  
NORMATIVOS**

*PROPORTIONALITY AND FORMAL PRINCIPLE OF THE OPERATIVE  
COMPETENCE OF THE LEGISLATOR  
MISTAKES IN JUDICIAL REVIEW OF LEGISLATIVE ACTS*

*Fábio Rodrigo Victorino  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução do novo constitucionalismo; 1.2 Campo filosófico; 1.3 Campo teórico; 2 Princípio da proporcionalidade; 3 Princípios formais; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A grande ênfase dada à teoria dos princípios elaborada pelo alemão Robert Alexy trouxe consigo uma série de críticas, sobretudo, sobre o modelo de princípios como mandamentos de otimização que, na concepção de alguns autores, coloca em risco a separação de poderes e dá ênfase ao papel do judiciário em detrimento ao do legislador. Em comum, as duas atuações têm o instrumento para resolver o embate entre princípios: o princípio da proporcionalidade. As críticas feitas, no entanto, não deixam de ter razão desde que ignoradas as demais premissas da teoria de Alexy. Dentre estas, a figura do princípio formal da competência decisória do legislador ganha peculiar relevo na medida em que impede, ou, quando menos, limita a intervenção judicial em decisões importantes tomadas pelo legislador democraticamente eleito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria dos Princípios e Proporcionalidade. Princípio Formal da Competência Decisória do Legislador. Separação de Poderes.

**ABSTRACT:** The great emphasis given to the principle theory elaborated by Robert Alexy brought a series of critics, mainly about the models of principles as commandments of optimization that, in some author's conceptions puts in risk the powers separation and gives emphasis to the function of the judicial in detriment to the legislator. Both performances have in common the instrument to solve the shock between principles: the principle of proportionality. However the critics made do not have reason provided that the other assumptions from Alexy's theory are ignored. Among these, the figure of the formal principle of the operative competence of the legislator gain peculiar relief as the prevents, or when less, limits the judicial intervention in important decisions made by the legislator elected democratically.

**KEYWORDS:** Principle Theory and Proportionality. Formal Principle of the Operative Competence of the Legislator. Separation of Powers.

## INTRODUÇÃO

O chamado princípio da proporcionalidade tem ganhado cada vez mais importância, sobretudo, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação tem como pano de fundo – direta ou indiretamente – o embate entre princípios constitucionais opostos.

A relevância do debate ora proposto reside no abandono de alguns conceitos teóricos em prol de uma busca implacável pela solução de determinado caso concreto ou na aceitação intemperada de teorias, como a chamada *teoria dos princípios* de Robert Alexy.

Porém, mais do que a exposição de impropriedades metodológicas com pouca utilidade prática, busca-se elucidar os *reflexos* de tais conceitos nas decisões tomadas pelo judiciário, em especial naquelas em que se aumenta o estado de tensão com o legislador.

Nesse contexto, temas como a evolução do novo constitucionalismo (tópico 2), sob o enfoque político (2.1), filosófico (2.2) e, sobretudo, teórico (2.3), junta-se ao princípio da proporcionalidade propriamente dito (tópico 3) para darem estrutura ao presente trabalho, cujo desfecho vem com os chamados *princípios formais*, conforme tese levantada por Alexy<sup>1</sup> na Alemanha e difundida no Brasil por Virgílio Afonso da Silva<sup>2</sup>.

## 1 EVOLUÇÃO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO

Um ordenamento é o que é a partir das bases históricas que o formaram. No constitucionalismo tal premissa é ainda mais exaltada devido a sua íntima relação com a ciência política. Afirma-se frequentemente que a eficácia de uma constituição está estritamente vinculada com sua realidade histórica<sup>3</sup>, sendo que, de um lado, os valores do passado orientam a busca do futuro e, do outro, as exigências do futuro obrigam uma contínua pontualização do patrimônio constitucional que vem do passado.<sup>4</sup>

1 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100.

2 SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 145. Cf., do mesmo Autor, *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 148.

3 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991. p. 24.

4 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005. p. 91.

No chamado novo constitucionalismo, o principal fato histórico que ditou boa parte do seu semblante, sem dúvida, foi a Segunda Guerra Mundial, cujos resultados nefastos para humanidade puseram em ruína os ideais positivistas da época e exaltaram o poder da constituição. Criou-se o que os alemães chamam de “virada kantiana” (*kantische Wende*), reaproximando ética e direito e exigindo fontes distintas da legislativa.<sup>5</sup>

Nesse contexto, os direitos fundamentais ganham proporção incomensurável nas sociedades contemporâneas.

É que a expansão de tais direitos se dá justamente diante de uma experiência histórica de desrespeito extremo em que a crença de que sua inserção nas chamadas *declarações universais* servirá de freio a esse fenômeno.<sup>6</sup>

Em geral, porém, para justificar a evolução do novo constitucionalismo, três campos são invocados: político, filosófico e teórico.<sup>7</sup> A ênfase, todavia, é na teoria do direito.

## 1.1 CAMPO POLÍTICO

No campo da política, pode-se apontar a relativização do conceito de soberania como principal fator da consagração das chamadas sociedades pluralistas e, por consequência, desse novo modo de pensar direito constitucional.

O conceito clássico de *soberania interna*, encarada como a imposição de um poder absoluto nas relações estatais singulares formadas com seus integrantes<sup>8</sup>, aos poucos, foi sendo abandonado até chegar ao que hoje se conhece como a supremacia das *constituições sem soberano*, cujo objetivo principal é a não prevalência de um só valor ou de um só princípio,

5 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003. p. 74.

6 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 50.

7 Cf., a propósito, VICTORINO, Fábio Rodrigo. “Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais”. *Revista CEJ*, v. 11 n. 39, out./dez. 2007. p. 10-21.

8 Cf., a propósito, JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000. p. 405; MALBERG, Carré R. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2001. p. 82; PAUPERIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 15.



senão a salvaguarda de vários simultaneamente através de decisões que promovam sua *concordância prática* (*praktischer Konkordanz*).<sup>9</sup>

As palavras do italiano Gustavo Zagrebelsky, nesse contexto, são de grande valia na medida em que introduzem os importantes conceitos de *ductibilidade constitucional*, *sociedade pluralista* e *pensamento do possível*:

As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma.<sup>10</sup>

E conclui:

No tempo presente, parece dominar a aspiração a algo que é conceitualmente impossível, porém altamente desejável na prática: a não-prevalência de um só valor e de um só princípio, senão a salvaguarda de vários simultaneamente. O imperativo teórico da não-contradição – válido para a *scientia juris* – não deveria obstaculizar a atividade própria da *jurisprudencia* de intentar realizar positivamente a ‘concordância prática’ das diversidades, e inclusive das contradições que, ainda que assim se apresentem na teoria, nem por isso deixam de ser desejáveis na prática. ‘Positivamente’: não, portanto mediante a simples amputação de potencialidades constitucionais, senão principalmente mediante prudentes soluções acumulativas, combinatórias, compensatórias, que conduzam os princípios constitucionais a um desenvolvimento conjunto e não a um declínio conjunto.<sup>11</sup>

A partir da ideia de um direito constitucional dúctil (maleável, adaptável) nasce o chamado *pensamento do possível*, cuja aplicação no Supremo Tribunal Federal vem capitaneada pelo Ministro Gilmar

9 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988. p. 26.

10 ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*: Ley, derechos, justicia. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003. p. 13.

11 Idem, p. 16.

Mendes<sup>12</sup>, que põe em prática ideias de autores como o próprio Zagrebelsky<sup>13</sup>, Peter Häberle<sup>14</sup> e Eduardo García de Enterría<sup>15</sup>.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes:

O pensamento do possível é o pensamento em alternativas. Deve estar aberto para terceiras ou quartas possibilidades, assim como para compromissos. Pensamento do possível é pensamento indagativo (fragendes Denken). Na *res publica*, existe um, *ethos*, jurídico específico do pensamento em alternativas, que contempla a realidade e a necessidade, sem deixar dominar por elas. O pensamento do possível ou o pensamento pluralista de alternativas abre suas perspectivas para “novas” realidades, para o fato de que a realidade de hoje pode corrigir a de ontem, especialmente a adaptação às necessidades do tempo de uma visão normativa, sem que se considere o novo como o melhor.<sup>16</sup>

Para o tema geral do presente trabalho, tais ideias ajudam a entender o pano de fundo teórico utilizado pelo judiciário – em especial o STF – para legitimar algumas decisões que invadem a competência do legislador nos casos em que há um sopesamento abstrato de princípios constitucionais, ocasionando, muitas vezes, uma regra que, na teoria, deveria ser aplicada por subsunção.

## 1.2 CAMPO FILOSÓFICO

No campo filosófico, essa tendência constitucionalista também é justificada a partir do desenvolvimento e da superação dos ideais jusnaturalistas e juspositivistas.

12 A propósito v. STF, *Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4/DF*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Direito Público, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 159-69. Sobre esse caso em específico, veja-se: MENDES, Gilmar Ferreira. “A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4)”. Revista do Advogado, n. 73, São Paulo: AASP, 2003, p. 74-81.

13 ZAGREBELSKY, op. cit., p. 17.

14 HÄBERLE, Peter. Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento possibilista. In: \_\_\_\_\_. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002. p. 59 e s.

15 ENTERRÍA, Eduardo García. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 101.

16 STF, *Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4*, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, Direito Público, n. 2, Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 162.

Em suma, o jusnaturalismo pregava a presença metafísica de direitos naturais absolutos, perfeitos e imutáveis próprios da natureza humana e de origem divina que, nessa condição, estavam alheios à vontade de qualquer governante. O tom era ditado pelo *Fragmento 114* de Heráclito: “as leis humanas se alimentam todas de uma lei una, a divina; pois essa domina tanto quanto quer e dá princípio a todas e as excede”.<sup>17</sup> É daí que retiramos o chamado jusnaturalismo subjetivista.

Renovados por Santo Agostinho e Santo Tomás de Aquino durante a idade média e já com contornos teóricos delimitados por Hugo Grócio, os jusnaturalistas passaram a acreditar que o direito natural não era *imposto* e *compulsório* como uma lei humana. Ou seja: sua concretização deveria passar pelas mãos do legislador. Nessa fase, nasceu o jusnaturalismo católico-cristão, marcado por um alto grau de objetivismo aonde a posição do homem vinha perfilada pela criação, acatada como verdadeira e boa e, portanto, obrigatória.

Nesse período, Locke e Rousseau são citados como os grandes responsáveis pela *positivação do direito natural* através dos grandes Códigos Jusnaturalistas (v.g. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e Código Civil Francês, também chamado de Código de Napoleão).<sup>18</sup>

Pouco a pouco a superação do jusnaturalismo foi cunhada justamente pelo extremo apego à intervenção do homem e ao direito positivado, ainda que rotulado de direito natural.

Nascia, pois, o positivismo jurídico, cujas pretensões eram gananciosas: reduzir o direito ao método positivo das ciências, resumindo-o a leis invariáveis e independentes da ação humana.

Daí a ideia de *direito puro* (pureza metodológica) difundida principalmente por Hans Kelsen<sup>19</sup>: é mister afastar tudo que seja meta ou extrajurídico, mantendo qualquer consideração não-normativa em terreno alienígena. Inclusos nessa restrição estão os juízos de valor relacionados ao conteúdo da norma jurídica.

17 ÉFESO, Heráclito de. *Coleção Os Pensadores*. v. I, São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 96.

18 Cf., nesse sentido, BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1, 7. ed. Brasília: UnB, 1995. p. 658-9 e BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. RTDP 29/42-3.

19 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. passim.

Com a evolução teórica do positivismo dada principalmente por Norberto Bobbio<sup>20</sup>, os positivistas iniciaram o século XX com a sensação de que o saber jurídico finalmente encontrara seu status ideal, resumindo-se à verificação de pressupostos lógico-formais de vigência, sem quaisquer juízos de valor acerca do *dever ser*. Enfim teríamos uma ciência dotada de objetividade e neutralidade.

Seu grande pecado, porém, foi confundir os conceitos de uma *teoria* (atitude puramente *cognoscitiva*, ou seja, de conhecimento, dotada de juízos unicamente de fato) e uma *ideologia* (formada também por juízos de valores). Com isso o direito positivo não se limitou a um modo de *entender direito* (como se designaria uma teoria), mas sim de *querer o direito* (típica ideologia).<sup>21</sup>

A frase de Hermann Goering enquanto aguardava seu julgamento em Nuremberg é digna de nota: “Havia dois grupos. Um defendia a teoria de que o partido deveria governar o Estado. O segundo achava que o Estado deveria controlar o partido. Eu era a favor da segunda idéia”.<sup>22</sup>

Os resultados todos nós sabemos: sob o manto de proteção das leis da época, os nazistas deram à humanidade um dos seus piores momentos, rebaixando os direitos fundamentais à função figurante de *lírica constitucional* (*Verfassungslýrik*), na expressão de Robert Alexy.<sup>23</sup>

A partir desse cenário, viu-se diante da necessidade um novo modo de pensar, dessa vez sem um fundamento natural ou divino dos jusnaturalistas ou o rigorismo formal dos positivistas.

A saída encontrada deu o tom da atual conjuntura: o direito em geral, e o direito constitucional em especial, deveriam ser encarados a partir de uma dimensão valorativa, buscando outras fontes racionais além da legislativa. A constituição é elevada ao centro do sistema e os direitos fundamentais ganham peculiar primazia, formando o que se chama de Estado de Direito Material.<sup>24</sup>

20 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995. passim.

21 Cf., sobre o tema, BOBBIO, op. cit., p. 223-4; BARROSO, op. cit., p. 45.

22 GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 147.

23 ALEXY, Robert. *Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*, in: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005. p. 33.

24 Estado de Direito (Rechtsstaat) nasceu a partir da superação do Estado de Polícia. Ao longo da história há duas concepções: Estado de Direito formal e material. O primeiro, preponderante durante a República

### 1.3 CAMPO TEÓRICO

É no campo teórico que os avanços do novo constitucionalismo mais refletem.

A superação do método subsuntivo deu lugar à ponderação de interesses, estruturada pelo princípio da proporcionalidade e operacionalizada com a divisão do gênero norma jurídica em princípios e regras.

Sobre esse último aspecto, é preciso esclarecer: regras são mandamentos prescritíveis aplicadas mediante subsunção. Dados os fatos regulamentados por uma regra, ou ela é considerada válida, incidindo pelo sistema *tudo-ou-nada* (*all or nothing*)<sup>25</sup>, ou é considerada inválida, sendo afastada do ordenamento. O conflito entre duas regras é solucionado pelos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.<sup>26</sup> Já os princípios, possuem alta carga valorativa a ser otimizada diante do caso concreto. Por isso, são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.<sup>27</sup> Eventual conflito entre princípios é resolvido através da regra da proporcionalidade e seus três subelementos: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*).<sup>28</sup>

---

de Weimar, tinha como característica o *império da lei*, atribuindo livre arbítrio ao legislador que atuava, inclusive, em detrimento da constituição. Tinha natureza eminentemente burguesa, já que confirma a distribuição de bens, ao invés de transformá-la, conforme importante observação feita por Böckenförde (BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 31). Sobre as bases desse estado, destaca-se a obra de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996, p. 137 s.). Já o Estado de Direito material põe na constituição, nos direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana suas pilastras. Canotilho assenta que o Estado é de Direito quando (i) está sujeito ao direito; (ii) atua através do direito e (iii) legisla informado pela “idéia de direito” (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 49).

25 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 (a primeira edição original Talking Rights Seriously é de 1977).

26 BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 92.

27 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 76. Do Autor, vide ainda: *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 162 e s.; *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 107 e s.; e, respondendo a críticas, Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004. p. 13 e s. Para uma visão crítica, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. passim.

28 Cf. PIEROTH; SCHLINK, Grundrechte Staatsrecht II, 22. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006. p. 66-7 e PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, passim.

A interpretação do direito em geral – e do direito constitucional em especial – toma novos rumos também.

Ao lado dos tradicionais métodos de interpretação jurídica (gramatical, lógico, sistemático e histórico)<sup>29</sup> elaborados há muito por Savigni<sup>30</sup>, surgem os métodos e princípios de interpretação constitucional.

Fala-se em uma interpretação constitucional *aberta* com relação aos seus destinatários<sup>31</sup>, acrescentando-se ao processo interpretativo elementos como os *pré-juízos* carregados pelo intérprete<sup>32</sup>, os fatos ou a realidade fática envolvida no caso em questão e as consequências da decisão a ser tomada. Teorias como a tópica de Theodor Viehweg<sup>33</sup>, a metódica estruturante de Friedrich Müller<sup>34</sup> ou a teoria da argumentação

29 No método gramatical, a interpretação é pautada pelos elementos gramaticais da norma, ou seja, o significado semântico das palavras que a formam. O método de interpretação lógico tem como principal ratio a busca pelo espírito da lei, considerando-a em conjunto com todo o ordenamento e usando dos princípios científicos da lógica. O método de interpretação denominado histórico, por sua vez, busca analisar as normas através dos atos que precedem sua promulgação, tais como as discussões que rodearam sua elaboração, os anseios que vieram a satisfazer na época, as necessidades sociais, entre outros. O método sistemático busca o significado da norma, considerando o contexto normativo em que ela foi inserida e a relacionando diretamente com todo o sistema. Cf., sobre o tema, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, passim.

30 SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2002.

31 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2002. p. 13-4 e passim.

32 Formando a chamada filosofia da interpretação, duas figuras que não vieram da área jurídica merecem destaque: Martin Heidegger (principalmente em “Ser e Tempo”) e de Hans-Georg Gadamer (mais especificamente em “Verdade e Método”). Gadamer defendia que o ato de interpretar começa sempre com conceitos prévios (pré-compreensão), que são substituídos paulatinamente por outros com maior grau de adequação (pré-juízos), formando-se um círculo hermenêutico. Nas palavras do Autor: “uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem neutralidade com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação *que se destaca destes*” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997. p. 405).

33 VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979 (A primeira edição *Topik und Jurisprudenz* é de 1953).

34 De acordo com o pensamento de Müller a norma jurídica é constituída de um *programa normativo* (designa a soma dos dados lingüísticos normativamente pertinentes extraídos do texto da norma) – construído do ponto de vista interpretativo –, e do *âmbito normativo* (se configura pela coordenação dos elementos factuais estruturantes que são extraídos da realidade social com a perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma), construído pela intermediação lingüística dos dados do mundo real. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, *passim*. No Brasil, v. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39 e s. Sobre a teoria estruturante no caso dos direitos fundamentais, v. “Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem”, in *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1994. p. 540

jurídica<sup>35</sup> conquistam cada vez mais espaço, embora quase sempre não sejam compatíveis entre si.

Já os princípios de interpretação constitucional foram sistematizados na Alemanha por Konrad Hesse<sup>36</sup> e divulgados em Portugal por Canotilho<sup>37</sup>. No Brasil sua aceitação é tamanha<sup>38</sup> que Virgílio Afonso da Silva pontuou com maestria as impropriedades de sua generalização, chegando a um típico caso de sincretismo metodológico.<sup>39</sup>

São eles: unidade da constituição, efeito integrador, máxima efetividade, justeza ou conformidade funcional, concordância prática, força normativa e interpretação conforme a constituição.

Outra questão com importante aplicação prática é a distinção entre texto (escrito nas mais variadas fontes normativas) e norma (nem sempre escritas), com ampla aceitação na doutrina nacional e alienígena.<sup>40</sup>

---

e s. Evitando eventuais imprecisões dogmáticas, a teoria de Müller em momento algum se aproxima das teorias de Heidegger e Gadamer. Ao contrário do que afirmam alguns autores, o Autor alemão rechaça ambas as teorias interpretativas. A citação aqui só ilustra uma linha evolutiva.

- 35 ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001; PERELMAN, Chain. *Tratado da Argumentação*. A nova retórica. 6. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005; ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.
- 36 HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 70 e s.
- 37 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223-6.
- 38 *V. g.*, dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151-246; BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 170-7; PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 105-8; DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004. p. 261-7; PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 141-3; MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 145-9.
- 39 Sincretismo metodológico representa a adoção generalizada de teorias estrangeiras sem, contudo, atentar-se a suas incompatibilidades ou razões e circunstâncias que originaram sua formação. Sobre o tema: SILVA, Virgílio Afonso da. "Interpretação constitucional e sincretismo metodológico", *in* *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-43 e, do mesmo Autor, "Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção". In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 607-630.
- 40 Sobre a distinção entre texto e norma, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, cit., p. 22; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005. p. 82. No direito alemão, v. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 42 e s. e MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993. Desse Autor, no Brasil, v. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39 e s.

Segundo EROS GRAU, não há razões para encarar *interpretação e aplicação* das normas jurídicas a partir de uma relação autônoma. Ambas sempre serão o resultado da aplicação dos textos legais ao caso concreto, fazendo com que tais enunciados linguísticos possuam caráter provisório, a serem ultrapassados por razões obtidas perante determinado caso.<sup>41</sup> Nesse sentido, afirma o Autor:

Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito – porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos – para o que nos bastaria a alfabetização – mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento.<sup>42</sup>

Assim, tem-se um processo de unificação entre interpretação e aplicação do direito em que o intérprete ganha maior liberdade de atuação, *produzindo* a norma para determinado caso concreto. As *normas* se distanciam dos *textos*, tornando-se o resultado da interpretação sistemática destes. Há uma necessária inclusão de fatos e da realidade na própria estrutura da norma. Como afirma Zagrebelsky, “o resultado constitucional não vem dado, mas deve ser construído”.<sup>43</sup>

A distinção entre texto e norma pode ser demonstrada empiricamente com quatro situações extremas.

Existem, pois, no ordenamento normas sem qualquer texto legal correspondente, como a segurança jurídica, decorrência do Estado de Direito<sup>44</sup> ou da junção dos princípios da legalidade, irretroatividade e anterioridade<sup>45</sup>. Há também textos sem norma alguma, como o caso do preâmbulo constitucional e a expressão “sob a proteção de Deus”. De outra banda, existem diversas normas contidas em um único dispositivo – fato exaltado pela atuação do STF no controle de constitucionalidade

41 GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 178.

42 STF, *Reclamação nº 3.034-2/PB AgR*, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, voto do Min. Eros Grau.

43 ZABREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, cit., p. 96.

44 GOMES CANOTILHO, op. cit., p. 250.

45 ÁVILA, op. cit., p. 22.



sem redução de texto em que se declara inconstitucional alguns dos diversos significados ou interpretações nascidas de um único texto legal, sem, contudo, alterá-lo ou suprimi-lo. E, por fim, restam os casos em que diversos dispositivos se juntam para formar uma única norma, como, por exemplo, a mesma segurança jurídica vinda dos já mencionados princípios constitucionais da legalidade (art. 5º, II), irretroatividade (5º, XXXI) e anterioridade (art. 150, III, “b”).<sup>46</sup>

Todas essas distinções estão ligadas à teoria do direito em geral e do direito constitucional em especial e, até pela distinção de origem e autoria, não são compatíveis entre si. Por exemplo, a teoria estruturante de Müller buscou retirar a excessiva carga teórica que assombra o processo de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, colocando os fatos em sua estrutura normativa.<sup>47</sup> Tal concepção, no entanto, rejeita expressamente o sopesamento – a base da divisão das normas em regras e princípios – como método de aplicação do direito, considerando-o irracional com resultados restritos a meras suposições.<sup>48</sup>

A exposição aqui feita, ciente de tais incompatibilidades, é mais pedagógica do que metodológica: expõe um mínimo de alternativas que sustentam o que se chama genericamente de novo constitucionalismo.

## 2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade já foi amplamente tratado no Brasil por monografias de diversas áreas que, basicamente, seguem a mesma estrutura geral: demonstra-se a origem e o fundamento da proporcionalidade, sua relação com o princípio da razoabilidade e sua composição.<sup>49</sup>

46 Cf., por todos, ÁVILA, op. cit., p. 22.

47 MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e concepções dos direitos do homem*, cit., p. 540.

48 Segundo Alexy, “aquilo que aqui [na teoria dos direitos fundamentais] é chamado de ‘disposição de direito fundamental’ corresponde ao que Müller chama de ‘texto’, e aquilo que aqui leva o nome de ‘norma’ é o que Müller chama de ‘programa normativo’” (ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 65). Cf., sobre esta problemática, SILVA, Virgílio Afonso da, “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1, p. 626 e, do mesmo Autor, “Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico”, cit., p. 136-8.

49 Cf. SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2004; SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002; REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004; BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica,

Outros estudos – geralmente feitos com base em autores da Alemanha – são dignos de nota na medida em que avançam em questões cruciais pouco exploradas ou até ignoradas.<sup>50</sup>

Nesse contexto, primar-se-á pela brevidade, já que algumas questões fogem dos objetivos ora perseguidos e se demonstram com pouca utilidade prática. Para se ter ideia do problema, segundo levantamento feito por Jakobs na doutrina alemã em 1985, chegou-se a nada menos que dezesseis fundamentações distintas para a proporcionalidade.<sup>51</sup> Adentrar nesse tipo de discussão certamente não seria medida *necessária* para o fim ora proposto.

O que nos interessa, em suma, é que proporcionalidade e razoabilidade são coisas distintas<sup>52</sup>, a despeito das mais variadas opiniões encontradas: fala-se em igualdade<sup>53</sup>, fungibilidade<sup>54</sup> ou simples associação<sup>55</sup>.

---

2003; STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; BUCHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000; CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

- 50 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, RT 798/23-50; ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Sobre o princípio da proporcionalidade”. In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003; PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- 51 São eles: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana, (ii) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, (iii) o princípio do Estado de Direito, (iv) a essência dos direitos fundamentais, (v) o direito à liberdade geral de ação, (vi) o princípio da igualdade, (vii) o princípio da proibição do arbítrio, (viii) o direito de propriedade combinado com o bem comum, (ix) o princípio da vinculatividade geral e aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, (x) o princípio da justiça, (xi) a idéia de Direito, (xii) o direito natural ou racional, (xiii) o interesse público, (xiv) a “Constituição Dirigente”, (xv) a Convenção Européia dos Direitos do Homem e (xvi) a concordância prática. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 733.
- 52 Sobre o tema é imprescindível a leitura do já mencionado artigo de Luís Virgílio Afonso da Silva: O proporcional e o razoável, publicado na *Revista dos Tribunais*, n. 798, p. 23-50.
- 53 BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 59.
- 54 BARROSO, Luís Roberto. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política, n. 23, São Paulo: RT, 1998. p. 69; \_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 314-6.
- 55 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

Os dois princípios se distanciam na origem e no fundamento. Da forma como é conhecido hoje, o princípio da proporcionalidade vem do contexto alemão pós-segunda guerra e decorre da ideia de Estado de Direito junto com estrutura principal dos direitos fundamentais. Antes disso, era ligado ao controle do poder de polícia exercido pelo Estado em detrimento aos direitos considerados “naturais” dos cidadãos. Já a razoabilidade é uma das manifestações práticas do devido processo legal em sua versão substancial (*substantive due process*) e remonta à *Magna Charta* de 1215.

Enquanto o princípio da proporcionalidade é formado por três subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o princípio da razoabilidade não possui uma estrutura determinável. Sua função é ditar um standard subjetivo, unilateral, utilizado para a averiguação da totalidade das circunstâncias do caso em que deverá ser aplicada em uma relação de meio e fim.<sup>56</sup>

Conforme assenta Guerra Filho, o respeito à razoabilidade implica na não ultrapassagem dos limites considerados aceitáveis em termos jurídicos (*função negativa*). Já a proporcionalidade conta com *função positiva* como forma de demarcar aqueles limites, já que fixa parâmetros a serem respeitados.<sup>57</sup>

É com essa função positiva voltada à atuação do legislador e seu controle judicial das decisões tomadas pelo legislador que os traços do presente trabalho começam ganhar forma.

Um parênteses: como dito, o princípio da proporcionalidade nasceu com o chamado Estado de Direito material depois da Segunda Guerra como um (senão o principal) instrumento utilizado para por em prática os ideais constitucionais defendidos até a atualidade na forma de princípios.

A razão é simples: o Estado de Direito caminha necessariamente ao lado do princípio democrático, de modo que um Estado só é constitucional se for democrático e vice-versa, segundo importante lição de Canotilho<sup>58</sup>.

56 Cf., sobretudo, RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 210 e s. A lógica do racional, ditada por esquemas formais abstratos, dá lugar à lógica do razoável, voltada para solução material de problemas práticos da sociedade, almejando justiça. A teoria de Siches é uma forma de unir o direito à realidade, já sinalizando o campo de incidência do princípio da razoabilidade.

57 GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-6.

58 GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 230.

A proporcionalidade é o ponto de partida teórico para uma democracia efetiva e em conformidade com os anseios de uma sociedade pluralista. Ao lado da principalização do direito, surge a necessidade de sua procedimentalização institucionalizada como forma obter a plena conciliação entre os variados valores legitimados pelo regime democrático. Em outras palavras, sua função primordial é equacionar o conflito entre o princípio democrático e do Estado de Direito.<sup>59</sup>

Aludida procedimentalização ocorre com a aplicação pré-definida e independente dos três subelementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.<sup>60</sup> A adequação pressupõe a análise empírica de que os meios usados são hábeis para alcançar, no todo ou em parte, os fins pretendidos. Em tempo: o objetivo deve ser alcançado ou, ao menos, fomentado.<sup>61</sup> Meios adequados podem revelar-se, no entanto, excessivamente onerosos a uma parcela dos princípios envolvidos. Daí a nasce a necessidade: em caso de pluralidade de meios idôneos, opta-se pelo menos gravoso. Caso a opção feita pelo legislador fuja desses parâmetros será considerada contrária à proporcionalidade em sentido amplo. Já a proporcionalidade em sentido estrito vem manifestada na chamada lei da ponderação: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maior há de se revelar o fundamento justificador dessa intervenção”.<sup>62</sup> Trata-se de uma relação de custo-benefício, resumida na seguinte indagação prática: o fim alcançado justifica a intervenção aos princípios contrários?

59 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 194-195. Esquecer esse pano de fundo origina colocações irônicas como as de Inocêncio Mártires Coelho: “como aplicar, com segurança, o multifuncional princípio da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, essa espécie de *vara de condão* de que se valem as cortes constitucionais – e não apenas elas – para fazer milagres hermenêuticos de que até Deus duvida?” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 364).

60 Foi em 1971 que o Tribunal Constitucional Alemão empregou precisamente a chamada “tríplice manifestação do mandamento da Proporcionalidade”, através do *BVerfGE 30, 316*: “o meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”. Sua aplicação é escalonada e segue criteriosamente essa ordem. Sobre o tema: PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 689.

61 SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*, RT 798/36; PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 725; NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 738.

62 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 161.

Tais subelementos, segundo Alexy, seriam, na verdade, regras aplicáveis mediante subsunção. Na sua classificação, portanto, o chamado “princípio” da proporcionalidade seria, na verdade, “regra” da proporcionalidade. A observação importante devido à impropriedade dos termos usualmente utilizados pela doutrina brasileira.<sup>63</sup> A conclusão, no entanto, é simples: princípio da proporcionalidade não está aqui empregado de acordo com a divisão proposta por Alexy entre regras e princípios como espécies do gênero norma. Ao priorizar a expressão “princípio”, no presente trabalho, valorou-se muito mais a forte carga semântica que o termo carrega.

### 3 OS PRINCÍPIOS FORMAIS

A ideia de princípios formais é geneticamente ligada também à teoria dos direitos fundamentais de Alexy. Distanciam-se, porém, da concepção de princípios materiais – geralmente direitos fundamentais. No Brasil, frequentemente são abordados por Virgílio Afonso da Silva.<sup>64</sup>

Princípios formais refletem a ideia de princípios *procedimentais*. Não incidem sobre padrões de comportamento, mas sobre padrões de validade. Sua principal característica é o fornecimento de razões para a observância de uma norma, independente de seu conteúdo. Estão, pois, intrinsecamente ligados ao conceito de segurança jurídica: “quanto mais peso se confere em um ordenamento jurídico aos princípios formais, maior é o caráter *prima facie* de suas regras”.<sup>65</sup>

Exemplos de princípios formais são os precedentes judiciais em geral, que “oferecem razões para que o aplicador do direito decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma, mas essas razões referem-se tão somente a considerações de caráter formal – o fato de ela já ter sido aplicada em casos iguais ou semelhantes – e não o conteúdo da norma”.<sup>66</sup> No Brasil, a sistemática das súmulas vinculantes e o regime

63 SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”, RT 798/24–27. Do mesmo Autor: “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 607–630.

64 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003; \_\_\_\_\_. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005; \_\_\_\_\_. “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012. p. 915–937.

65 ALEXY, Robert. op. cit., p. 100.

66 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 922.

das decisões com repercussão geral refletem bem essa realidade, já que, na prática, vinculam decisões de instâncias inferiores àquelas proferidas pelos tribunais superiores (STF e STJ, a depender da matéria tratada).

Outro exemplo citado por Virgílio Afonso ao tratar da aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares é a autonomia privada, que legitima a validade e imposição de um ato de vontade firmado entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais dos anuentes.<sup>67</sup>

Mas o principal exemplo a ser reverenciado – que inclusive dá sustento à teoria de Alexy – é o princípio formal da competência decisória do legislador, expressado na concepção de que as decisões tomadas pelos legitimados pela constituição devem ser respeitadas, na maior medida possível, não porque são válidas, materialmente boas ou proporcionais, mas porque se baseiam no princípio formal de sua competência decisória, lastreado no regime democrático e na separação de poderes.<sup>68</sup>

Nesse sentido: “um princípio formal ou procedimental é, por exemplo, o princípio de que sustenta que as decisões relevantes para a sociedade devem ser tomadas pelo legislador democrático”. E mais: “aquele princípio formal é a razão pela qual o Tribunal Constitucional Federal concede numerosas margens de ação ao legislador”.<sup>69</sup>

O grande problema está justamente naqueles casos em que o legislador, no exercício de seu mister constitucional e ponderando o conflito de diversos bens de valia constitucional igualmente importantes, fixa determinada regra aplicável mediante subsunção. Uma vez provocado sobre a legitimidade de tal ato, ao tribunal não caberia a revisão dos prognósticos utilizados pelo legislativo em um novo juízo de ponderação entre os princípios *materiais* envolvidos. Segundo Alexy, há também o princípio formal da competência decisória do legislador que deveria fazer parte do sopesamento, garantindo-se tal decisão em medida máxima dentre as possibilidades fáticas e jurídicas.

---

67 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*, cit., p. 149.

68 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 100. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, cit., p. 145.

69 ALEXY, op. cit., p. 133.

Essa concepção foi adotada por Alexy já na primeira edição de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*<sup>70</sup> e tem o nítido propósito de evitar um governo dos juízes, transpondo ao judiciário a competência constitucionalmente atribuída ao legislativo – crítica, aliás, estendida por alguns autores à própria ideia de mandamento de otimização e ponderação de bens.

Justamente por isso, o tema não passou despercebido no *Epílogo*<sup>71</sup> à sua teoria dos direitos fundamentais, ocasião em que pontuou alguns esclarecimentos sobre a formação de um juízo de sopesamento entre princípios materiais e formais.

O cenário aqui, no entanto, deve levar em consideração algumas variantes que distanciam os juízos tomados pelo legislativo quando da edição de um ato normativo e pelo judiciário quando de seu controle. A principal diferença está no grau de certeza que recai sobre as premissas envolvidas na ponderação *in abstracto* feita pelo legislador. Na verdade, os próprios fatos disponíveis (âmbito de incidência da norma) nas duas ocasiões tendem a ser distintos – circunstancia absolutamente normal, já que a aplicação concreta da lei desencadeia realidades inimagináveis quando de sua edição.

O que é certo, porém, é que na grande maioria dos casos problemáticos, as decisões tomadas pelo legislador se fundam em premissas incertas, seja porque os efeitos de uma determinada medida legislativa são incertos, seja porque é incerto o que a constituição exige.<sup>72</sup> Nesses casos – “em que é muito difícil saber com certeza o que é correto”<sup>73</sup> – deve-se reconhecer que a decisão tomada pelo legislador é *prima facie* correta, justamente em respeito a princípio formal de sua competência decisória.

---

70 ALEXY, op. cit., p. 286.

71 ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Fundación beneficentia et perita iuris, 2004. p. 82-111.

72 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 927.

73 SILVA, op. cit., p. 928.

Não é por outro motivo que o exame jurisdicional da adequação<sup>74</sup> e necessidade<sup>75</sup>, em um juízo de proporcionalidade amplo formado sobre a constitucionalidade de determinada norma, deve se levar em conta os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, reconhecendo que na sua gênese era possível a previsão da inaptidão ou desnecessidade da norma.<sup>76</sup>

Alexy, de um lado, reconhece que a “a incerteza sobre os efeitos de uma lei ou um futuro incerto não podem eliminar a competência do legislador para proferir uma lei, ainda que esta seja de grande transcendência”.<sup>77</sup> Admitir o contrário, ou seja, de que o legislador deveria operar somente diante de premissas seguras e previsíveis, esvaziaria o princípio formal da competência decisória do legislador, também um mandamento de otimização.

---

74 NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 739: “[...] reconhece-se consensualmente, para que se apure a existência de inconstitucionalidade será ainda necessário que o responsável pela restrição pudesse ter previsto tal inaptidão no momento em que a decidiu ou a atuou. O controle de idoneidade acaba por ser, essencialmente, um controle *ex ante*, incidindo sobre a prognose realizada pelos poderes públicos responsáveis pela criação ou concretização da restrição a direitos fundamentais. Assim, de acordo com a jurisprudência e doutrina dominantes, a restrição só será idônea quando, tendo em conta a margem de livre apreciação do legislador democrático – o que faz acrescer aos limites materiais do princípio da idoneidade os limites funcionais do poder judicial – o juiz conclua ser essa restrição, à partida e de acordo com os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, totalmente inapta para, de algum modo, contribuir para alcançar o fim por ele visado”. PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 731: “uma norma legal deve catalogar-se como uma norma carente de idoneidade, só se desde o começo, ou seja, desde o momento de sua expedição, o Legislador pudesse prever sua inépcia para facilitar a obtenção de sua finalidade imediata”.

75 PULIDO, Carlos Bernal. op. cit., p. 754: “o exame da necessidade deve efetuar-se desde a perspectiva *ex ante* do Legislador. Isto quer dizer que a medida legislativa só pode se considerada desnecessária, se dados os conhecimentos existentes na época em que foi adotada, o Parlamento pudesse avistar a existência de um meio igualmente idôneo e mais benigno com o direito fundamental afetado”.

76 Aqui vale o registro de que tal ideia engessaria o direito e o deixaria distante da realidade vivida pela sociedade, em constante evolução. A crítica é válida, porém, contornada com o tradicional e amplamente aceitado processo de mutação constitucional (modificação das normas sem alteração dos textos) e com os novos rumos do controle de constitucionalidade brasileiro, onde frequentemente se fala em inconstitucionalidade progressiva, modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade etc. Nesses casos, o pano de fundo teórico é justamente a proporcionalidade resolvendo o conflito entre o princípio da nulidade da norma constitucional e os demais princípios protegidos pela constituição onde, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, pode-se conferir eficácia (inclusive pró-futuro) a normas inconstitucionais *ab initio*. Sobre o tema, cf. MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 696 e s. e MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 297 e s.

77 ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 91. Trata-se de julgado do Tribunal Constitucional Alemão: BVerfGE 50, 290 (332).



Do outro lado, o Autor fixa uma segunda lei da ponderação: “quanto mais intensa seja uma intervenção em um direito fundamental, maior deve ser a certeza das premissas que sustentam a intervenção”.<sup>78</sup>

Por lidar com conceitos complexos e os vários graus de segurança, certeza, insegurança e incerteza de premissas empíricas disponíveis ao legislador quando da edição de um ato normativo, chega-se a outro problema: a *escala de faixas* da lei da ponderação, que acaba definindo a intensidade do controle jurisdicional de tais atos.

Todos esses fatores ganham especial peculiaridade quando inseridos num quadro em que o legislador atua – legitimamente – com *discricionariedade*.

Nesse ponto, registre-se que um juízo complexo de ponderação envolve várias medidas que podem se entrelaçar e, ao mesmo tempo, demonstrar-se adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito. Em outras palavras, não há que se falar na possibilidade de *uma única resposta correta* quando o assunto é o conflito de direitos fundamentais.<sup>79</sup> Uma ponderação vem marcada pela relação de situações que, na prática, estejam em paridade e se demonstrem ótimas. Por exemplo, um meio que promova em grau maior o fim buscado e aniquile em maior intensidade os princípios avessos e outro meio que não promova com a mesma veemência esse fim, porém, o grau de restrição ao princípio contrário é consideravelmente menor.<sup>80</sup>

Surge o embate: de um lado, as consequências práticas das decisões tomadas pelo legislador em alguns casos não devem ser ignoradas quando submetido respectivo ato ao crivo jurisdicional já que, na grande maioria das vezes, o Estado aparelha-se institucionalmente – incluindo questões orçamentárias, funcionais, logísticas etc – para determinada opção que, sem qualquer motivo legítimo, é ignorada por meio de decisões que soam como uma “caricatura” para o caso concreto.

78 ALEXY, op. cit., p. 93.

79 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 551-552; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 931.

80 Nesse sentido, vale o registro de Jorge Reis Novais: “numa escala de eficácia e de restrição de zero a dez, o meio A apresenta um grau oito de realização do fim e efeitos restritivos de grau dez, enquanto que o meio B tem sete de eficácia e três de agressividade. Aí, independentemente da qualificação do meio A como *desnecessário*, *desproporcionado* ou *excessivo*, a opção por B parece óbvia. Porém, a situação pode ser muito mais complexa; por exemplo, as alternativas podem consistir num meio A com quatro de eficácia e três de efeitos restritivos; no meio B, com nove de eficácia e sete de efeitos restritivos; e no meio C, com dois de eficácia e dois de efeitos restritivos” (NOVAIS, Jorge Reis. op. cit., p. 743-4).

Do outro, nem é preciso exaltar o quanto é fundamental o controle de constitucionalidade das normas exercido pelos tribunais constitucionais, que também não podem ter sua função esvaziada e ficar a mercê de medidas legislativas com finalidade duvidável – às vezes eminentemente financeiras em detrimento à constituição.

A solução, como se vê, está longe de uma conclusão simples e ainda mais distante do ideal.

Alexy fixa os primeiros traços de um modelo a partir dos já referidos graus de *certeza*, *segurança*, *incerteza* e *insegurança*, formulando a seguinte pergunta: “como determinar a relação entre a margem estrutural para a ponderação e a margem epistêmica que apresenta quando se carece de certeza para ponderar?”<sup>81</sup>

É daí que nasce a relação entre os princípios formais e a ideia de paridade, tratada por Virgílio Afonso da Silva com a seguinte fórmula: “quanto mais difícil for para desfazer, por meio da argumentação, uma relação de paridade que sustenta a competência decisória do legislador, tanto maior será o peso do princípio formal correspondente”.<sup>82</sup>

Na obra de Alexy também é possível encontrar premissa análoga ao apontar determinada situação de paridade entre direitos fundamentais opostos em que nenhum tem força suficiente para inclinar a balança em seu favor. Nesse caso, “os princípios jusfundamentais materiais não têm força para evitar que o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado conduza ao reconhecimento de uma margem epistêmica para a ponderação”.<sup>83</sup> A decisão tomada pelo legislador, portanto, seria *prima facie* a mais correta.

Dito em outras palavras, para um determinado conflito entre bens constitucionais em que a decisão a ser tomada pelo legislador não conta com um aparato seguro sobre as premissas empíricas – como, por exemplo, questões em que a ciência não tem uma posição definida –, o leque de posições ótimas se abre conferindo certa discricionariedade em seu favor. Segundo Virgílio Afonso:

---

81 ALEXY, op. cit., p. 99.

82 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*, cit., p. 933.

83 ALEXY, op. cit., p. 102.

O que sustenta essa liberdade de poder escolher entre várias possibilidades é justamente o fato de que todas elas estão em relação de paridade, pois, embora as respostas possíveis ao problema não sejam iguais, não há como se decidir qual é a melhor e qual é pior. Nesses casos, cabe ao legislador decidir e não ao judiciário querer substituir a concepção do legislador pela sua própria. Esse tipo de decisão é, seguindo a fórmula da paridade, mais difícil de ser contestada, porque a relação de paridade com outras respostas possíveis não é facilmente desfeita por meio da argumentação jurídica, já que não há certeza empírica acerca dos elementos disponíveis.<sup>84</sup>

Situação um pouco distinta ocorre naqueles casos em que esse grau de paridade tende a desaparecer, ainda que discretamente. O princípio formal da competência decisória do legislador entra no embate como um dos figurantes (não protagonista) trazendo consigo os valores democráticos e a separação de poderes. Aumenta-se, todavia, o âmbito de intervenção do controle judicial.

A ponderação entre princípios materiais e formais, embora fortemente criticada pela doutrina alemã que se debruça sobre a teoria dos princípios de Alexy, é perfeitamente admissível. O que se deve evitar é a generalização de que o princípio formal da competência decisória do legislador sempre deve prevalecer em qualquer juízo de ponderação.

Na verdade, a ponderação entre tais espécies de princípios só ocorre quando há um princípio material dando sustento ao princípio procedimental. É o que Alexy chama de *lei da conexão*.<sup>85</sup> Nesses casos, é inegável que a competência decisória do legislador tem uma presunção relativa *iuris tantum* de precedência com relação aos demais direitos fundamentais de um modo geral.

Trazendo um exemplo concreto para esclarecer melhor tais premissas, cita-se o famoso caso *Cannabis* (BVerfGE 90, 145) em que o Tribunal Constitucional Alemão foi provocado a decidir sobre a constitucionalidade de tipo penal que reprimiu a aquisição e o porte, para consumo próprio, de produtos derivados da maconha.

Dentre os argumentos suscitados, de um lado, invocou-se o princípio da liberdade – manifestada na intervenção estatal com uma

84 SILVA, op. cit., p. 933.

85 ALEXY, op. cit., p. 107.

imposição de pena privativa de liberdade – e o princípio da igualdade, usando como parâmetro a legalidade do consumo de cigarro e do álcool, *aparentemente* tão ou mais nocivos à saúde individual e pública. Com o álcool, por exemplo, haveria o risco de danos para toda sociedade caso o motorista bêbado resolva dirigir.

Do outro lado, há o dever do Estado em promover valores como segurança e saúde pública, agasalhados com o princípio formal da competência decisória do legislador, que optou pela tipificação penal do fato.

Para solução do embate, o princípio da proporcionalidade foi invocado, consignando-se que, na avaliação e prognósticos dos perigos que ameaçam o indivíduo ou a comunidade, cabe ao legislador uma margem discricionária de avaliação, cujo controle judicial pode ser exercido com extensão limitada. Dentre esses prognósticos, não há como ignorar questões culturais que distanciam a maconha e seus derivados do álcool que, inclusive, está presente em tradições religiosas. Além disso, há riscos de que o uso de drogas mais leves seja ponte para drogas mais pesadas, fato que exige especial atenção do Estado. Outro argumento suscitado reflete bem a ideia exposta no presente trabalho: os efeitos do cigarro e do álcool já são conhecidos e, no caso deste último, reprimidos por meios diversos. É inegável, por outro lado, que a avaliação feita pelo legislador sobre os perigos à saúde é, na atualidade, polêmica e o grau de conhecimento sobre a lesividade à saúde é inseguro.

Adentrando ao exame da proporcionalidade, o Tribunal reconheceu que os dispositivos penais que reprimiam o uso de produtos derivados da maconha são adequados para restringir o alastramento da droga na sociedade e, com isso, diminuir os perigos dela provenientes. Quanto à necessidade, assentou-se que o estágio atual do conhecimento (inclusive científico) não autoriza afastar a opção do legislador, segundo a qual não há outro meio igualmente eficaz para a finalidade da lei e de menor interferência que a previsão de sanção. Não há, pois, elementos empíricos que legitimem a afirmação de que a liberação da maconha ou a atuação preventiva do Estado possa cumprir essa função legal. Por fim, na proporcionalidade em sentido estrito o argumento é ainda mais contundente: os interesses peculiares de parte da população não devem se sobrepor ao fim almejado pelo legislador, qual seja, a proteção da população em geral – sobretudo os jovens – dos perigos à saúde e o risco de dependência

psíquica que pode levar ao envolvimento com organizações criminosas e suas influências maléficas em geral.

Nesse caso, a posição do Tribunal Alemão é bem clara no sentido de reconhecer a constitucionalidade da norma que tipificou a conduta em tela, já que não se dispõe de conhecimentos cientificamente fundados que falem necessariamente em favor de uma ou outra alternativa, devendo, pois, prevalecer a opção feita pelo legislador democraticamente eleito.

#### 4 CONCLUSÃO

Como já dito, o tema ora proposto carrega consigo um turbilhão de críticas de autores alemães consagrados que se estendem, em sua maioria, à essência da teoria dos princípios de Robert Alexy. No Brasil, a aceitação exacerbada – a ponto de ser encarada como um típico caso de *sincretismo metodológico* – da concepção dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização tem calado boa parte dos autores sobre a relação entre princípios formais e materiais voltada ao controle judicial de atos normativos emanados pelo legislativo. No presente trabalho não se buscou uma solução concreta e definitiva sobre essa relação – se é que existente. Alguns apontamentos, todavia, são passíveis de nota:

1. O chamado novo constitucionalismo tem sua origem vinculada a três vertentes: política, filosófica e teórica;
2. Na vertente política, há uma renovação do conceito tradicional de soberania, antes atrelado à ideia de concentração de poder, e agora refletindo o marco das sociedades pluralistas: a não prevalência de um único valor, senão a salvaguarda de vários simultaneamente através de decisões conciliatórias;
3. No campo da filosofia, sepulta-se de vez os tradicionais ideais jusnaturalistas e juspositivistas, chegando-se ao que se chama pós-positivismo, fulcrado em uma dimensão valorativa do direito com enfoque na constituição em geral, e nos direitos fundamentais em especial;
4. É no campo teórico que tais vertentes mais refletem na medida em que dão um novo modo de operar o direito: o processo de subsunção sai de cena (embora ainda operante) para dar lugar à ponderação, cuja origem revela a importante divisão entre regras e princípios como espécies de normas jurídicas;

5. Paralelo ao item anterior, cresce a importância prática do princípio da proporcionalidade, cuja origem e fundamento se distanciam do que se conhece como razoabilidade; sua função é, basicamente, solucionar o conflito entre princípios pela aplicação escalonada de seus três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito;
6. Por consequência e corroborando crítica direcionada à teoria dos princípios de Robert Alexy em geral, a atuação do judiciário põe em risco a separação dos poderes já que, muitas vezes, simplesmente ignora ponderações feitas pelo legislador e, com elas, toda estrutura estatal implementada como aparato para o cumprimento da norma;
7. Surge então a figura dos princípios formais, dentre eles o da competência decisória do legislador, que deve prevalecer em absoluto nos casos em que o juízo de ponderação *in abstracto* cujas premissas empíricas são incertas e os princípios envolvidos estão em situação de paridade; nas demais situações em que essa paridade não se demonstra evidente, a competência decisória do legislador deve participar do juízo de ponderação sempre com a ideia de que seja otimizada.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional Democrático, In: *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid: Trotta, 2005.
- \_\_\_\_\_. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito*. Teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito Administrativo*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *RTDP* 29.

\_\_\_\_\_. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional". *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 23, São Paulo: RT, 1998.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. v. 1, 7. ed. Brasília: UnB, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. *O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- COELHO, Inocêncio Mártires. Racionalidade hermenêutica: acertos e equívocos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.
- CRETTON, Ricardo Aziz. *Os Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade e sua Aplicação no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: Madras, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ÉFESO, Heráclito de. *Coleção Os Pensadores*. v. I, São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La Constición como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997.
- GOLDENSOHN, Leon. *As entrevistas de Nuremberg*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- \_\_\_\_\_. "Sobre o princípio da proporcionalidad". In: LEITE, George Salomão (org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.



HÄBERLE, Peter. Fundamentos Teóricos de la Constitución Democrática a la luz del pensamiento posibilista. In: \_\_\_\_\_. *Pluralismo y constitución: estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Madrid: Tecnos, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Antônio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl., Heidelberg: C. F. Muller Juristischer Verlag, 1988.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MALBERG, Carré R. *Teoría General del Estado*. México: FCE, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

\_\_\_\_\_. A Constituição e o pensamento do possível: um estudo de caso (Embargos Infringentes na ADI nº 1.289-4). *Revista do Advogado*, n. 73, São Paulo: AASP, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOTTA, Moacyr Parra. *Interpretação constitucional sob princípios*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MÜLLER, Friedrich. Interpretação e Concepções Atuais dos Direitos do Homem, In: *Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*, 1994.

\_\_\_\_\_. *Juristische Methodik*, 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1993.

\_\_\_\_\_. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PAUPERIO, A. Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PEIXINHO, Manoel Messias. *A interpretação da Constituição e os princípios fundamentais*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PERELMAN, Chain. *Tratado da Argumentação. A nova retórica*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PIEROTH;SCHLINK, *Grundrechte Staatsrecht II*, 92. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 2000.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

REZEK NETO, Chade. *O princípio da Proporcionalidade no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira dos. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Jarbas Luiz dos. *Princípio da Proporcionalidade: concepção grega de justiça como fundamento filosófico*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

SAVIGNY, Friederich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Campinas: Edicamp, 2002.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais, In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012.

\_\_\_\_\_. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: BONAVIDES, Paulo (coord.). *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista CEJ*, v. 11 n. 39, out./dez. 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Brasília: Ministério da Justiça, Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, 1979.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*. 5. ed. Madrid: Trotta, 2003.

\_\_\_\_\_. *Historia y Constitución*. Madrid: Trotta, 2005.



# HERMENÊUTICA DO DIREITO DE PUNIR UMA VISÃO CRIMINOLÓGICA: LINGUAGEM, COMPREENSÃO E DEFINIÇÃO

*HERMENEUTICS OF THE RIGHT TO PUNISH A CRIMINOLOGICAL  
VISION: LANGUAGE, COMPREHENSION AND DEFINITION*

*Grégore Moreira de Moura  
Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O giro hermenêutico linguístico e sua influência no direito de punir; 2 Os problemas de compreensão; 3 A questão da pré-compreensão: cultura do medo – do vadio ao traficante; 4 O poder de definição: compreensão econômica do direito de punir; 5 Teoria tridimensional do Direito: compreensão da criminologia como busca dos “valores” ocultos; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo busca o fundamento e o significado do direito de punir do Estado e sua evolução hermenêutica ao longo da história, através de uma releitura da Criminologia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Punir. Hermenêutica. Criminologia. Linguagem.

**ABSTRACT:** This study has the foundation and meaning of the right to punish the state and its hermeneutic evolution throughout history, through a rereading of Criminology.

**KEYWORDS:** Right to Punish. Hermeneutics. Criminology. Language.

## INTRODUÇÃO

A própria compreensão do Direito e das ciências afins, passa pela hermenêutica clássica e, em especial, pela hermenêutica jurídica.

O jurista deve, portanto, se imiscuir nas teorias desenvolvidas na ciência do interpretar, pois seu objeto de estudo perpassa eminentemente pela compreensão dos textos legais e, em última análise, pela compreensão do outro.

Nas Ciências Penais não é diferente, considerando as Ciências Penais em sentido amplo, para englobar não só a dogmática jurídico-penal, mas também a política criminal e a criminologia<sup>1</sup>.

O presente estudo busca o fundamento e o significado do direito de punir do Estado e sua evolução hermenêutica ao longo da história, todavia, sob o viés aprofundado da ciência criminológica, ou seja, o que se pretende com este trabalho é desenvolver um estudo baseado no Direito pressuposto e não apenas no Direito posto<sup>2</sup>, ou seja, perscrutar as raízes da hermenêutica do direito de punir do Estado e seus fundamentos, sob a ótica da Criminologia.

Para tanto, trabalha-se aqui a Criminologia como fundamento hermenêutico do Direito Penal, culminando com a necessidade de reconstrução discursiva do direito de punir do Estado, isto é, a Criminologia se transforma: de um discurso deslegitimador do Direito Penal para um discurso hermenêutico e fundamentador, na esteira de um controle social mais democrático e justo, a partir da alteração das formas de compreensão, gerando efeitos eminentemente pragmáticos.

---

1 “[...]... é hoje opinião dominante a de que a Criminologia, a Política Criminal e o Direito Penal são os três pilares do sistema das ciências criminais, inseparáveis e interdependentes. A Criminologia deve se incumbir de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes políticos. O Direito Penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela Política Criminal, com estrito respeito às garantias individuais e aos princípios jurídicos de segurança e igualdade típicos do Estado de Direito. Carece, pois de sentido indagar” o que a Criminologia deixa em pé do Direito Penal ou o que o Direito Penal deixa em pé da Criminologia”. (MOLINA, Antonio García-Plabos; GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164-165.). Veremos que a proposta deste ensaio é exatamente aumentar a influência da Criminologia na dogmática, através da ampliação do seu estudo e das consequências hermenêuticas daí advindas.

2 GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Partindo do estudo do giro hermenêutico linguístico proposto pelo pós-positivismo às diversas formas de compreensão do direito de punir, chega-se à necessidade de alteração da própria posição da ciência criminológica no prospecto das ciências penais, já que assume posição interpretativa e não apenas causal-explicativa da conduta criminosa e de seus atores, sendo que, ao final, propõe-se uma releitura da Criminologia como verdadeira fonte hermenêutica do direito de punir do Estado, já que revela ao intérprete todo o processo de definição da conduta criminosa.

## 1 O GIRO HERMENÊUTICO LINGUÍSTICO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DE PUNIR

A Filosofia presta importantes contribuições ao estudo da Hermenêutica Jurídica, bem como revela os fundamentos e os significados reais do direito de punir<sup>3</sup>.

Logo, a passagem de uma filosofia analítica para uma filosofia pragmática, da teoria do conhecimento para a filosofia da linguagem, gera uma mudança de compreensão argumentativa, pois o Direito e, com efeito, o direito de punir deve ser visto não apenas sob o aspecto normativo (como defendiam os adeptos do direito penal tradicional e dogmático), mas também sob o aspecto descritivo e prático-jurídico, de viés eminentemente argumentativo.

Fundamentado nesse viés argumentativo, a Criminologia altera ao longo dos anos o seu método e objeto de estudo, para explicar os diversos fenômenos jurídicos envolvidos no exercício do direito de punir, bem como nas diversas nuances que permeiam a conduta criminosa.

Esta característica fica clara na definição de Criminologia proposta por MOLINA e GOMES:

Ciência empírica e interdisciplinar, que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima e do controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica

3 “[...] o uso da hermenêutica é muito maior do que apenas a busca em ultrapassar uma obscuridade do texto ou em atingir um ponto de acordo objetivo sobre ele. Ela (hermenêutica sob uma perspectiva filosófica) se mostrará como condição/possibilidade formadora da nossa própria visão de mundo e, por isso mesmo, é por meio dela que conseguimos não só compreender tudo, como ainda estabelecer acordos ou consensos sobre algo no mundo”. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. p. 137.



e variáveis principais do crime – contemplado este como problema individual e como problema social –, assim como sobre os programas de prevenção eficaz do mesmo e técnicas de intervenção positiva no homem delinqüente e nos diversos modelos ou sistemas de resposta ao delito.<sup>4</sup>

Nesta esteira, a ciência criminológica, nos dias de hoje, deve ser vista não apenas como uma ciência auxiliar do Direito Penal, com papel secundário no estudo do crime e de suas conseqüências, mas como uma ciência argumentativa e inspiradora de alterações legais.

Como se não bastasse, a Criminologia, ao elaborar suas teorias, norteia não só as escolhas feitas pela política criminal, mas também gera nortes interpretativos para o operador do direito, passando de ciência causal-explicativa à ciência com viés interpretativo e argumentativo<sup>5</sup>. Ora, explicar as causas do crime e suas definições é, em última análise, revelar o significado da conduta criminosa e, em contrapartida, legitimar ou não o direito de punir do Estado.

Assim, para que haja uma análise completa das ciências criminais e atingir o verdadeiro sentido do direito de punir do Estado, o jurista moderno deve ter sempre em mente as características propostas pelo giro hermenêutico e lingüístico proposto pelo pós-positivismo e tão bem trabalhado por FERNANDES<sup>6</sup>, sendo que, aplicáveis às ciências criminais, teríamos:

---

4 MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

5 Como exemplo do uso da Criminologia como caráter argumentativo e como fundamento de interpretação, cite-se a decisão judicial exarada no processo 0025535-92.2011.8.26.0050, proferida pela Juíza Fernanda Afonso na 27ª Vara Criminal do Foro Criminal da Barra Funda/SP, onde houve aplicação da analogia, para permitir que a exclusão da punibilidade prevista para os crimes tributários, fosse aplicada ao caso concreto de furto simples. Decisão publicada no Boletim IBCCRIM número 245 de abril de 2013, caderno jurisprudência.

6 FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 142-146. O autor resume bem o que seria esse giro hermenêutico lingüístico: “[...] a linguagem passa a ser vista como aquilo que possibilita a compreensão do indivíduo no mundo, de modo que essa mesma linguagem é fruto de um processo de comunicação envolvendo uma relação de intersubjetividade, isto é, onde antes havia uma relação sujeito/objeto, instaura-se uma relação sujeito/sujeito, necessariamente mediada pela linguagem”.

- a) Historicidade: a escala de valores protegidos pelas Ciências Criminais está diretamente ligada ao momento histórico, social e econômico de determinada sociedade.
- b) Relação sujeito – sujeito e não sujeito – objeto: resgate da noção do criminoso como sujeito de direitos, não apenas em sentido normativo-legal (retórico), mas na aplicação e leitura do direito de punir do Estado, bem como releitura do papel da vítima no processo criminal.
- c) Pré-conceitos e pré-compreensões: análise não só do direito de punir posto e fundamentado na ordem normativa, mas também na dinâmica social, no poder de definição das condutas criminosas e na crítica da relação entre crime e reação social, objetivando diminuir a criminalização por estereótipos.
- d) Análise do contexto histórico-espacial: estudo do fenômeno criminal e do direito de punir dentro de um espectro temporal e espacial.
- e) Ausência de neutralidade: o direito de punir possui funções não declaradas oficialmente, já que é um instrumento de controle social, calcado no simbolismo que busca sempre uma seletividade de quem irá atingir.
- f) O ato de aplicação depende do ato de compreensão: a Criminologia como ciência capaz de gerar o ato de compreensão do fenômeno criminal e do direito de punir do Estado, depende de uma visão além da normativa e dogmática do crime, para que sua aplicação seja mais efetiva.
- h) Pragmático: a Criminologia como ciência que busca efetividade e aplicabilidade prática, sob o manto de uma análise crítica e realista.

Portanto, há total influência do giro hermenêutico lingüístico no significado do direito de punir do Estado, cabendo ao criminólogo introjetar todas as características supracitadas, quando realiza seu importante mister de não só revelar as causas da conduta criminosa, mas também interpretar suas nuances, mormente, sua aplicabilidade prático-social.

## 2 OS PROBLEMAS DE COMPREENSÃO: NECESSIDADE DO DIÁLOGO

A Nova Criminologia, ainda que de maneira indireta, trabalha com os problemas de compreensão<sup>7</sup> do direito de punir do Estado, bem como do conceito de crime, suas causas e conseqüências sociais.

Além disso, elabora árdua crítica do Direito Penal atual<sup>8</sup>, chegando ao ponto de propor sua deslegitimação diante da falta de sua eficácia e funcionalidade.

Isso se dá porque há muito o Direito Penal não cumpre sua missão constitucional, qual seja: reprimir as condutas criminosas, aplicar e executar sanções criminais e, em última análise, consubstanciar as funções declaradas da pena (prevenção e reprovação, destacando-se a ineficiência da prevenção especial com o objetivo de ressocializar o criminoso, haja vista os altos índices de reincidência).

E todo esse problema de falta de efetividade não deixa de ser um problema de compreensão, baseado principalmente na falta de inclusão do outro, do diálogo institucional e da aproximação entre condenados, vítimas, instituições e sistema. Portanto, não deixa de ser também um problema hermenêutico.

Como aduz Alvino Augusto de Sá<sup>9</sup> em texto esclarecedor sobre a questão da compreensão e do diálogo na seara penal:

A compreensão mútua supõe a aproximação entre as partes. A aproximação supõe o diálogo, a conversa. E a conversa, para se

7 O compreender passa pela questão da comunidade de sentido de quem fala e de quem ouve e, portanto, no diálogo que ora se busca nas Ciências Criminais, já que o paradigma da linguagem de quem dita as regras (classe dominante), não é o mesmo dos atores penais (classe subalterna). A questão da compreensão é bem trabalhada na seguinte passagem: “[...] o círculo hermenêutico propõe uma área de compreensão partilhada. Visto que a comunicação é uma relação dialógica, presume-se desde o início uma comunidade de sentido, partilhada por quem fala e por quem ouve”. PALNNER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70. p. 94.

8 Nesta esteira aduz Baratta: “A função natural do sistema penal é conservar e reproduzir a realidade social existente. Uma política de transformação desta realidade, uma estratégia alternativa baseada na afirmação de valores e garantias constitucionais, um projeto político alternativo e autônomo dos setores populares, não pode, todavia, considerar o direito penal como uma frente avançada, como um instrumento propulsor. Pelo contrário, o direito penal fica, em tríplice sentido, reduzido a uma atitude de defesa”. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p.221.

9 SÁ, Alvino Augusto. O conversador da Praça da Sé. *Boletim IBBCRIM*, n. 244, mar. 2013. p.04- 05.

processar e progredir, supõe o afastamento de rótulos, assim como também de títulos [...]

É muito mais fácil conversar a partir do parlamento monocrático, das leis, dos gabinetes, escritórios, a partir dos cargos e títulos, da filosofia, da moral e de valores previamente definidos, da constituição (com letra minúscula) interpretada e aplicada com escandalosa parcialidade. Nos parlamentos monocráticos, gabinetes e academias, os títulos e cargos têm como primeira finalidade a de brindar as pessoas com prestígio, prerrogativas, direitos e privilégios.

Já na praça pública, os títulos não brindam ninguém com prestígios, prerrogativas, direitos e privilégios, mas oneram a todos com obrigações, compromissos, ainda que, paradoxalmente, sempre em uma relação totalmente simétrica com os demais. Lá é lugar onde justiça e injustiça têm outras definições. Ou melhor, não tem definição alguma, mas são simplesmente vividas e expressas.

Em não havendo conversa na praça, haverá violência, que perderá através de seus ciclos.

O autor supracitado, a partir de uma abordagem de um morador de rua pedindo uns trocados e de suas reações, destaca muito bem a idéia de compreensão, não só dos textos, mas do outro.

Assim, a hermenêutica jurídica e, em especial, a criminológica deve tentar obter, no dizer do autor, “*a conversa na praça pública*”, ou seja, buscar não só a compreensão formal do texto legal ou das teorias filosóficas, mas gerar, através da compreensão das mesmas, um efeito prático e pragmático, resgatando a noção de Direito como ciência social aplicada, há muito esquecida por alguns.

Um exemplo da escalada pela compreensão e pelo diálogo na Hermenêutica Criminológica são os estudos da Vitimologia<sup>10</sup> permeados pela inserção da vítima no processo penal como forma de acabar com a coisificação do processo penal. Isto é, colocar a vítima no seu legítimo

---

10 “A peculiaridade essencial da Vitimologia reside em demolir a aparente simplicidade em relação à vítima e mostrar, ao contrário, que o estudo da vítima é labiríntico e exprime aspectos consideráveis seja na esfera individual, seja nos meandros da vida compartilhada pelo bem comum na atmosfera social”. OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9.

lugar de protagonista no conflito de interesse, até porque é a maior interessada na resolução do mesmo.

Portanto, o processo penal não somente gira em torno do órgão acusador e do réu, mas se restaura a voz da vítima, através de boas práticas do sistema de composição, mediação, justiça restaurativa, com o fito de obter a resolução material do conflito de interesses.

Por conseguinte, aumenta-se a chance de obtenção de sucesso no processo criminal, porque as vozes dos envolvidos na “*conversa de praça pública*” são ouvidas, compreendidas, pensadas, analisadas e equacionadas, para que haja uma solução prática, pragmática, socialmente aplicável e que, em suma, faça justiça ao caso concreto, ou seja, a Criminologia passa a exercer papel fundamental na diminuição dos problemas de compreensão, através do diálogo.

### 3 A QUESTÃO DA PRÉ-COMPREENSÃO: CULTURA DO MEDO<sup>11</sup> – DO VADIO AO TRAFICANTE

Outro aspecto da Hermenêutica Jurídica que pode ser tratado em cotejo com o direito de punir sob o viés da Criminologia é a tão debatida questão das pré-compreensões.

O fundamento do direito de punir do Estado e seus reflexos nas Ciências Criminais sempre foram baseados em pré-compreensões.

Mas, o que são pré-compreensões? Seu uso na interpretação é legítimo? É possível ao intérprete ser imparcial? Nas ciências penais e no exercício do direito de punir do Estado existe imparcialidade? Quando

---

11 Sobre a cultura do medo aduz Pedro Paulo da Cunha Ferreira: “A acentuação da tensão social, hodiernamente, é apenas um dos vetores que sinalizam e apontam para o fenômeno social estrutural da chamada sociedade de risco. Aliás, a expressão, já estigmatizada na Sociologia e apropriada, nos últimos tempos, pela Ciência Jurídica, comporta variações que sintetizam a representação da temibilidade pelo incerto, o que possibilita entendê-la também como sociedade do risco, pelo risco e para o risco. Os sistemas sociais e seus subsistemas o Direito, em sua generalidade, e o Direito Penal, particularmente têm sofrido forte influência da inserção da cultura do medo. A ansiedade individual, construída e trabalhada a partir de dados comuns, passa a integrar no seio comunitário a mesma sensação, porém, doravante, experimentada coletivamente. Somada à histeria de massa, noticiada amiúde de modo dantesco, fragiliza o ânimo social, que consente e não dificilmente reclama pela (sensação de) segurança”. In: FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, número 10, agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/novo/revista\\_liberdades\\_artigo/128-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO)>.

definimos o que é crime e quais são os destinatários da norma penal, o fazemos com neutralidade? Como devemos conceber a seletividade do direito penal à luz das pré-compreensões?

Ao trabalhar a pré-compreensão os autores Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento afirmam:

Ao deparar com um problema jurídico qualquer, o intérprete, antes até de consultar as normas pertinentes, já tende a antecipar uma solução, com base na sua pré-compreensão. A pré-compreensão envolve não apenas a concepção particular de mundo do intérprete, mas, sobretudo, os valores, tradições e preconceitos da comunidade que ele está inserido. Afinal, os seres humanos não são desenraizados, mas compartilham, em geral, visões de mundo com aqueles que vivem no mesmo contexto histórico e cultural<sup>12</sup>.

Pela simples definição do que é pré-compreensão se conclui que ela é ínsita ao ser humano, portanto, impossível afastá-la da hermenêutica penal.

Ainda que o intérprete seja prudente, o legislador não o é, já que faz opções de definição calcadas em critérios altamente seletivos, normalmente, econômicos, sociais, culturais e até mesmo anti-democráticos ( quando se fundamentam em conceitos abertos como normal/anormal; igual/diferente; inimigo/amigo; honesto/desonesto; rico/pobre; consumidor/ não consumidor, etc). Logo, o processo de criminalização baseado em pré-compreensões faz nascer os diversos estereótipos que depois se transformam em inimigos sociais (vadios, moradores de rua, usuários de droga, dentre outros).

Em arremate, Souza Neto e Sarmento, já citados, concluem:

Na pré-compreensão pode ter lugar a hierarquização social e estigmatização do diferente. Tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica, sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica, equivale e endossar o status quo cultural e legitimar a injustiça, em nome do Direito e da Constituição<sup>13</sup>.

12 NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 418.

13 *Ibidem.*, p. 419.

A razão crítica que os autores mencionam acima passa a ser papel da Criminologia, a qual não só revela as pré-compreensões fundadas em estereótipos alimentados pela cultura do medo impulsionados pelo *mass media*, como também propõe mudanças para rechaçar essas pré-definições, ao aduzir a necessidade de um olhar menos seletivo do direito penal.

Em suma, o que os criminólogos devem fazer é uma “congenialidade fraterna”<sup>14</sup>, na expressão de Emílio Betti, ou seja, se abrirem para o outro, para novas experiências e para novos conhecimentos, a fim de que alcancem o meio termo entre a neutralidade e a seletividade, especialmente no Direito Penal.

Nesta esteira, deve se perseguir uma síntese entre as naturais pré-compreensões do intérprete e a neutralidade, para que se afaste as injustiças realizadas pelos estereótipos, pois só assim a sociedade não terá medo do diferente, do que incomoda, do que não é normal.

Do contrário, estaremos fadados à falta de efetividade do direito de punir, ainda que tenhamos um “inimigo social moderno” pré-compreendido, selecionado e estereotipado como o usuário e o traficante de drogas.

#### **4 O PODER DE DEFINIÇÃO: COMPREENSÃO ECONÔMICA DO DIREITO DE PUNIR**

Vimos no tópico anterior a questão da pré-compreensão influenciada principalmente pela cultura do medo e pelos diferentes pontos de vista que essa cultura gerou na evolução dos fundamentos do direito de punir do estado.

Agora, veremos como essa cultura se auto-justifica para legitimar o poder de definição do que é crime e quem são os criminosos.

A Criminologia Crítica estuda o crime sob a ótica da reação social e dos conflitos de interesses que surgem no âmbito da vida em sociedade

---

14 “O intérprete, ao empenhar-se em conhecer o objeto, não se submete a um processo mecânico e passivo, embora se ponha numa atividade de abertura congenial, como afirma Betti. Não de encontrar em harmonia as exigências do cânone da autonomia e as do cânone da atualidade. O intérprete, para alcançar uma compreensão efetiva, deve comparecer espontaneamente diante do objeto, animando-o com sua própria vida e alma, numa experiência atual. A subjetividade do sujeito que interpreta não constitui obstáculo para a compreensão, mas condição indispensável de sua possibilidade”. MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A teoria da interpretação Jurídica*: um diálogo com Emílio Betti. p. 165.

capitalista, utilizando como método, o histórico-dialético, ou seja, na dicotomia poder e interesses.

Portanto, ao interpretar o direito de punir do Estado, constrói uma hermenêutica deslegitimadora do direito de punir, já que existe uma distância fulcral entre o fundamento do direito de punir real e o fundamento declarado oficialmente.

O fundamento do direito de punir e do próprio Direito Penal se justifica no discurso oficial, através das teorias que endossam a aplicação da conseqüência máxima do cometimento do delito, qual seja, a sanção penal (pena e medida de segurança). Desta feita, o direito de punir advém de uma necessidade fixada na reprovação e na prevenção da ocorrência de novas condutas desviantes.

Ao contrário, para a Criminologia Crítica, o real fundamento do direito de punir deve se ater a uma interpretação mais realista e aqui, faz-se necessária a compreensão em sentido extra-jurídico<sup>15</sup>.

O hermeneuta deve procurar as profundezas do fenômeno criminal, como fato social dinâmico e permeado por condições econômicas. Em suma, o direito de punir como compreensão ampla: sociológica, filosófica, mas principalmente econômica.

Esta compreensão econômica do direito de punir culmina com a definição do direito de punir como forma de controle social daqueles que estão alijados do poder econômico, ou seja, quem tem o poder de definição elenca como destinatários do direito penal aqueles que são vulneráveis e despidos de capital.

O direito de punir, portanto, é uma faceta da dominação econômico-social, responsável pela segregação daqueles que não se adaptam ao sistema capitalista, ou que, por algum motivo, não se enquadram no modelo proposto pelo sistema (os não consumidores, os desempregados, os inimigos sociais, vadios, traficantes, usuários de drogas e assim por

---

15 Mauro Carbone, citando Merleau-Ponty aduz bem a questão do olhar o invisível para perceber o outro, papel que o jurista deve buscar no sentido extra-jurídico aqui trabalhado: "A percepção analítica, que nos dá o valor absoluto dos elementos isolados, corresponde, portanto, a uma atitude tardia e excepcional, é aquela do cientista que observa ou do filósofo que reflete; a percepção das formas, no seu sentido geral de percepção de estrutura e de conjunto ou configuração, deve ser considerada como o nosso modo de percepção espontâneo". CARBONE, Mauro. *Merleau-Ponty e o pensamento do cinema*. Trad. Débora Quaresma e Davide Scarso. Disponível em: <<http://cjpmi.ifl.pt/2-carbone/>>.



diante). Com efeito, a pena tem o objetivo de manter a dominação social e econômica dos menos favorecidos, para manutenção do *status quo*, isto é, o direito de punir é alçado a instrumento de controle social para manutenção do sistema capitalista<sup>16</sup>.

Quando o intérprete traz para a aplicação das normas penais e processuais penais a compreensão econômica do direito de punir, passa a interpretar a norma com outros olhos, podendo, inclusive, exercer em sua aplicação prática e pragmática, em casos extremos, a superabilidade das regras<sup>17</sup>, que consiste na defesa da possibilidade de inserir exceções em uma norma jurídica escorada em forte viés argumentativo<sup>18</sup>, buscando uma aplicação mais justa do direito de punir.

## 5 TEORIA TRIDIMENSIONAL DO DIREITO: COMPREENSÃO DA CRIMINOLOGIA COMO BUSCA DOS “VALORES” OCULTOS

A teoria tridimensional do Direito foi desenvolvida pelo ilustre jurista Miguel Reale e se caracteriza por definir o Direito como fato, valor e norma<sup>19</sup>.

16 Como aduz Bauman: “Se não houvesse os pobres, teriam de ser inventados. Eles põem em relevo o que significa não ser consumidor numa sociedade de consumidores”. BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 251

17 Thomas Bustamante diz; “Em conclusão, podemos dizer que admitir a superabilidade das regras jurídicas, implica admitir, sem tabus ou eufemismos, a existência de decisões contra legem. Embora pese sobre este tipo de decisão uma pesada carga de argumentação, os múltiplos exemplos citados na literatura jurídica e encontrados nas decisões judiciais prolatadas em casos difíceis demonstram que elas fazem parte do universo de problemas jurídicos enfrentados pelo jurista prático”. Podemos dizer que a criminologia traz substratos para tornar os casos “menos difíceis”. BUSTAMANTE, Thomas. *Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*. N. 37. jul./dez. 2010. p. 173-174.

18 O estudo da co-culpabilidade, quando sai das discussões teóricas e filosóficas e se concretiza na prática, é um duplo exemplo: de compreensão econômica do direito de punir, bem como de superabilidade da norma jurídica. Um exemplo disso pode ser constatado em caso de uso de passaporte falso, onde o próprio MPF pediu absolvição do acusado, em virtude das condições econômicas e sociais às quais estava submetido. Ver Alexandre Libonati. Juiz Federal Convocado. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Renato M. Andrade. Origem: 7. Vara Criminal do Rio de Janeiro. *Processo n. 2001.51.01.539656-0*. TRF – 2. Região. Disponível em: <www.trf2.gov.br>.

19 “Encontraremos sempre estes três elementos, onde quer que se encontre a experiência jurídica: - fato, valor e norma. Onde podemos concluir, dizendo que a palavra Direito pode ser apreciada, por abstração, em tríplice sentido, segundo três perspectivas dominantes: 1) O Direito como valor do justo, estudado pela Filosofia do Direito na parte denominada Deontologia Jurídica, ou, no plano empírico e pragmático, pela Política do Direito; 2) o Direito como norma ordenadora de conduta, objeto da Ciência do Direito ou Jurisprudência; e da Filosofia do Direito no plano epistemológico; 3) o Direito como fato social e histórico, objeto da História, da Sociologia e da Etnologia do Direito; e da Filosofia do Direito, na parte da Culturologia Jurídica”. REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.509.

Transportando esses ensinamentos para as ciências criminais e, especialmente para o direito de punir, a legitimidade da punição aplicada pelo Estado teria que se debruçar sobre os três elementos supracitados, quais sejam: fato, valor e norma..

A questão do fato e da norma está bem debatida e desenvolvida quando tratamos das ciências criminais e do direito de punir. Quanto a este último, propõe-se um discurso baseado na subsunção do fato à norma, com fulcro no princípio da legalidade estrita. Logo, desde que o fato social tenha correspondência na previsão legal, há um juízo positivo de tipicidade, formando-se o primeiro elemento do conceito analítico de crime.

O problema surge quanto à valoração do fato e sua definição como crime, para fundamentar um direito de punir com restrição de direitos fundamentais, ou seja, há uma correspondência entre os valores propostos pelo discurso oficial e os valores reais? Ou existem valores ocultos nas ciências criminais e fundamentadores do direito de punir que devem ser desvendados pelo intérprete?

Como já vimos anteriormente, a Criminologia busca esses valores ocultos, através de um estudo interdisciplinar e, ao modificar a noção de compreensão da norma, muda valores, muda visões de mundo, enfim, altera o marco teórico das ciências criminais e cria novos paradigmas<sup>20</sup> de interpretação.

---

20 A palavra paradigma é empregada no sentido preconizado por Thomas S. Kuhn, quando ele diz que os paradigmas são determinados modelos teóricos e métodos advindos de uma forma de compartilhar objetivos, formas de pensar, marcos teóricos, ou seja, a mesma visão de mundo. Todavia, esses paradigmas sofrem anomalias (contestações), as quais surgem quando eles não conseguem responder às várias perguntas que surgem no decorrer do tempo, o que pode ensejar a revolução. Daí advém um novo paradigma como ruptura com o paradigma anterior; todavia esse rompimento é apenas parcial, visto que ainda preserva idéias do paradigma anterior – esta é a noção de ciência comum. Portanto, todo paradigma é uma simplificação da realidade, ou seja, um quadro ou modelo teórico não consegue atingir toda a complexidade da realidade. O paradigma, assim, é uma forma de tornar as coisas inteligíveis, para atingir um entendimento mínimo da realidade – ter acesso a ela através dos modelos teóricos. Conforme leciona Kuhn ao definir paradigma: “Percebe-se rapidamente que na maior parte do livro o termo “paradigma” é usado em dois sentidos diferentes. De um lado indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal”. (KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 220.)

Portanto, a ciência criminológica perpassa pelo personalismo axiológico<sup>21</sup> no estudo da delinquência, já que ao estudar o crime (fato), dentro de um contexto social (fato social) e sua relação com o outro (vítima), dentro de uma dinâmica de relações e conflitos aclara os valores “ocultos” pela simples representação de interesses classistas na dogmática jurídico-penal (norma).

Mas isso não basta. Para que haja efeitos práticos nesta conduta do hermeneuta imbuído dos ensinamentos criminológicos, é preciso que concretize essa análise e extraia do âmago das normas penais e processuais penais os verdadeiros valores buscados na previsão legal, para, se for o caso, exercer o papel de correção, para que tenhamos um legítimo direito de punir erigido sobre os três pilares (fato, valor e norma).

Assim, a Criminologia será responsável por dar transparência e legitimação à verdadeira noção de Direito na sua tridimensionalidade, já que resgata o estudo dos valores e, principalmente, dos “valores ocultos”, a fim de que o Direito Penal seja aplicado de maneira mais justa, real, democrática e menos seletiva.

## 6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto podemos concluir que:

- a) A Criminologia passa a ser fonte de princípios hermenêuticos das ciências criminais, tendo forte apelo interpretativo na análise da dogmática jurídico-penal e na aplicação do Direito Penal aos casos concretos;
- b) O novo giro hermenêutico lingüístico exerce influência direta no direito de punir do Estado, pois traz a noção de que o mesmo se vincula à linguagem devidamente ligada às noções de compreensões, pré-compreensões, neutralidade e pragmatismo;

---

21 O personalismo axiológico de Miguel Reale fixa o ser humano como fundamento e centro de todo o Direito, ou seja, a pessoa como irradiador dos valores assimilados pelo Direito. Angeles Mateos García bem sintetiza essa idéia de Reale: “Conhecer o sentido último do homem e da humanidade implica partir do mundo objetivado por ele, sendo que o mundo, por sua vez, não pode ser entendido sem levar em conta a peculiaridade axiológica – onto-axiológica – da pessoa, centro e explicação última da sua própria realidade, como presente, passado e futuro por fazer. Daí o sentido da cultura como “paradigma” necessário na explicação do home e da realidade”. GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 99.

- c) Há que se buscar, através da Criminologia, uma nova compreensão do direito de punir do Estado, inserindo no contexto do seu estudo e aplicação a inclusão do outro, através do diálogo, para solucionar materialmente o conflito de interesses;
- d) A cultura do medo calcada nas pré-compreensões é natural no ser humano influenciado pelo *mass media*, mas pode ser equacionada através da congenialidade fraterna e na “*conversa de praça pública*”<sup>22</sup>, ou seja, abertura para o outro, com o fito de desmistificar os estereótipos;
- e) Na busca do significado da conduta criminosa e do direito de punir, o intérprete deve ter em mente a dimensão econômica do crime, para que, se for o caso, aplique o instituto da superabilidade das regras, calcado nas análises interpretativo-criminológicas, para corrigir as distorções práticas do sistema criminal;
- f) O tridimensionalismo do direito de punir deve se expressar nos três elementos (fato, valor e norma), destacando-se o elemento valor, cabendo ao intérprete do direito de punir desvelar os valores ocultos, para que possa diminuir a seletividade proposta pela dogmática jurídico-penal atual.

## REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica a e Crítica do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e Intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: uma nota sobre a superabilidade das regras jurídicas e as decisões *contra legem*. *Direito, Estado e Sociedade*. n. 37. jul./dez.2010.

CARBONE, Mauro. *Merleau-Ponty e o pensamento do cinema*. Tradução de Débora Quaresma e Davide Scarso. Disponível em: <<http://cjpmi.ifl.pt/2-carbone/>>.

---

<sup>22</sup> Remetemos o leitor ao item 3 deste trabalho.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha. Um estudo acerca das relações entre a política criminal da sociedade de risco e a mídia: Abordagens críticas de suas influências em face da tutela penal da dignidade sexual infanto-juvenil. *Revista Liberdades*, número 10, agosto de 2012. Disponível em: <[http://www.ibccrim.org.br/novo/revista\\_liberdades\\_artigo/128-ARTIGO](http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/128-ARTIGO)>.

GARCÍA, Angeles Mateos. *A teoria dos valores de Miguel Reale*. Fundamento de seu tridimensionalismo jurídico. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros. *Direito posto e direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

IBBCRIM – Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – número 245.

KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A teoria da interpretação Jurídica: um diálogo com Emilio Betti*.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4 edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

OLIVEIRA, Edmundo. *Vitimologia e direito penal: o crime precipitado ou programado pela vítima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PALNNER, Richard E. *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, Alvinho Augusto. O conversador da Praça da Sé. *Boletim IBBCRIM*, n. 244, março de 2013.



# DIRETRIZES OPERACIONAIS VINCULANTES DO REGIME DIFERENCIADO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*OPERATIVE DIRETIVES TO ENFORCE A DIFFERENTIAL SYSTEM  
FOR PUBLIC ADMINISTRATION CONTRACTS*

*Jessé Torres Pereira Junior*

*Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

*Marinês Restelatto Dotti*

*Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Padronização do objeto; 2 Padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos; 3 Busca da proposta mais vantajosa segundo requisitos predefinidos, inclusive de sustentabilidade; 4 Condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive pagamento conforme desempenho; 5 Preferência para mão-de-obra,

materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução do objeto; 6 Parcelamento do objeto; 7 Respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade; 8 Normas de preservação e proteção ao meio ambiente; 8.1 Acessibilidade; 8.2 Impacto sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados; 9 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O texto propõe-se a esquadrihar as sete diretrizes operacionais que a Administração Pública deverá cumprir nas licitações e contratações diretas sujeitas ao RDC, a saber: (a) padronização do objeto; (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração; (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado; (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução; (f) parcelamento do objeto; e (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Padronização. Parcelamento. Sustentabilidade. Vantajosidade. Pagamento.

**ABSTRACT:** This paper analyses the seven operating directives that the Brazilian Public Administration ought to perform in the contracts and bidding competitions held under the RDC (Differential Contract Regime), such as: (I) pattern uniformity for the object; (II) pattern uniformity for public invitations; (III) searching the more favorable proposal for the Administration; (IV) transaction, insurance and payment conditions similar to those adopted by the private corporations; (V) take into consideration, always as possible, in the contract budget, the personal, the goods and the technology that can be found at the local where the contract shall be accomplished; (VI) partible object; and (VII) obedience to principles and rules about environment, urban, patrimonial and accessibility protection.

**KEYWORDS:** Pattern Uniformity. Partible Object. Sustainability. More Favorable Proposal. Public Payment.



## INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 4º da Lei nº 12.462/11 que:

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

O art. 4º da Lei nº 12.462/11, a qual dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, reúne as sete diretrizes que a Administração Pública cumprirá nas licitações e contratações diretas sujeitas ao regime diferenciado previsto na Lei nº 12.462/11, a saber: (a) padronização do objeto; (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos; (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração; (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado, incluindo pagamento conforme ao desempenho da contratada; (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que sem prejuízo da eficiência na execução do respectivo objeto e respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; (f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala; e (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

Referidas diretrizes têm a inspirá-las a racionalização das atividades administrativas, a ampliação da competitividade e a contratação eficaz e eficiente para o fim de atender à implementação de políticas públicas específicas, destacando-se por singular peculiaridade: nada obstante diretrizes operacionais, na medida em que ditam o “como fazer” e, não, propriamente, “o que fazer”, resultem, de ordinário, de avaliações discricionárias, as diretrizes do art. 4º do RDC se apresentam providas de força vinculante da Administração,

seguindo-se que o seu eventual descumprimento poderá acarretar a invalidação da licitação ou do contrato. Daí o desusado interesse em esquadrihar-lhes o fundamento, o sentido e a extensão.

## 1 PADRONIZAÇÃO DO OBJETO

O Decreto-Lei nº 2.300/86, que dispunha sobre licitações e contratos no âmbito da Administração Pública federal, assim tratava da padronização:

Art. 14. As compras, sempre que possível e conveniente, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção e assistência técnica.

A Lei nº 8.666/93, atual Lei Geral de Licitações, também conferiu à padronização o status de princípio da Administração Pública, dispondo em seu art. 15:

As compras, sempre que possível, deverão: I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas”

O RDC estende a padronização às contratações pertinentes aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, à Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, à Copa do Mundo Fifa 2014, às obras de infraestrutura e de prestação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses campeonatos esportivos, às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

A eficácia (aptidão para produzir os resultados planejados) da padronização depende de haver compatibilidade entre as especificações técnicas do objeto e o desempenho na sua execução, o que significa que o objeto deve atender, em cada licitação ou contratação, a características técnicas uniformes estabelecidas pela Administração e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecida.

A padronização almeja, entre outras vantagens:

- (a) facilidade na manutenção, substituição e operação de bens, sistemas e estruturas;
- (b) aproveitamento de servidores já treinados para o manuseio de equipamentos ou serviços;
- (c) adequação dos trabalhos administrativos a produto, projeto ou tecnologia já integrante do patrimônio público, com especificações técnicas definidas; e
- (d) adaptação dos usuários às características operacionais, à compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes.

O art. 4º, I, alude, genericamente, à padronização do objeto, o que induz a possibilidade de a padronização alcançar bens, serviços e obras. Os artigos 29, IV, e 33, *caput*, do RDC são expressos a esse respeito, *verbis*:

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei: [...] IV - catálogo eletrônico de padronização. [...]

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no *caput* deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterà toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

Assim também no Decreto nº 7.581/11, regulamentador do RDC:

Art. 110. O Catálogo Eletrônico de Padronização conterà:

I - a especificação de bens, serviços ou obras; [...]

§ 1º O Catálogo Eletrônico de Padronização será destinado especificamente a bens, serviços e obras que possam ser adquiridos ou

contratados pela administração pública pelo critério de julgamento menor preço ou maior desconto.

A definição das condições de manutenção, assistência técnica e garantia<sup>1</sup>, deve ser objetiva e técnica, fundamentada em estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o atendimento ao interesse público. Avanço tecnológico e restrição do universo de fornecedores desaconselham, só por si, a padronização, sendo imprescindível, então, a apresentação de justificativa técnica pela Administração.

A padronização de marca é possível nos termos admitidos pelo Tribunal de Contas da União:

9.3.2. no caso de eleição de produto de determinada marca ou determinado fabricante, para fins de padronização, faça constar do respectivo procedimento justificativa respaldada em comprovação inequívoca de ordem técnica, apresentando estudos, laudos, perícias e pareceres que demonstrem as vantagens econômicas e o interesse da Administração, considerando as condições de operação, manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas, devendo apresentar comprovação inequívoca de ordem técnica de que produto de marca similar não tem qualidade equivalente e que somente a marca escolhida atende às necessidades específicas da administração, considerando, sempre, que esse procedimento constitui exceção ao princípio constitucional da isonomia, bem como à regra que veda a restrição do caráter competitivo da licitação, prevista no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/1993, e de acordo com a jurisprudência deste Tribunal (Decisão nº 1.518/2002 - Plenário e Acórdão nº 1.482/2003 - 1ª Câmara, entre outras deliberações). (Acórdão nº 2664/2007, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Processo nº 027.522/2007-1).

A possibilidade de indicar-se a marca para efeito de padronização conta, hoje, com orientação expressa no verbete 270, da Súmula do TCU: *“Em licitações referentes a compras, inclusive de softwares, é possível a indicação de marca, desde que seja estritamente necessária para atender exigências de padronização e que haja prévia justificação.”*

1 A Orientação Técnica 003/2011, do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP, estabelece os parâmetros para as avaliações de qualidade das obras públicas, durante o seu período de garantia, mais notadamente nos cinco anos de responsabilidade objetiva dos executores, bem como elementos para acionamento dos responsáveis pela reparação dos defeitos.

Veja-se, contudo, que o processo de padronização não conduz, necessariamente, à contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Somente em situações em que o processo de licitação se mostre inviável será possível a contratação direta (Lei nº 8.666/93, art. 25). Logo, indispensável a demonstração dessa inviabilidade, o que não ocorrerá se existir mais de um fornecedor da marca que resultou padronizada, em condições de fornecê-la competindo com os demais.

De acordo com o Tribunal de Contas da União<sup>2</sup>, a padronização, em regra, não afasta a realização de procedimento licitatório, já que pode haver no mercado mais de um fornecedor do produto padronizado, a exemplo dos casos em que a comercialização não é feita diretamente pelo fabricante ou representante exclusivo. O que faz ponderar sobre o fato de que a padronização não se faz em razão da marca, mas a partir de especificações técnicas que o produto deve reunir para atender às necessidades da Administração, com exclusão de qualquer outro. Padronizadas tais especificações e atributos técnicos, pode ocorrer que somente o produto de determinada marca as atenda.

Averbe-se o entendimento da Quinta Turma do TRF da 1ª Região, ao julgar o agravo de instrumento nº 2005.01.00.023543-8/DF, relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, *verbis*:

Agravo de instrumento contra decisão que suspendeu concorrência promovida pelo Bacen, que tem por objeto a aquisição de uma Solução Integrada de Gestão Empresarial (ERP – Entertainment Resource Planning) e um Sistema Gerenciador de Banco de Dados – SGBD. A decisão recorrida considerou que a restrição imposta no edital, quanto ao sistema de banco de dados a ser adquirido e que deve ser utilizado pelo Sistema ERP, configurou indevida restrição à competitividade do certame, pois obstou a participação de empresas fornecedoras de SGBD desenvolvidos por outros fabricantes. Salientou, ainda, que a padronização não pode ser realizada ao alvedrio da Administração Pública, devendo ser precedida de procedimento específico.

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao agravo. Esclareceu o Voto que o Bacen realizou procedimento administrativo de padronização, a fim de analisar os sistemas de banco de dados, no qual concluiu que o sistema ora disposto no edital é o que melhor atende aos interesses da Administração, sendo utilizado pela autarquia desde

2 Licitações & Contratos. *Orientações e Jurisprudência*. 4. ed. TCU. p. 217.

1998. Torna-se evidente que uma mudança no padrão do sistema de banco de dados adotado acarretaria maiores ônus de implantação e manutenção, bem como gastos adicionais de treinamento de pessoal, além do risco quanto à segurança das informações constantes dos bancos de dados atualmente existentes.

Observou que a conduta da Administração pautou-se pela observância do princípio da legalidade. A padronização não constitui mera faculdade do administrador, ela é um instrumento dirigido às futuras aquisições a serem efetuadas pelo Poder Público, na medida em que, uma vez adotada, haverá eliminação quanto à seleção dos produtos a serem adquiridos, refletindo diretamente na execução do contrato, pois as técnicas de utilização e conservação serão idênticas para todos os objetos. Sua finalidade é especialmente a redução de custos de implantação, manutenção e treinamento de mão-de-obra, o que atende aos princípios da economicidade e da eficiência, propiciando uma melhor destinação das verbas públicas, a melhoria na execução de atribuições e a plena continuidade de serviços.

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, dando cumprimento à diretriz da padronização, estabeleceu que, nas licitações realizadas para a formação do registro de preços, em que haja mais de um órgão ou entidade pública participante, seja evitada a contratação de mais de uma empresa para a execução do mesmo serviço em uma mesma localidade. Assim:

Art. 93 [...]

§ 2º Na situação prevista no § 1º, será evitada a contratação de mais de uma empresa para a execução do mesmo serviço em uma mesma localidade no âmbito do mesmo órgão ou entidade, com vistas a assegurar a responsabilidade contratual e o princípio da padronização.

## **2 PADRONIZAÇÃO DE MINUTAS DE INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS E DE CONTRATOS**

A segunda diretriz arrolada no art. 4º do RDC consiste na padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos, as quais devem ser previamente aprovadas pelo órgão jurídico competente.

O papel da assessoria jurídica, ao analisar previamente as minutas que lhes são submetidas, é o de evitar defeitos capazes de macular o

procedimento licitatório, podendo ensejar sua nulidade, e também a do contrato dele resultante. Ronny Charles<sup>3</sup> leciona:

O prévio exame das minutas, pelo órgão de assessoramento jurídico, é de suma importância, pois permite um controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público. Assim, imagina-se evitar a concretização de ato danoso ao Erário e a materialização de prejuízos que a atuação repressiva, na maioria das vezes, não consegue recuperar.

A remessa prévia à assessoria jurídica constitui dever do gestor público, cujo descumprimento acarreta consequências no campo das responsabilidades funcionais.

A manifestação da assessoria jurídica, na forma estatuída pelo art. 4º, II, do RDC, é obrigatória, mas não vinculativa para o gestor, que pode dela discordar desde que apresente as razões de fato e de direito que lhe dê sustentação. Extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

O seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 19/2002 Plenário é bastante esclarecedor nesse sentido: ‘Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes do gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração. Este dever exsurge com maior intensidade nas situações em que se está a excepcionar princípio (impessoalidade) e regra (licitação) constitucional. Deve agir com a máxima cautela possível ao examinar peças técnicas que concluam pela inviabilidade ou pela inconveniência da licitação’ (Acórdão nº 939/2010, Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, Processo nº TC 007.117/2010-8).

A padronização de minutas de instrumentos convocatórios e de contratos visa racionalizar as atividades dos agentes encarregados de elaborá-las e também da assessoria jurídica, a quem compete analisá-las e aprová-las. Com a padronização definem-se os parâmetros necessários,

---

3 CHARLES, Ronny. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPODIVM. p. 240.



suficientes e aplicáveis a determinada contratação, os quais serão reunidos em peças modelos (minutas de instrumentos convocatórios, de contratos, de termos de referência, de projetos básico e executivo), otimizando-se o desempenho das funções administrativas, técnicas e jurídicas daqueles agentes e assessores. A padronização propicia, ainda, celeridade processual, alçada a princípio constitucional por força do disposto no art. 5º, LXXVIII (“*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”).

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta o RDC, instituiu o Catálogo Eletrônico de Padronização, sistema informatizado destinado à padronização de bens, serviços e obras a serem contratados pela Administração Pública. Além da especificação desses objetos e da descrição de requisitos de habilitação de licitantes, em conformidade com o respectivo objeto, o Catálogo afirma, em seu art. 110, que conterà:

III - modelos de:

- a) instrumentos convocatórios;
- b) minutas de contratos;
- c) termos de referência e projetos referência; e
- d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

Assim como se lê no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, o art. 4º, II, do RDC não estabeleceu a obrigatoriedade de que a cada procedimento licitatório ou contratação direta seja encaminhada a respectiva minuta de instrumento convocatório e contrato a exame e aprovação da assessoria jurídica. A existência de minutas padronizadas e previamente aprovadas pela assessoria jurídica prescinde, em caráter excepcional, de reanálise. Será legítima nas contratações corriqueiras da Administração e desde que esta se limite a preencher dados específicos da contratação, como quantidade, prazo e local para a entrega, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Recorde-se a orientação do TCU, que se pode estender ao art. 7º, II, do RDC, extraída da obra *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*:

É aceitável dispensar-se a manifestação da assessoria jurídica quando existirem minutas-padrão já por ela examinadas e aprovadas?

Em licitações corriqueiras, em que as variações entre as respectivas minutas (a minuta-padrão previamente aprovada e a minuta que a Administração pretende utilizar) são ínfimas, restringindo-se, *v.g.*, à *adequação de dispositivos e cláusulas, como as referentes à quantidade do objeto, prazos e local para entrega, sem que se altere qualquer outro dispositivo e/ou cláusula do instrumento previamente examinado e aprovado*, é admitido, em caráter excepcional, o não envio da minuta para a assessoria jurídica.

O parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 não é expreso quanto à obrigatoriedade de que cada procedimento licitatório ou contratação direta tenha a respectiva minuta submetida a exame e aprovação pela assessoria jurídica. Além disso, a existência de minutas-padrão, previamente examinadas e aprovadas na forma do disposto no parágrafo único, do art. 38, da Lei nº 8.666/93, contribui para a padronização de procedimentos e a celeridade processual, esta alçada a princípio constitucional por força da EC nº 45, de 2004, e homenageia o princípio da eficiência na medida em que recursos materiais e humanos podem ser direcionados à execução de outras tarefas administrativas.

Mas a dispensa de remessa à assessoria jurídica por existir minuta-padrão pressupõe a comprovação do gestor público, no processo da licitação ou da contratação direta, de que a minuta entranhada nos autos segue o modelo previamente aprovado, com indicação de número e data da respectiva manifestação jurídica, a indicação dos dispositivos e/ou cláusulas que sofreram alteração em relação à minuta-padrão e a justificativa quanto à adequação pretendida em relação aos demais dispositivos e cláusulas da minuta-padrão.

No Manual do Tribunal de Contas da União, intitulado Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência, 4ª edição, p. 270, a Corte orienta que:

É permitida a utilização de modelos padronizados de editais e de contratos previamente submetidos à análise da área jurídica do órgão ou entidade contratante. Nesses modelos, o gestor limita-se a preencher dados específicos da contratação, sem alterar quaisquer condições ou cláusulas anteriormente examinadas.

Cabe ao gestor público verificar a conformidade entre a licitação ou a contratação direta que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Em vista das peculiaridades de cada caso concreto e havendo dúvida acerca da perfeita identidade das minutas, deve prevalecer a regra geral de colher-se a manifestação da assessoria jurídica. Se houve alteração nas normas de regência após a aprovação das minutas-padrão, impõe-se, também nesse caso, a remessa das novas minutas ao exame e aprovação da assessoria jurídica.

Ao examinar e aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade sobre os procedimentos licitatórios e contratações diretas em que tenham sido utilizadas. O gestor responderá pela decisão de não encaminhar minuta-padrão à assessoria jurídica quando tal procedimento se impunha em razão da substancial ajustamento em dispositivos ou cláusulas previamente aprovadas. (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Dotti. São Paulo: Editora NDJ. 2012. p. 132)

Nos julgados que se seguem, a Corte de Controle explicita que, em caráter excepcional, é aceitável a utilização de minuta-padrão de edital e/ou contrato, previamente aprovada por assessoria jurídica da Administração:

(a) “6. Acerca do assunto, o Tribunal recentemente apreciou pedido de reexame interposto pela [...] contra o Acórdão nº 1.577/2006-TCU-Plenário e deliberou no sentido de modificar alguns dispositivos dessa deliberação, conferindo a um deles a seguinte redação (Acórdão 3014/2010-Plenário):

9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto - e este representar contratação corriqueira - e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta-padrão.

7. Haja vista que, naquela ocasião, a matéria foi devidamente debatida, não ocorrendo nenhuma divergência, penso que o entendimento deva ser mantido.” (Acórdão nº 873/2011, Plenário, Relator Min. José Jorge, Processo nº 007.483/2009-0);

(b) “9.2.3. submeta à apreciação da Assessoria Jurídica as minutas de todos os contratos a serem celebrados, obedecendo aos ditames do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 8.666/93 (correspondente à subcláusula 7.1.2 do Decreto nº 2.745/1998), estando autorizada a utilizar excepcionalmente minuta-padrão, previamente aprovada pela Assessoria Jurídica, quando houver identidade de objeto – e este representar contratação corriqueira – e não restarem dúvidas acerca da possibilidade de adequação das cláusulas exigidas no contrato pretendido às cláusulas previamente estabelecidas na minuta- padrão” (Acórdão nº 3014/2010, Plenário, Relator Min. Augusto Nardes, Processo TC-005.268/2005-1);

(c) “Trata-se de pedido de reexame interposto [...] contra a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003-Plenário, expedida nos seguintes termos (fl. 124 do volume principal):

‘1.1 - que submeta à aprovação de sua Assessoria Jurídica todas as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes, conforme exige o art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666/93’.

#### Voto do Ministro Relator

Conheço do pedido de reexame, uma vez observados os requisitos de admissibilidade previstos no art. 48 da Lei 8.443/92 e no art. 286 do Regimento Interno.

Houve divergência nos órgãos instrutivos sobre o melhor encaminhamento a ser dado ao pedido de reexame [...] acerca da proibição da utilização de minutas-padrão em procedimentos licitatórios.

O Analista da Secretaria de Recursos acolhe a argumentação do recorrente, que se fundamenta essencialmente nos princípios da eficiência e da economicidade, e que estão sintetizados nos seguintes parágrafos, *in verbis*:

‘A melhor gestão de recursos disponíveis é, sem dúvida, a que resulta do planejamento. Nesse sentido, o procedimento normatizado pelo [...] Recorrente, que uniformiza a atuação dos seus administradores em todo o País, resulta em gestão de recursos com respeito ao princípio da economicidade, além de adequar-se ao princípio da moralidade. O

atendimento das instruções pelo Administrador vem impedir quaisquer equívocos ou desvios, tornando transparente, célere e diminuindo os custos do procedimento licitatório. Ganha a empresa com a otimização de recursos financeiros, materiais e humanos desde o início da fase interna, até a assinatura e posterior execução do contrato.

Portanto, outra conclusão não há: a adoção por parte [...] Recorrente da sistemática de utilização de minutas-padrão de editais e de contratos comuns que se repetem periodicamente em todo o País, que já contaram com a análise e a aprovação prévia pelo órgão jurídico, e que são inseridos em suas instruções internas, é procedimento adequado a uma administração eficiente - como deve ser para quem atua em regime de concorrência com as empresas privadas - e termina por concretizar o princípio da eficiência constitucional.'

Os dirigentes da Serur e o Ministério Público discordam. Nos termos do parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93, a exigência de manifestação prévia seria para cada procedimento licitatório.

A padronização de procedimentos que se repetem rotineiramente é um meio salutar de a Administração desincumbir-se de tarefas que, numericamente significativas, na essência referem-se sempre aos mesmos atos administrativos. Sua adoção é desejável na medida em que libera recursos humanos e materiais para serem utilizados naquelas ações que impõe atuação individualizada. A repetição de procedimentos licitatórios que tenham o mesmo objeto e que guardem proporção em relação às quantidades enquadram-se nessa hipótese.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in 'Direito administrativo', 14<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2002, pg. 81, ao tratar de princípios da administração pública, ensina que:

'O princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); [...].'

Segundo Hely Lopes Meirelles, in 'Direito administrativo brasileiro', Malheiros Editores, São Paulo, 22ª ed., pg. 90, o dever de eficiência corresponde ao 'dever de boa administração' e 'é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público [...]'

Assim, admitindo-se a existência de procedimentos licitatórios idênticos tanto em relação ao objeto quanto em relação às quantidades ou, então, quanto à modalidade licitatória, a utilização de minutas-padrão não fere o dispositivo legal que impõe a prévia manifestação da assessoria jurídica sobre a regularidade das minutas dos editais e dos contratos. Aliás, sobre esse aspecto - responsabilidade da assessoria jurídica -, Marçal Justen Filho - in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 1999. p. 370 - afirma:

'Ao examinar e aprovar os atos da licitação, a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal solidária pelo que foi praticado. Ou seja, a manifestação acerca da validade do edital e dos instrumentos de contratação associa o emitente do parecer ao autor dos atos. Há dever de ofício de manifestar-se pela invalidade, quando os atos contenham defeitos. Não é possível os integrantes da assessoria jurídica pretenderem escapar aos efeitos da responsabilização pessoal quando tiverem atuado defeituosamente no cumprimento de seus deveres: se havia defeito jurídico, tinham o dever de apontá-lo. A afirmativa se mantém inclusive em face de questões duvidosas ou controvertidas. Havendo discordância doutrinária ou jurisprudencial acerca de certos temas, a assessoria jurídica tem o dever de consignar essas variações, para possibilitar às autoridades executivas pleno conhecimento dos riscos de determinadas ações.'

Dessa forma, ao aprovar minutas-padrão de editais e/ou contratos, a assessoria jurídica mantém sua responsabilidade normativa sobre procedimentos licitatórios em que tenham sido utilizadas. Ao gestor caberá a responsabilidade da verificação da conformidade entre a licitação que pretende realizar e a minuta-padrão previamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica. Por prudência, havendo dúvida da perfeita identidade, deve-se requerer a manifestação da assessoria jurídica, em vista das peculiaridades de cada caso concreto.

A despeito de haver decisões do TCU que determinam a atuação da assessoria jurídica em cada procedimento licitatório, o texto legal - parágrafo único do art. 38 da Lei 8.666/93 - não é expresso quanto a essa obrigatoriedade. Assim, a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente (fl. 8/9 do anexo 1), limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade.

Em face do exposto, com vênias do titular da unidade técnica e do Ministério Público, voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

Acórdão

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no art. 48, parágrafo único, c/c o 33 da Lei 8.443/92:

9.1. conhecer do pedido de reexame e dar-lhe provimento;

9.2. tornar insubsistente a determinação constante no item 1.1. do Acórdão 1349/2003 - Plenário;

9.3. dar ciência da presente deliberação ao recorrente.” (Acórdão nº 1504/2005, Plenário, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 001.936/2003-1).

(d) No Acórdão nº 392/2006, Plenário, sumariou a Corte de Contas Federal:

“PEDIDO DE REEXAME. AUDITORIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE MINUTAS-PADRÃO DE EDITAIS E CONTRATOS. LEGALIDADE. PROVIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DE DETERMINAÇÃO.

[...]

2 - É legal a utilização de procedimentos licitatórios padronizados, desde que atenda aos princípios da legalidade, da eficiência, da

proporcionalidade e que o gestor verifique a conformidade entre a licitação pretendida e a minuta-padrão do edital e do contrato previamente examinados e aprovados pelo órgão jurídico.” (Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, Processo nº 008.107/2005-4).

Na Lei nº 8.666/93 inexistente disposição expressa acerca da competência para a elaboração do instrumento convocatório da licitação. A lei alude, genericamente, a “*agentes públicos*” no seu art. 3º, § 1º, incisos I e II, *verbis*:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

O art. 40 da mesma lei define o conteúdo mínimo obrigatório do edital, mas não nomeia o responsável por sua elaboração – “O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte”:

Entre as atribuições da comissão de licitação, previstas na Lei nº 8.666/93, não figura a competência para a elaboração do instrumento convocatório, como se depreende de seus artigos 6º, XVI, e 51, *verbis*:

Art. 6º [...] ]



XVI - Comissão - comissão, permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. [...]

Art. 51. A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Tampouco a Lei nº 10.520/02, que dispõe sobre normas gerais para a utilização da modalidade licitatória do pregão, e o seu Decreto regulamentador nº 3.555/00 outorgam a competência para a elaboração do instrumento convocatório. Assim:

Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte: [...]

IV - a autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Art. 9º As atribuições do pregoeiro incluem:

I - o credenciamento dos interessados;

II - o recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - a abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - a condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - a adjudicação da proposta de menor preço;

VI - a elaboração de ata;

VII - a condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - o recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - o encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

Na dicção do Decreto federal nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, a competência para a elaboração do instrumento convocatório da licitação será do setor que assim for indicado como responsável na estrutura do órgão ou entidade, certo que não será o pregoeiro:

Art. 11. Caberá ao pregoeiro, em especial: [...] II - receber, examinar e decidir as impugnações e consultas ao edital, apoiado pelo setor responsável pela sua elaboração; [...]

Art. 18 [...] § 1º Caberá ao pregoeiro, auxiliado pelo setor responsável pela elaboração do edital, decidir sobre a impugnação no prazo de até vinte e quatro horas.

O RDC inova o tratamento normativo da matéria, portanto, ao declinar que a competência para elaborar minutas de instrumentos convocatórios e contratos é da comissão de licitação, incumbindo à Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização elaborar minutas-padrão. Assim estabelece o Decreto nº 7.581/11:

Art. 7º São competências da comissão de licitação:

I - elaborar as minutas dos editais e contratos ou utilizar minuta padrão elaborada pela Comissão do Catálogo Eletrônico de Padronização, e submetê-las ao órgão jurídico;

Art. 110. O Catálogo Eletrônico de Padronização conterá: [...]

III - modelos de:

a) instrumentos convocatórios;

b) minutas de contratos;

c) termos de referência e projetos referência; e

d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

Mayara Ruski Augusto Sá<sup>4</sup>, na obra *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*, pondera que:

[...] a opção a ser feita pela Comissão de Licitação entre a elaboração das minutas ou a utilização dos modelos padronizados, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.581, não pode ser livremente exercida. Caberá à Comissão de Licitação, diante de cada caso concreto, identificar a viabilidade ou não de utilizar as minutas padronizadas de instrumento convocatório e de contrato. Trata-se da solução a ser preferencialmente adotada, sempre que possível, no regime diferenciado de contratações públicas. Quando os modelos padronizados não forem adequados para atender ao objeto licitado, deverão ser apresentadas as devidas justificativas para a não adoção da padronização no caso concreto.

Ao remeter a competência para a elaboração das minutas de atos convocatórios e contratos àquelas comissões, o RDC reflexamente fixou a responsabilidade por eventuais irregularidades ou ilegalidades existentes nesses instrumentos. Responderão, solidariamente, todos os integrantes das respectivas comissões, salvo se posição divergente, devidamente fundamentada, constar expressamente no processo. Se outro agente externo à comissão influenciou na formulação desse instrumento, será chamado a responder por eventuais vícios, na medida de sua culpabilidade, ou seja, será necessário aquilatar o grau de participação e as circunstâncias em que atuou para o efeito de responsabilização.

### **3 BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA SEGUNDO REQUISITOS PREDEFINIDOS, INCLUSIVE DE SUSTENTABILIDADE**

A mesma diretriz prevista no inciso III do art. 4º do RDC (busca da maior vantagem para a Administração) apresenta-se no art. 3º da Lei nº 8.666/93 (seleção da proposta mais vantajosa para a Administração). Nem sempre a busca da maior vantagem traduz-se na escolha da proposta de menor preço. Haverá casos em que a proposta mais vantajosa para a Administração será aquela que comprove dispor de melhores condições técnicas e/ou econômicas para executar o contrato.

4 JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 46.

Fundamental, contudo, que tais condições constem objetivamente no instrumento convocatório para o efeito de selecionarem-se as propostas que as atendam.

A aquisição de bens que produzam menor impacto ambiental traduz-se em contratação mais vantajosa, ainda que eventualmente não seja o menor preço disponível no mercado quando comparado com produtos convencionais que, embora similares, careçam de atributos fundamentais para atender ao interesse público na preservação do meio ambiente. Esta constitui objetivo maior da atuação do Estado, conforme estabelecem os artigos 170, VI, e 225 da Constituição Federal<sup>5</sup>. Produtos, serviços e obras de menor impacto ambiental, ainda que apresentem maior custo na contratação, produzem maior economia ao longo de sua utilização. Isto porque previnem ou reduzem custos com a reparação de danos ambientais, apresentam maior durabilidade, menor consumo de energia e matéria prima, custo menor de manutenção, facilidade para reciclagem ou melhor se enquadram em planos de gestão de resíduos.

O julgamento baseado no menor preço ou maior percentual de desconto submete-se à verificação de requisitos mínimos de qualidade, durabilidade e garantia do objeto. Antes da análise do preço, a comissão verificará se as propostas apresentadas atendem às especificações enunciadas no instrumento convocatório, desclassificando aquelas desconformes. Por meio da competição, a Administração preordena as propostas mais vantajosas, mas é da competição nos termos estabelecidos no instrumento convocatório que resulta a proposta que superiormente interessa à Administração. Se padrões ambientais, de caráter social, técnico e/ou econômico interessam à Administração Pública, devem ser inseridos nas licitações e descritos nos instrumentos convocatórios de maneira clara, precisa e objetiva. A aquisição de um produto que cumpre política pública de proteção ao meio ambiente, *v.g.*, não viola o princípio do julgamento objetivo se seus padrões estiverem objetivamente definidos no instrumento convocatório, inclusive quando considerado como critério de pontuação técnica. É a expressa orientação do Decreto nº 7.581/11:

---

5 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

“Art. 29 [...] Poderão ser utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas técnicas”;

“Art. 31 [...] § 2º Poderão ser utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas nas licitações para contratação de projetos”.

Para a identificação da proposta mais vantajosa, mesmo a baseada no menor preço ou maior percentual de desconto, sem que haja restrição ao caráter competitivo da licitação, imprescindível que os custos e benefícios diretos e indiretos - de natureza econômica, social ou ambiental, relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos e ao índice de depreciação econômica - sejam objetivamente mensuráveis, segundo parâmetros definidos no instrumento convocatório. É que estabelece o RDC, *verbis*:

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

Igualmente nas normas regulamentares do Decreto nº 7.581/11:

Art. 26. O critério de julgamento pelo menor preço ou maior desconto considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados às despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme parâmetros definidos no instrumento convocatório.

§ 2º Parâmetros adicionais de mensuração de custos indiretos poderão ser estabelecidos em ato do Secretário de Logística

e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

O Tribunal de Contas da União, pronunciando-se sobre a cláusula geral do desenvolvimento nacional sustentável prevista no art. 3º da Lei nº 8.666/93, sublinha a necessária indicação dos parâmetros de mensuração de critérios de sustentabilidade nas licitações e, também, sobre a específica indicação das normas aplicáveis aos critérios adotados, com o propósito de introduzir elementos de certeza ao certame, de maneira a não transferir ao licitante um ônus que é da Administração, qual seja, o de definir objetivamente o que se espera do contratado. Eis o julgado:

131. É verdade que a Lei 8.666/1993 contempla a promoção do desenvolvimento nacional sustentável entre os princípios básicos a serem observados nos procedimentos licitatórios, conforme estipulado no art. 3º dessa Lei. Assim, a princípio, o [...] estaria atendendo a tais preceitos ao incluir regras de sustentabilidade no certame em comento.

132. No entanto, apesar da louvável iniciativa, o Instituto peca na forma adotada para implementar tais regras no certame em comento, ao deixar de estabelecer critérios objetivos para mensuração das exigências estabelecidas no Edital a esse respeito, conforme se observa no texto dos itens 10.7.1.4 e 10.7.1.10, *literis*:

SUBITEM: “10.7.1.4 A empresa deve comprovar que adota medidas para evitar o desperdício de água tratada;”

SUBITEM: “10.7.1.10 A empresa deve atender à legislação geral e específica quanto à armazenagem e descarte de refugos para reciclagem, tais como aparas de papel, chapas de alumínio usadas na impressão, solventes, borra de tinta”

133. Conforme se constata, o [...] não estabelece qualquer critério para avaliação do atendimento de tais exigências. Por exemplo, o que seria avaliado como “medidas para evitar desperdício de água tratada”? A nomenclatura é vaga e dificulta a realização de avaliação objetiva de tal quesito, uma vez que não se estipulou que tipo de medidas seriam consideradas válidas para esse fim.

134. Da mesma maneira, não foram estabelecidos quaisquer padrões para avaliação da proposição estabelecida no subitem 10.7.1.10.

A qual legislação se referia o Instituto ao mencionar: “legislação geral e específica”? Seguindo os mesmos moldes do item anterior, o [...] não estabeleceu a forma de verificação do atendimento a essa legislação.

135. Se o propósito do [...] era adotar as regras dispostas na IN/MPOG 1/2010, conforme alega o Instituto, a menção deveria ser específica a esse normativo e não da forma como foi posta, a qual propicia a subjetividade na avaliação desses quesitos, contrariando um dos princípios basilares da licitação estabelecido na Lei 8.666/1993, qual seja: o julgamento objetivo.

136. De acordo com o art. 6º da Instrução Normativa em comento, os editais para contratação de serviços deverão prever que as empresas contratadas adotarão as seguintes práticas de sustentabilidade na execução dos serviços, quando couber (grifamos):

[...]

II - adote medidas para evitar o desperdício de água tratada, conforme instituído no Decreto nº 48.138, de 8 de outubro de 2003;

[...]

VII - respeite as Normas Brasileiras - NBR publicadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos; e

VIII - preveja a destinação ambiental adequada das pilhas e baterias usadas ou inservíveis, segundo disposto na Resolução CONAMA nº 257, de 30 de junho de 1999.

137. Assim, ao deixar de mencionar a referida IN, o [...] omitiu também a remissão ao Decreto nº 48.138/2003, do estado de São Paulo, feita naquela Instrução Normativa, o qual fixa regras para atendimento dos quesitos estabelecidos no subitem 10.7.1.4 do Edital do Pregão 19/2011.

138. A importância da remissão ao normativo decorre do fato de ser ele a ferramenta que traduz a expressão “evitar o desperdício de água” em ações que podem ser observadas de forma objetiva, relacionando as principais condutas a serem adotadas no uso da água de forma a otimizar o seu gasto. Tal descrição é necessária, com

vistas a evitar o excesso de discricionariedade por parte do gestor. Então, a retirada do elemento do normativo que delimita o que deve ser avaliado, permite que se questione a objetividade no julgamento do certame e levante dúvidas acerca da intenção do gestor ao incluir tais quesitos no edital.

139. De maneira semelhante, o subitem 10.7.1.10 faz referência aos resíduos decorrentes da atividade da empresa, tal como expresso no art. 6º, VII e VIII, da IN. Portanto, seria recomendável que o instituto, tal como a norma, mencionasse expressamente a legislação/norma a que faz referência, pois, caso contrário, introduz um elemento de incerteza no certame e transfere ao licitante um ônus que deveria ser seu - a completa definição do que se espera do contratado.

140. Sobre a adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações, vale mencionar manifestação dessa Corte de Contas sobre o tema, ao destacar: “Para definir o objeto da licitação, o administrador deve estar atento às peculiaridades do mercado, às diferentes exigências da Lei de Licitações e aos critérios de sustentabilidade ambiental previstos na IN/MPOG nº 01/2010” (Licitações e Contratos, Orientações e Jurisprudência do TCU, 4a. Ed, pg.148).

141. Ainda sobre o mesmo tema, este Tribunal ressalta (Licitações e Contratos, 4a. Ed, pg.210):

Para definir o objeto da licitação, o administrador deve estar atento às peculiaridades do mercado, às diferentes exigências da Lei de Licitações e aos critérios de sustentabilidade ambiental previstos na IN/MPOG.

142. Constata-se que esta Corte, ao mencionar tais critérios, sempre fez referência à IN/MPOG 1/2010, exatamente por ser esse, até então, o normativo que regulamenta a inserção da variável sustentabilidade nos procedimentos licitatórios. Conforme disposto na publicação do TCU, os critérios de sustentabilidade deverão constar da definição do objeto e não como requisito para a habilitação.

143. Ao abandonar as regras dispostas naquela Instrução Normativa, resultou equivocado o intento do [..] em implementar critérios de sustentabilidade no certame em comento, devido à ausência de critérios objetivos para tal avaliação. Diante disso, propõe-se rejeitar as justificativas apresentadas para este item. (Acórdão nº 122/2012 Plenário, Relator Min. Weder de Oliveira, Processo nº 019.377/2011-8).



#### 4 CONDIÇÕES DE AQUISIÇÃO, DE SEGUROS E DE PAGAMENTO COMPATÍVEIS COM AS DO SETOR PRIVADO, INCLUSIVE PAGAMENTO CONFORME DESEMPENHO

Outra diretriz do RDC é a de serem observadas condições de aquisição, de seguros e de pagamento semelhantes às do setor privado. Significa que as licitações e contratações diretas sob esse regime serão processadas em conformidade com o ramo de mercado do objeto. Ilustra-se com a coleta, junto ao setor privado, de informações atinentes à especificação do objeto, ao prazo de entrega ou de execução, a prazo de garantia, a forma de pagamento, a manutenção e assistência técnica.

De acordo com o Tribunal de Contas da União<sup>6</sup>, ao estabelecimento, no instrumento convocatório, de condições semelhantes às do setor privado, importa que o gestor público pesquise sobre o objeto da licitação para se inteirar das condições vigentes no mercado, precatando-se de que eventual excesso de minúcias na especificação não leve ao direcionamento da licitação.

Diante da possibilidade, prevista no RDC<sup>7</sup>, de realizarem-se licitações no formato eletrônico<sup>8</sup>, favorecendo-se, assim, a ampliação do número de disputantes no certame, a pesquisa de mercado pela Administração, seja em relação às especificações do objeto ou aos prazos para entrega e preços praticados, não se restringirá à região onde se realiza a licitação, convindo que seja ampliada a outras localidades, dada a possível participação de licitantes sediados nas diversas regiões do país.

Um dos objetivos do RDC, elencado no art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 12.462/11, consiste na ampliação da eficiência. Visando o seu incentivo, foram instituídas duas formas de ajustes em que a Administração buscará auferir maior vantajosidade com a contratação. Um desses ajustes constitui-se na remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10); o outro, o contrato de eficiência, cujo mote é a seleção de licitante capaz de proporcionar a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato (art. 23).

6 Licitações & Contratos. *Orientações e Jurisprudência*. 4. ed. TCU. p. 210.

7 “Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.”

8 O acesso à rede mundial de computadores é uma realidade mesmo nos países em desenvolvimento. Grandes, médias, pequenas entidades empresariais e microempresas tendem a dispor, em número crescente, do recurso para o implemento de suas atividades habituais.

Rafael Wallbach Schwind<sup>9</sup> faz ver que:

Nas contratações que prevejam uma remuneração variável, o contratado perceberá uma remuneração maior na medida em que atingir determinadas metas e padrões de qualidade previamente estabelecidas no edital da licitação e no contrato. Pode haver, portanto, um “bônus” ao contratado, que terá sua remuneração incrementada caso consiga alcançar determinadas metas. Não há propriamente uma sanção pelo não atendimento dessas metas (que não são obrigatórias), mas o incremento da remuneração do particular se elas forem atendidas. A remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de *sanção premial*, em que se põe em prática a função promocional do direito.

Sobre o contrato de eficiência, ensina o autor:

Por meio do contrato de eficiência, o contratado assume a obrigação de reduzir despesas da Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada. Trata-se, portanto, de uma sistemática de contratação de risco, em que a remuneração devida ao particular, em termos absolutos, será tanto maior quanto mais relevante for a economia gerada para a Administração. Caso não atingida a economia prevista no contrato, poderá haver o desconto na remuneração do particular ou até mesmo a aplicação de alguma sanção.

Em síntese: na remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10), o instrumento convocatório estabelecerá metas ou vantagens adicionais; uma vez alcançadas pela contratada, produzirá um acréscimo (bônus) em sua remuneração; no contrato de eficiência, que utiliza como critério de julgamento o maior retorno econômico, a contratada assume a obrigação de proporcionar uma economia para a Administração e sua remuneração corresponderá a um percentual sobre o benefício obtido. Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada. Se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da

9 SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração variável e contrato de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/11). In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O regime diferenciado de contratações públicas (RDC): comentários à lei n.º 12.462 e ao Decreto n.º 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 178)

diferença. A contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato (art. 23, § 3º, da Lei nº 12.462/11).

#### **5 PREFERÊNCIA PARA MÃO-DE-OBRA, MATERIAIS, TECNOLOGIAS E MATÉRIAS-PRIMAS EXISTENTES NO LOCAL DA EXECUÇÃO DO OBJETO**

O art. 4º, V, do RDC decerto que se inspirou no art. 12 da Lei nº 8.666/93, a Lei Geral de Licitações, segundo o qual:

Art. 12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos:

I - segurança;

II - funcionalidade e adequação ao interesse público;

III - economia na execução, conservação e operação;

IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação;

V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço;

VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas;

VII - impacto ambiental.

O RDC estabeleceu a utilização, sempre que possível, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas locais na composição das planilhas de custos que acompanham as propostas dos concorrentes, nas licitações de obras ou serviços. Trata-se de utilização preferencial de instrumentos, de metodologias de trabalho e de execução existentes no local da execução do objeto, ao fundamento de que tais instrumentos e metodologias induzem, presumidamente, redução de custos com mobilização e desmobilização, fretes, aluguéis e diárias de equipamentos, materiais, mão de obra, além de gerarem empregos.

A preferência ajusta-se à promoção do desenvolvimento sustentável presente no art. 4º do Decreto nº 7.746/12, regulamentar do art. 3º da Lei nº 8.666/93, *verbis*:

Art. 4º São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais, como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Nada obstante, a diretriz prevista no art. 4º, V, do RDC, reitere-se, cogita de utilização preferencial, o que não exclui a possibilidade de os licitantes ou futuros contratados valerem-se, em suas planilhas de formação de custos, de dados pertinentes a mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas existentes em outras localidades, caso o uso das existentes no local da execução do objeto redunde em prejuízo da eficiência e desde que respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação.

A expectativa - não certeza apriorística - é a de que o emprego de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias primas situadas em outra localidade, que não a da execução do objeto, pode representar, em peculiares circunstâncias, redução de custos ao contratado. Ilustre-se com a hipótese de o licitante ou futuro contratado ser proprietário de equipamento que esteja a utilizar em outra obra ou serviço, podendo ser facilmente aproveitado para execução de outros contratos. Ou com a possibilidade de parte do serviço ser executado em localidade diversa em razão da existência de infraestrutura

montada, dispensando-se custos com diárias ou locação de nova estrutura. Daí a diretriz do art. 4º, V, do RDC indicar a utilização preferencial dos recursos que menciona, cuja exclusão de outros deve ser, por isto mesmo, objeto de expressa motivação, qualquer que seja a solução que se adote.

Importa que a mão de obra, os materiais, as tecnologias e as matérias primas indicadas na planilha de formação de custos observem dois requisitos: (a) sejam aptos à satisfatória execução do objeto, cuja eficácia e eficiência serão atestadas pela fiscalização do contrato; e (b) o limite do orçamento estimado para a contratação.

## 6 PARCELAMENTO DO OBJETO

Outra diretriz que integra o elenco do art. 4º é a do parcelamento do objeto nas contratações de bens, serviços e obras. Seu objetivo é o de obter o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e a ampliação da competitividade. É que, no parcelamento, pequenas e médias empresas podem preencher os requisitos de disputa para fornecimento de menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala, o que, aliás, já se inseria na Lei nº 8.666/93, art. 23 e seus parágrafos.

O caráter universal da economia de escala reside no fato de que organiza o processo produtivo de maneira que se alcance a máxima utilização dos fatores envolvidos na capacidade de produção, procurando como resultado a baixa dos custos, dado que, em regra, o aumento na quantidade produzida enseja a redução dos custos de produção, ou seja, a volume do que se produz é inversamente proporcional ao custo da produção. No âmbito das licitações significa que quanto maior a quantidade do objeto a ser adquirido, menor será o seu custo unitário, traduzindo-se na redução das propostas de preços e no respeito ao princípio da economicidade.

O parcelamento pode configurar-se por meio da realização de licitações distintas, da adjudicação por itens ou lotes/grupos, da permissão de subcontratação de parte específica do objeto, da permissão para a formação de consórcios, da cotação mínima de bens, ou seja, da oferta, pelo licitante, de quantidade inferior à demandada no instrumento convocatório e da contratação de mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, a qual encontra previsão no art. 11 do RDC - “A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo

serviço, desde que não implique perda de economia de escala, quando: I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

O parcelamento posto à disposição da Administração no art. 11 do RDC permite que mais de uma entidade contratada, inclusive de especialidades distintas, executem o objeto da licitação de forma concorrente e simultânea. Para sua aplicação, contudo, exige-se que a divisão das tarefas seja tecnicamente viável e não prejudique a consecução do todo, nem represente perda de economia de escala. Também permite que o objeto seja executado simultaneamente e concorrentemente por empresas com a mesma especialidade. Ilustra-se com a contratação de várias companhias fornecedoras de passagens aéreas, realizando-se a efetiva prestação com a aquela que oferece o menor valor na data e horário desejados. Também a contratação de várias concessionárias de telefonia para atendimento a um mesmo órgão, com sistema localizador da empresa que oferece o menor valor no horário da ligação.

É no planejamento da licitação que a Administração Pública procederá a acurado levantamento prévio acerca da viabilidade técnica do parcelamento do objeto. Demonstrada a possibilidade, conciliada com a ausência de prejuízo para a economia de escala, cumpre à Administração optar por uma das modalidades de parcelamento existentes. A solução dependerá da análise individualizada da relação de adequação entre o caso concreto e cada uma das modalidades existentes, para o efeito de verificar-se qual produzirá o melhor custo-benefício e, por conseguinte, corresponderá à contratação mais vantajosa para a Administração, exigindo-se, por isso mesmo, a respectiva motivação (explicitação das razões de fato e de direito que justificam e legitimam a alternativa escolhida e a decisão que a acolha).

O tratamento diferenciado assegurado às entidades de menor porte (microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas<sup>10</sup>), estabelecido nos artigos 44 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, também prevê o parcelamento do objeto por meio da reserva de cota e da subcontratação dessas entidades, medidas que visam

---

10 Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 (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).

implementar a política pública insculpida no art. 170, IX, da Constituição Federal de 1988<sup>11</sup>.

A contratação integrada, prevista no art. 9º do RDC, não se compatibiliza com a diretriz do parcelamento do objeto. É que nessa espécie de regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, o vencedor da licitação incumbir-se-á das seguintes tarefas: elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, a execução das obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, ou seja, obriga-se a executar o todo. Todavia, o afastamento do parcelamento na contratação integrada não é absoluto, uma vez que o vencedor da licitação poderá subcontratar a terceiros, detentores de qualificação técnica específica, a execução de partes do objeto. Na contratação integrada também é admitida a formação de consórcio para a execução do objeto.

Na Lei nº 8.666/93, o parcelamento encontra previsão nos seguintes dispositivos:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: [...]

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; [...]

Art. 23 [...] § 1º. As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, 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.

§ 2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

---

11 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Embora o inciso VI do art. 4º do RDC aluda unicamente à economia de escala, a eficácia do parcelamento dependerá, igualmente, de comprovar-se a sua viabilidade técnica e econômica, bem como a ausência de risco ao conjunto ou complexo<sup>12</sup> do objeto. Cunhado com os olhos postos no parcelamento de que trata a Lei nº 8.666/93, o verbete 247, da Súmula do Tribunal de Contas da União, mostra-se aplicável ao RDC – “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 dispendo 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”.

Visite-se, ainda, a jurisprudência da Corte de Contas federal acerca da aplicação da regra do parcelamento nas licitações realizadas com base no RDC:

#### Voto do Ministro Relator

[...]

10. Entendo que o juízo da questão deva ser tratado de forma sistêmica, em necessária consideração do parcelamento compulsório jazido no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, c/c art. 39 da Lei 12.462/2011.

11. Digo isso porque seria inusitado, na *mens legis* do art. 1º da Lei do RDC, que se utilizasse esse Regime quando somente ínfima parte do objeto licitado esteja pronta para a Copa do Mundo, mesmo que a obra como um todo esteja previsto no PPA. Existe, na verdade, um regime de exceção para a viabilização plena dos eventos Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas de 2016. Embora o princípio da

---

12 O termo ‘complexo de obras’ remete a um conjunto de obras física e funcionalmente interligadas. Nesse sentido, a Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional - CMO, entende o termo como o ‘empreendimento que contemple objeto preciso, determinado e identificado, integrado por um conjunto de obras fisicamente contíguas ou funcionalmente interdependentes, com localização definida e finalidade comum, cuja execução das partes é condição para a utilidade do todo’ (Diretrizes e orientações para a análise da admissibilidade de emendas ao Projeto de Lei Orçamentária, grifei). Não atendidas essas condições, a CMO qualifica o empreendimento como ‘obras distintas’. (Acórdão nº 327/2012, Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes, Processo nº 012.238/2005-2).



celeridade não esteja explícito da Lei 12.462/2011, avalio que se trate de um valor implícito.

12. Em outra mão, se a parcela a ser concluída posteriormente, por suas características, oferecer prejuízo técnico e econômico de contratação distinta com a outra fração a ser terminada até os eventos esportivos, por legítimo interesse público a ser perseguido nos ganhos de economia e eficiência da empreitada, não haveria o porquê de se afastar o RDC para a obra como um todo.

13. Em todos os casos - e isso independe da utilização do RDC -, o princípio do parcelamento compulsório continua válido; e não existe qualquer ineditismo nesse entendimento. Como regra, assim, em uma visão ampla das leis aplicáveis ao caso, somente as parcelas da obra a serem tempestivamente concluídas até a Copa (ou às Olimpíadas) podem se valer do RDC. Configurada a inviabilidade técnica e econômica de se parcelar o restante da empreitada, o empreendimento como um todo pode ser licitado pelo novo Regime. Caso contrário, o restante da obra com término ulterior deverá se utilizar do regime tradicional estabelecido na Lei 8.666/93 (grifo no original). Logo, se existem as ditas vantagens de economicidade e eficiência em não se parcelar as frações da obra com término ulterior - como afirmado na peça recursal -, elas devem ser devidamente motivadas no processo licitatório, trazendo, de modo explícito e analítico, para cada empreendimento, as razões impeditivas do parcelamento. Novamente, não existe nenhuma novidade nesse raciocínio. Tal procedimento já era obrigatório anteriormente à edição do RDC. Faz-se vinculada a demonstração objetiva de que a ampliação da competitividade decorrente do parcelamento da empreitada não é vantajosa, em face dos “custos” práticos e econômicos dessa opção.

O parcelamento, lembro, é regra; não exceção. Tal exegese é inclusive objeto da Súmula-TCU nº 247. Os fundamentos em que se baseiam as inúmeras decisões do Tribunal nesse sentido continuam válidos, também, para o RDC.

Diante disso e de maneira a retirar qualquer mácula a anuviar a boa compreensão da decisão embargada, ajuízo que o item 9.1 do Acórdão 1.036/2012-Plenário possa ser reeditado nos seguintes termos:

9.1. alertar o Ministério do Esporte, o Ministério das Cidades, a Infraero, a Secretaria dos Portos, o Grupo Executivo da Copa

do Mundo FIFA 2014 (GECOPA) e o Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014 (CGCOPA) que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 - ou às Olimpíadas de 2016, conforme o caso -, só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas *a posteriori*, em atendimento ao disposto nos arts. 1º, incisos de I a III; 39 e 42 da Lei 12.462/2011, c/c o art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93.

Alerto, todavia, que divirjo, frontalmente, de alguns dos fundamentos esposados nos embargos.

A Infraero alega que, em uma visão sistêmica, não existiria qualquer limite temporal para a aplicação do RDC. Se as obras estiverem previstas na matriz de responsabilidades e se estão no PPA, de forma independente do término da empreitada, em consonância com o art. 42 da Lei 12.462/2011, estariam autorizadas a se utilizarem do Regime. A inclusão - ou exclusão - dos empreendimentos na matriz de responsabilidades não seria incumbência da Infraero; não caberia aos órgãos da Administração discutir políticas de governo e, por isso, a temporalidade da conclusão da obra não seria empecilho para utilização do novo regime. Ainda mais pelo avanço que representa o RDC, a atender amplamente (e com maior eficiência) os requisitos constitucionais em matéria licitatória. Uma modernidade, se comparada à ‘antiga e ultrapassada Lei 8.666/93’.

Primeiramente, reconheço - como o fiz em diversas oportunidades - que o novo regime apresenta avanços importantes no que se refere às licitações públicas. Tal fato, contudo, não autoriza o operador da lei a utilizar, ao seu livre arbítrio, o RDC em qualquer situação. A Lei 12.462/2011 é por demais específica no detalhamento das condições especiais para sua utilização. Os arts. 1º, 42 e 43 são precisos. É um “Regime Diferenciado”, afinal de contas; um “regime especial”. Não existe, aqui, espaço para discricionariedade, não obstante os reconhecidos avanços mencionados.

Caso semelhante clássico é o da utilização do pregão para obras de engenharia. Não obstante muito se discuta a viabilidade e vantajosidade prática na sua utilização, a Lei 10.520/2002 não o permite. Não existe margem à discricionariedade em comandos tão específicos.

No caso do RDC, como consta do art. 1º da Lei 12.462/2011: 'É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização' dos jogos Olímpicos de 2016, da Copa das Confederações em 2013, da Copa do Mundo de 2014 e das obras de infraestrutura aeroportuária nas capitais distantes 350 km das cidades-sede do Mundial.

De forma a tornar mais objetivo o comando legal, o Decreto 7.581/2011 situou que, no caso de obras públicas necessárias à realização da Copa das Confederações e da Copa do Mundo, 'aplica-se o RDC às obras constantes da matriz de responsabilidade celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios' (art. 1º, parágrafo único).

O Grupo Executivo da Copa do Mundo FIFA 2014 (Gecopa) é quem detém a prerrogativa de incluir ou excluir empreendimentos do documento. Para a Infraero, o fato de a obra terminar antes ou depois da Copa não tem nenhuma influência na decisão pela utilização do RDC. Tenta, assim, se eximir de responsabilidade quanto ao assunto. Reputo que, até o momento, todas as obras listadas na matriz de responsabilidades para a Copa do Mundo tem término previsto anterior àquele evento esportivo. Afinal, o documento é um instrumento gerencial para aferição das providências faltantes e determinantes para o sucesso do Mundial. Se alguma ação idealizada não puder ser conclusa, aquele Grupo Executivo carece de ter imediata ciência.

Não é o Gecopa quem avalia os prazos do empreendimento. Tal juízo, de natureza eminentemente técnica, decorre do próprio projeto básico e executivo das obras. Na verdade, o Gecopa depende dessas informações técnicas para a sua tomada de decisões - essas, sim, políticas e gerenciais. Se, de forma acintosa, a obra possui cronograma de término ulterior, sem qualquer proveito para os megaeventos esportivos, a *men legis* da Lei 12.462/2011 indica a inaplicabilidade da utilização do novo regime. Aliás, a consequência natural seria a exclusão daquele empreendimento da matriz. Para isso, como disse, o Grupo Gestor carece da informação provinda dos órgãos executivos.

Em resumo, se não houver modificação legislativa, o RDC é específico para as obras inscritas no art. 1º daquela Lei - considerada a viabilidade de incluir parcelas com término posterior na licitação, na impossibilidade do parcelamento, o que já explicitiei. (Acórdão nº 1538/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, Processo nº 010.765/2010-7).

Para o efeito de dispensar-se a publicação de extrato do edital no Diário Oficial respectivo, no caso de parcelamento do objeto, a Administração Pública deverá considerar o valor total da contratação, conforme dispõe o art. 15, § 3º, do RDC e também o art. 11, § 4º, do Decreto nº 7.581/11, respectivamente:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório: [...]

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e [...]

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 3º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o valor total da contratação.

Art. 11. A publicidade do instrumento convocatório, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do instrumento convocatório no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação em jornal diário de grande circulação; [...]

§ 3o No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil

reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, fica dispensada a publicação prevista no inciso I do caput.

§ 4º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 3º, o valor total da contratação.

## **7 RESPEITO A NORMAS DE CARÁTER AMBIENTAL, URBANÍSTICO, DE PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO IMATERIAL E DE ACESSIBILIDADE**

O § 1º do art. 4º do RDC elenca uma série de prescrições de caráter ambiental (incisos I, II e III), urbanístico (inciso IV), de proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial (inciso V) e de acessibilidade (inciso VI), a serem observadas pela Administração Pública em suas licitações e contratações de obras, bens e serviços.

O Decreto nº 7.581/11, que regulamenta a contratação integrada, também estabeleceu a obrigatoriedade de o anteprojeto conter parâmetros de adequação aos impactos ambientais e à acessibilidade. Assim:

Art.74. O instrumento convocatório das licitações para contratação de obras e serviços de engenharia sob o regime de contratação integrada deverá conter anteprojeto de engenharia com informações e requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual, incluindo: [...] IV - os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

As contratações de bens, obras e serviços pela Administração Pública brasileira, seja por meio de licitação ou de forma direta, movimentam cerca de 10%<sup>13</sup> do Produto Interno Bruto (PIB). Esse significativo poder de compra do estado influencia os padrões do sistema produtivo e de consumo de produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, incluindo o estímulo à inovação tecnológica. A demanda permanente de órgãos e entidades - de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo as respectivas administrações direta e indireta - por amplo e diversificado conjunto de bens, serviços e obras necessários ao seu funcionamento produz o consumo de recursos naturais e, por conseguinte, impacto nas etapas associadas à produção, transporte, utilização daqueles bens e geração de resíduos ou formas de disposição

13 Conforme *Guia de compras públicas sustentáveis para a administração federal*, produzido pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/wp-content/uploads/2010/06/Cartilha.pdf>>

final. As contratações da Administração Pública devem, destarte, servir como instrumentos indutores de boas práticas de sustentabilidade junto às cadeias produtivas, primando pela utilização de materiais recicláveis, com vida útil mais longa e menor quantidade de materiais perigosos ou tóxicos, consumindo menor quantidade de matéria prima e energia.

Tais contratações não representam apenas um procedimento administrativo destinado a suprir necessidades de bens, serviços e obras. Devem ser orientadas à implementação de políticas públicas que induzam padrão de consumo e produção sustentável, ou seja, que não venham a comprometer o bem estar das futuras gerações pelo aniquilamento de recursos naturais finitos ou pela deterioração do equilíbrio ambiental, ao qual se associam condições sociais e econômicas. Por isto que o § 1º do art. 4º do RDC exige a adoção de práticas de (a) disposição final ambientalmente adequadas dos resíduos gerados pela execução das obras contratadas; e (b) utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais.

A promoção de iniciativas de licitações e contratações sustentáveis insere-se na noção de relevante interesse coletivo, justificando o uso desses institutos como instrumentos de intervenção no mercado, sob ótica antes comprometida com a sustentabilidade do que com o aspecto financeiro do processo de aquisição, ao que ensinam Murillo Giordan Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki<sup>14</sup>. Se, eventualmente, o preço de objeto harmônico com os requisitos objetivos da sustentabilidade for superior ao de objeto que os descumpra, o que se deve indagar é qual será o custo de desatender à sustentabilidade, e não o custo de atendê-la.

O Tribunal de Contas da União, na senda de orientar e estimular órgãos e entidades da Administração Pública federal na adoção de medidas de apoio à sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, proferiu o seguinte julgado, aplicável também ao RDC:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que apresente, em 90 (noventa) dias, um plano de ação visando a orientar e a incentivar todos os órgãos e entidades da

14 SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

Administração Pública Federal a adotarem medidas para o aumento da sustentabilidade e eficiência no uso de recursos naturais, em especial energia elétrica, água e papel, considerando a adesão do País aos acordos internacionais: Agenda 21, Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e Processo Marrakech, bem como o disposto na Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, na Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, na Lei nº 10.295, de 17 de outubro de 2001, no Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006, e na Instrução Normativa SLTI/MP nº 1, de 19 de janeiro de 2010;

9.2.determinar à Segecex que estude, em conjunto com a 8ª Secex, a viabilidade de incluir, nos normativos que vierem a tratar das próximas contas da Administração Pública Federal, informações adicionais sobre a execução de medidas pertinentes à sustentabilidade, à luz dos temas tratados no presente relatório de auditoria, bem como que avalie a possibilidade de consolidar essas informações, a fim de fazer parte das Contas do Governo;

9.3. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que institua sistemática que permita que as economias alcançadas com a implementação de ações visando ao uso racional de recursos naturais revertam em benefício dos órgãos que as adotarem, a exemplo de minuta de portaria nesse sentido no âmbito do Programa de Eficiência do Gasto;

9.4.recomendar ao Ministério do Meio Ambiente, ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Eletrobras, no que lhes competem, que:

9.4.1.ampliem a divulgação de seus respectivos programas - A3P, PEG e Procel EPP - perante a Administração Pública federal, informando sobre o apoio prestado e sobre a existência de banco de dados contendo boas práticas, bem como disponibilizem *links* de acesso, em suas respectivas páginas na internet, dos outros dois programas de apoio e de outros *sites* com informações sobre práticas sustentáveis;

9.4.2.retomem as iniciativas visando implementar o Projeto Eficiência e Sustentabilidade na Esplanada dos Ministérios, tendo em vista sua importância na criação de bases para a implementação de uma política coordenada, mais abrangente e de longo prazo voltada para sustentabilidade e eficiência em toda a Administração Pública federal;

9.4.3. avaliem a estrutura, respectivamente, da Agenda Ambiental da Administração Pública, do Programa de Eficiência do Gasto e do Subprograma Procel Eficiência Energética em Prédios Públicos, visando dotá-los das condições necessárias para fomentar a adoção de ações voltadas para o uso racional de recursos naturais na Administração Pública federal;

9.4.4. atuando de forma conjunta e coordenada, disponibilizem na internet relação organizada de todos os órgãos e entidades da Administração Pública federal, contendo indicadores de consumo de água, energia e papel *per capita*, com a apresentação detalhada de casos de sucesso na implementação de medidas que geraram economias no uso racional de recursos e a publicação de parâmetros de consumo de energia, água e papel *per capita*, específico por natureza de edificação pública federal;

9.5. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, à Eletrobras e à Secretaria do Tesouro Nacional que se articulem para buscar compatibilizar as iniciativas de desenvolvimento de seus respectivos *softwares* de acompanhamento de gestão, de forma a não duplicar esforços, analisando a possibilidade de unificar suas funcionalidades;

9.6. recomendar à Eletrobras que promova a divulgação, no âmbito do Procel EPP, da Reserva Global de Reversão e da parcela de recursos oriundos da Lei nº 9.991, de 2000, como fontes de financiamento para ações de eficiência energética para o Poder Público;

9.7. recomendar à Eletrobras e ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que busquem soluções para que os recursos da Reserva Global de Reversão possam ser utilizados para financiar ações de eficiência energética nos prédios públicos federais;

9.8. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a adotarem um modelo de gestão organizacional estruturado na implementação de ações voltadas ao uso racional de recursos naturais, a exemplo das orientações fornecidas pelos Programas A3P, PEG e Procel EPP;

9.9. recomendar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que incentive os órgãos e instituições públicas federais a implantarem programas institucionais voltados ao uso racional de recursos



naturais, inclusive prevendo designação formal de responsáveis e a realização de campanhas de conscientização dos usuários (Acórdão nº 1.752/2011, Plenário, Rel. Min. André Luís de Carvalho. Processo nº 017.517/2010-9).

## 8 NORMAS DE PRESERVAÇÃO E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

São normas de preservação e proteção ao meio ambiente, aplicáveis às licitações e contratações diretas realizadas sob o RDC:

(a) Lei nº 12.187/09 (instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima-PNMC):

Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...]

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;

(b) Lei nº 12.305/10 (instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, dispondo sobre seus princípios, objetivos e instrumentos, bem como sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do poder público e aos instrumentos econômicos aplicáveis):

Art. 7º São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: [...]

XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para:

a) produtos reciclados e recicláveis;

b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis;

(c) Decreto nº 5.940/06 (instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta e indireta):

Art. 1º A separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis são reguladas pelas disposições deste Decreto.

(d) Decreto nº 7.746/12 (regulamenta o art. 3º da Lei nº 8.666/93 para estabelecer critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável):

Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

[...]

Art. 4º São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e

VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Art. 5º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão exigir, no instrumento convocatório para a aquisição de bens, que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

(e) Instrução Normativa nº 01, de 19.01.10, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional):

Art. 1º Nos termos do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas.

Art. 2º Para o cumprimento do disposto nesta Instrução Normativa, o instrumento convocatório deverá formular as exigências de natureza ambiental de forma a não frustrar a competitividade.

Art. 3º Nas licitações que utilizem como critério de julgamento o tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser estabelecidos no edital critérios objetivos de sustentabilidade ambiental para a avaliação e classificação das propostas.

(f) Portaria nº 02, de 16 de março de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (dispõe sobre as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação no âmbito da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional):

Art. 1º Os órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP) devem observar as especificações padrão de bens de Tecnologia da Informação nas suas aquisições, disponíveis na rede mundial de computadores no endereço:<<http://www.governoeletronico.gov.br/sisp-conteudo/especificacoes-tic>>

§1º Em atendimento à Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da SLTI/MP, contemplar preferencialmente as especificações de bens citadas com configurações aderentes aos computadores sustentáveis, também chamados TI Verde, utilizando assim materiais que reduzam o impacto ambiental.

Art. 2º As aquisições de bens de tecnologia da informação devem estar em consonância com o Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI) elaborado pelo órgão.

### 8.1 ACESSIBILIDADE

No tocante à acessibilidade<sup>15</sup> prevista no art. 4º, § 1º, VI, do RDC, traduz-se no atendimento à política pública versada no art. 227, § 1º, II, da Constituição Federal, que almeja proteger pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Eis o dispositivo constitucional:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: [...]

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação.

15 Jurisprudência do Tribunal de Contas da União: 9.2. dar ciência à [...] que a não aplicação dos critérios e parâmetros técnicos prescritos na norma NBR 9.050/2004 relacionadas com a acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida constitui afronta aos artigos 3º e 11 da Lei 10.098 de 2000. (Acórdão nº 1712/2013 – Plenário, Rel. Min. José Jorge, Processo nº 034.366/2012-1);

A Lei nº 10.098/00 estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.

Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições:

I – acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

II – barreiras: qualquer entrave ou obstáculo que limite ou impeça o acesso, a liberdade de movimento e a circulação com segurança das pessoas, classificadas em:

a) barreiras arquitetônicas urbanísticas: as existentes nas vias públicas e nos espaços de uso público;

b) barreiras arquitetônicas na edificação: as existentes no interior dos edifícios públicos e privados;

c) barreiras arquitetônicas nos transportes: as existentes nos meios de transportes;

d) barreiras nas comunicações: qualquer entrave ou obstáculo que dificulte ou impossibilite a expressão ou o recebimento de mensagens por intermédio dos meios ou sistemas de comunicação, sejam ou não de massa;

III – pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida: a que temporária ou permanentemente tem limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo;

IV – elemento da urbanização: qualquer componente das obras de urbanização, tais como os referentes a pavimentação, saneamento, encanamentos para esgotos, distribuição de energia elétrica, iluminação pública, abastecimento e distribuição de água, paisagismo e os que materializam as indicações do planejamento urbanístico;

V – mobiliário urbano: o conjunto de objetos existentes nas vias e espaços públicos, superpostos ou adicionados aos elementos da urbanização ou da edificação, de forma que sua modificação ou traslado não provoque alterações substanciais nestes elementos, tais como semáforos, postes de sinalização e similares, cabines telefônicas, fontes públicas, lixeiras, toldos, marquises, quiosques e quaisquer outros de natureza análoga;

VI – ajuda técnica: qualquer elemento que facilite a autonomia pessoal ou possibilite o acesso e o uso de meio físico.

## **8.2 IMPACTO SOBRE OS BENS DO PATRIMÔNIO CULTURAL, HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO E IMATERIAL TOMBADOS**

O RDC estabeleceu, no § 1º, II, de seu art. 4º, o dever de a Administração Pública observar as normas atinentes à mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que definirá no procedimento de licenciamento ambiental. No § 2º, fixou o dever de a Administração Pública compensar, por meio de medidas administrativas, eventual impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados.

Ambos os dispositivos ensejaram a interposição de ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 4.655), pela Procuradoria Geral da República, sob o argumento de ofensa ao art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal, do seguinte teor:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

De acordo com a ADI, os indigitados § 1º, II, e § 2º do art. 4º do RDC não podem ser interpretados no sentido de que, havendo obras ou

atividades potencialmente causadoras de danos ambientais/culturais, sejam aplicadas apenas medidas mitigadoras e/ou compensatórias. O estudo de impacto ambiental, previsto no art. 225, § 1º, IV, na compreensão da Procuradoria Geral da República, é o instrumento adequado para se avaliar a extensão do dano, àquele estudo cabendo, mediante ponderação de interesses, distinguir se é possível e conveniente a realização da obra ou a prestação do serviço, e em que condições poderão desenvolver-se.

## 9 CONCLUSÃO

Disponer, por definição legal, de um regime diferenciado de licitação e contratação para atender a determinados eventos, foi uma decisão estratégica da Administração Pública brasileira, justificável em face da especial relevância e magnitude desses eventos, ademais com data certa de realização. Era de mister, para que não se produzisse um hiato entre o nível estratégico e os resultados práticos a alcançar em prazos inadiáveis, com repercussões internacionais e intergeracional, que a mesma lei que traçasse o regime diferenciado também enunciasse as diretrizes balizadoras de sua gestão e operação, esgotando o ciclo - estratégico, gerencial e operacional - que aperfeiçoa toda ação humana planejada e comprometida com resultados objetivos.

Assim o fez o art. 4º da Lei nº 12.462/11 ao enunciar as sete diretrizes operacionais que a Administração Pública deverá cumprir nas licitações e contratações diretas sujeitas ao RDC, a saber:

- (a) padronização do objeto;
- (b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos;
- (c) busca da proposta mais vantajosa para a Administração;
- (d) condições de aquisição, de seguro e de pagamento compatíveis com as do setor privado, incluindo pagamento conforme ao desempenho da contratada;
- (e) utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que sem prejuízo da eficiência na execução do

respectivo objeto e respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

- (f) parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda da economia de escala; e
- (g) respeito a normas de caráter ambiental, urbanístico, de proteção ao patrimônio imaterial e de acessibilidade.

Em síntese, entenda-se por:

- I - padronização do objeto, a especificação deste que, de modo necessário e suficiente, lhe indique as características e atributos essenciais, insuscetíveis de substituição, sob pena de o produto, a obra ou o serviço não atingir o resultado planejado;
- II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, a adoção, após prévia análise e aprovação por órgão de assessoramento jurídico da Administração, das regras e dos requisitos que, sendo comuns, presidirão, de modo uniforme, o certame e o seu julgamento, descabendo o padrão em face de peculiaridades que singularizem o objeto ou sua execução e, por consequência, as regras e os requisitos a serem observados no procedimento seletivo ou na contratação direta;
- III - busca da proposta mais vantajosa, a prevalência de condições distintivas que superiormente atendam à isonomia e ao desenvolvimento sustentável, aos quais também estará submetido o preço, de tal sorte que resulte desclassificada a proposta que, nada obstante cote o menor preço, desatenda àquelas cláusulas gerais (isonomia e desenvolvimento sustentável), traduzidas mediante parâmetros objetivos;
- IV - condições de mercado, incluindo pagamento de acordo com o desempenho, aquelas que possibilitem antecipações de pagamentos que se mostrem, em face das práticas de mercado, objetivamente mensuradas, vantajosas para a Administração;
- V - utilização de mão-de-obra, insumos e tecnologia locais, a preferência por empregar, nas contratações do RDC, tudo



quanto puder ser mobilizado no mercado do local de execução do objeto, com o fim de economizar custos, incentivar a ocupação dos meios locais e homenagear a economia de escala;

VI - parcelamento do objeto, a necessária divisão da execução do objeto entre mais de uma empresa, sempre se mostre técnica e economicamente viável e igualmente sem prejuízo à economia de escala;

VII - respeito a normas ambientais, urbanísticas e de acessibilidade, a compulsória adoção e observância de requisitos, nos produtos, obras e serviços, que assegurem o desenvolvimento sustentável e favoreçam, aos portadores de deficiências de qualquer ordem, o acesso a prédios, logradouros, serviços e bens, em cujos preços deverão estar incorporados os custos daqueles requisitos e desclassificando-se as propostas que não os considerem, segundo parâmetros objetivamente fixados nos projetos, atos convocatórios das licitações e termos de contratos celebrados diretamente.

Desviar-se-á dos propósitos e objetivos do RDC a licitação ou a contratação que, efetivada sob a sua égide, negligenciar a observância dessas diretrizes, que, conquanto de índole operacional, são vinculantes da Administração, vale dizer, não podem ser postergadas, nem substituídas por outras - posto que excluídas da discricionariedade administrativa por expressa imposição legal -, de sorte a autorizar as instituições de controle a cogitar da invalidação do certame ou do contrato desviado, com a consequente responsabilização dos agentes que, culposamente, tenham dado causa ao desvio, assim praticando ação ou omissão antijurídica.

## REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sidney. *Licitação através do regime diferenciado de contratações públicas – RDC*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAMMAROSANO, Márcio; DAL POSSO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011) – Aspectos Fundamentais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2012

SANTOS, Murillo Giordan Santos; BARKI, Teresa Villac Pinheiro (Coord.). *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Dotti. *Da Responsabilidade de Agentes Públicos e Privados nos Processos Administrativos de Licitação e Contratação*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2012.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações públicas comentadas*. JusPODIVM, 4. ed. Salvador.

ZYMLER, Benjamin; DIOS, Laureano Canabarro. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

# CONTRATOS DE GESTÃO NO BRASIL: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL OU FUGA DO ESTADO?

*MANAGEMENT CONTRACTS IN BRAZIL: PUBLIC ADMINISTRATION  
CONSENSUS OR TRAIL STATE?*

*Júlio de Melo Ribeiro*

*Advogado da União*

*Consultor Jurídico Adjunto do Ministério da Educação*

*Pós-graduado em Direito Constitucional*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923; 2 A recusa constitucional ao “Estado subsidiário” na prestação de serviços públicos; 3 Os tipos de contrato de gestão; 4 As experiências francesa e inglesa de renovação do Estado; 5 O modelo brasileiro de contratos de gestão como cópia imperfeita das reformas administrativas da França e da Inglaterra; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, o Supremo Tribunal Federal aprecia a constitucionalidade de vários dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e sobre a absorção, por essas organizações, das atividades de órgãos e entidades públicos extintos. No contraste entre os votos dos ministros Ayres Britto e Luiz Fux, emerge nítido o debate acerca do papel do Estado na prestação dos serviços públicos (Estado protagonista x Estado subsidiário). O presente artigo, que se posiciona, de logo, a favor das razões expostas pelo ministro Ayres Britto, passa a analisar como o modelo brasileiro de contratos de gestão se desvirtuou. Como, por exemplo, os contratos de gestão com organizações sociais, de importante ferramenta à complementação da atuação estatal, se transformaram em veículo de fuga do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contrato de Gestão. Organizações Sociais. Estado Subsidiário. Serviço Público. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923.

**ABSTRACT:** In the Direct Action of Unconstitutionality 1.923, the Supreme Court appreciates the constitutionality of various provisions of Law nº 9.637, of May 15, 1998, which provides for the qualification of entities as social organizations and the absorption, by these organizations, the activities of public bodies and entities extinct. The contrast between the votes of ministers Ayres Britto and Luiz Fux, emerges sharp debate about the role of the state in the provision of public services (State protagonist x State subsidiary). This article, which is positioned in right in favor of the reasons given by Justice Ayres Britto, will now examine how the Brazilian model of management contracts is distorted. How, for example, management contracts with social organizations, an important tool to complement the action of the State, became the State getaway vehicle.

**KEYWORDS:** Management Contract. Social Organizations. Subsidiary State. Public Service. Direct Action of Unconstitutionality 1.923.

## INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 19, de 5 de junho de 1998, o princípio da eficiência passou a constar, expressamente, do *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Ao lado de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, a eficiência recebeu o reconhecimento explícito de princípio fundante da administração pública. Longe de caracterizar alteração apenas retórica, a positivação constitucional do princípio da eficiência bem resumiu o objetivo central da reforma administrativa empreendida pela Emenda Constitucional nº 19/1998: transitar de um “direito administrativo do clips” para um “direito administrativo dos negócios”. Expressões que, cunhadas por Carlos Ari Sundfeld, significam o seguinte:

*Direito administrativo do clips (DAC)* é o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, trata direitos e deveres em papel, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados, não assume prioridades. [...].

Ao *DAC* se opõe o *direito administrativo dos negócios (DAN)*, o dos que se focam em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades, e com base nelas gerenciam a escassez de tempo e de recursos. Para esse âmbito, valem práticas opostas às do *DAC*: aumenta a informalidade nos procedimentos; a inação é o pior comportamento possível do agente; soluções devem ser encontradas o mais rápido; acordos são desejáveis; evitar e eliminar custos é fundamental; só se envolvem na decisão agentes e órgãos indispensáveis; riscos devem ser assumidos sempre que boa a relação custo-benefício, etc.<sup>1</sup> (grifos do autor)

Assim, nesse novo “direito administrativo dos negócios”, eficiência se tornou a palavra-chave. Ganharam ainda mais importância a consensualidade, a ênfase nos resultados e a desburocratização do agir administrativo. A propósito, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que há “[...] vários níveis de influência da consensualidade na administração Pública [...]”: tal influência vai desde uma maior adoção do regime privado na administração pública até a descentralização da atividade administrativa para entidades independentes privadas ou semi-públicas, passando pelo fomento governamental às ações privadas de

1 SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 5, n. 18, abr./jun. 2007. p. 35.

interesse público e pela maior utilização de contratos e acordos de direito público.<sup>2</sup>

Pois bem, foi no cenário da administração pública consensual que se inseriram os contratos de gestão. Segundo Gustavo Justino de Oliveira, “[...] *contratos de gestão são acordos administrativos organizatórios ou colaborativos*. [...]”.<sup>3</sup> Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a “[...] expressão [contrato de gestão] é utilizada tanto para designar parcerias do Poder Público com órgão da própria Administração direta e com entidades da Administração indireta, como parceria com entidade do terceiro setor, no caso, a chamada organização social.”<sup>4</sup> Este último tipo de contrato de gestão é que será objeto de focada análise neste artigo. Mais exatamente uma controvérsia que já se instaurou no Supremo Tribunal Federal: pode a administração pública transpassar às organizações sociais toda a prestação dos serviços públicos relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde? Em que ponto o manejo dos contratos de gestão com organizações sociais passou (se é que passou) de instrumento da moderna administração pública consensual para veículo de fuga do Estado em relação aos serviços cuja prestação a Constituição Federal lhe incumbiu?

## 1 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.923

Conforme dito, a questão está em análise no Supremo Tribunal Federal. Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923, proposta por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e que visa à declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei nº 9.637/98, bem como do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Embora proposta em 1998, somente em março de 2011 o STF iniciou o julgamento de mérito da ação.<sup>5</sup> Em meio às importantes discussões sobre a necessidade ou não de licitação para a assinatura de contrato de gestão com organizações sociais e sobre o próprio processo de qualificação dessas entidades, um relevante dissenso se materializou entre os ministros Ayres Britto (relator) e Luiz Fux (que proferiu voto-vista) acerca da constitucionalidade do art.

2 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. In: \_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 43.

3 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 262.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 250.

5 A ação direta de inconstitucionalidade se encontra com vista ao ministro Marco Aurélio, após os ministros Ayres Britto (relator) e Luiz Fux haverem proferido seus votos.

20 da referida lei. Esse dispositivo legal previu a criação, “[...] mediante decreto do Poder Executivo [...]”, de um “[...] Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, [...], por organizações sociais [...]”. Enquanto o ministro Ayres Britto declarou, enfaticamente, a inconstitucionalidade de tal “absorção”, o ministro Luiz Fux, com igual ênfase, defendeu o modelo legal. Confirmam-se trechos dos respectivos votos:

Voto do ministro Ayres Britto:

25. Têm razão os autores quando impugnam o que se convencionou chamar de *‘Programa Nacional de Publicização’*. Programa que, nos termos da Lei 9.637/98, consiste na *‘absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei’* (art. 20). Em outras palavras, órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de *privatização*. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. [...] Ora, o que faz a Lei 9.637/98, em seus arts. 18, 19, 20, 21 e 22, é estabelecer um mecanismo pelo qual o Estado pode transferir para a iniciativa privada *toda a prestação de serviços públicos de saúde, educação, meio ambiente, cultura, ciência e tecnologia*. A iniciativa privada a *substituir* o Poder Público, e não simplesmente a *complementar* a performance estatal. É dizer, o Estado a, globalmente, terceirizar funções que lhe são típicas. O que me parece juridicamente aberrante, pois não se pode forçar o Estado a desaprender o fazimento daquilo que é da sua própria compostura operacional: a prestação de serviços públicos.

Voto do ministro Luiz Fux:

Antes, porém, cabe analisar, a alegação de que a Lei das Organizações Sociais representaria um abandono, pelo Poder Público, de seus

deveres constitucionais de atuação nos setores elencados no art. 1º da Lei. Não é isto o que ocorre, na realidade. Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma *direta* ou *indireta*, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipótese o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesses públicos, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários.

Como regra, cabe aos agentes eleitos a definição de qual modelo de intervenção, direta ou indireta, será mais eficaz no atingimento das metas coletivas conclamadas pela sociedade brasileira, definindo o modelo de atuação que se mostre mais consentâneo com o projeto político vencedor do pleito eleitoral. [...].

Que a atividade de fomento estatal a entidades privadas, prestadoras de serviços de relevância pública e sem fins lucrativos, é constitucionalmente permitida e incentivada parece fora de dúvida. A controvérsia está em se admitir ou não que esse fomento seja o instrumento por excelência (ou até único) de atuação do Estado nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde.

A razão está, ao que parece, com o ministro Ayres Britto. Não porque a Constituição Federal adotou um modelo estático, burocrático e ineficiente de administração pública, mas porque o papel do Estado na prestação dos serviços públicos é o de protagonista, e não o de coadjuvante. Entendimento até mesmo confirmado pela reforma dita privatista empreendida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Eis o porquê.

## 2 A RECUSA CONSTITUCIONAL AO “ESTADO SUBSIDIÁRIO” NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Juan Carlos Cassagne afirma que:

La quiebra del modelo que caracterizó al denominado “Estado Benefactor” está a la vista de todos. La sociedad no acepta ya, que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-



social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *iure proprio*. [...].

[...]

Corresponde advertir, sin embargo, que aun con ser profundos y radicales los câmbios descriptos, ellos no implican la eliminación de ciertas funciones que cumplía el “Estado de Bienestar” ni tampoco un retorno a la época dorada y romântica del Estado liberal del siglo XIX. Es, quizás, la síntesis de ambos o, mejor aún, un nuevo modelo de Estado donde la realidad predomina sobre la ideología. En definitiva, es un modelo tan distinto y opuesto a los anteriores como éstos lo fueron entre sí.<sup>6</sup> (grifos do autor)

O novo modelo de Estado a que se refere o jurista argentino é o Estado subsidiário. Não é um Estado liberal, porque não relega os particulares à própria sorte (à sorte do livre mercado, frise-se), mas também não é um Estado de bem-estar social, que toma para si o exercício de toda a atividade industrial, comercial e social. Cabe, assim, ao Estado subsidiário uma “[...] función supletoria, exclusiva o concurrente con la actuación privada, en materia de previsión social, salud, educación, etcétera, cuando estas actividades no resultan cubiertas suficientemente por los particulares [...]”.<sup>7</sup>

Ora, tendo em vista a Constituição brasileira de 1988, é correto dizer que essa lógica da subsidiariedade se aplica à prestação de serviços públicos? Compete ao Estado, em matéria de previdência social, saúde, educação, etc, apenas suprir as deficiências da iniciativa privada? A não ser que se ignorem diversas normas constitucionais, a resposta é negativa. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da subsidiariedade, tal qual posto por Juan Carlos Cassagne, aplica-se, sem dúvida nenhuma, à exploração de atividade econômica, mas não à prestação de serviços públicos. Aqui, o subsidiário, o complementar é a atividade privada, não a estatal.

Não fosse assim, como bem observou o ministro Ayres Britto, ao votar na ADI 1.923, a Constituição Federal não instituiria um sistema único de saúde, em que a participação de instituições privadas se dá “[...] de forma complementar [...]” (§ 1º do art. 199 da CF). Também não haveria a

6 CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994. p. 109-110.

7 *Ibidem*, p. 111.

expressa previsão de um “[...] ensino público em estabelecimentos oficiais” (inciso IV do art. 206 da CF). Estabelecimentos da “[...] rede pública [...]”, inclusive, que são os destinatários por excelência dos recursos públicos (art. 213 e seu § 1º da CF).<sup>8</sup> Se a previsão constitucional brasileira fosse a do Estado subsidiário, como explicar ainda o “[...] caráter complementar [...]” (art. 202 da CF) do regime de previdência privada em relação ao “[...] regime geral [...]” (art. 201 da CF), de natureza pública?

Sendo assim, parece mesmo inconstitucional o repasse às organizações sociais de toda a atividade estatal relacionada ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde. É também o que pensa Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

[...] Dependendo da extensão que a medida venha a alcançar na prática, o Estado, paulatinamente, deixará de prestar determinados serviços públicos na área social, limitando-se a incentivar a iniciativa privada por meio dessa nova forma de parceria. Em muitos casos, poderá esbarrar em óbices constitucionais, já que é a Constituição que prevê os serviços sociais como *dever do Estado* e, portanto, como serviço público.<sup>9</sup> (grifo do autor)

No mesmo sentido, confira-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] no caso em que se pretenda promover a absorção de serviços públicos por organizações sociais, irrompe uma aberrante ofensa ao art. 175 da Constituição, segundo o qual “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, *sempre através de licitação*, a prestação de serviços públicos”. Demais disso, cumpre tomar tento para o fato de que no art. 196 a Constituição prescreve que a saúde é “dever do Estado” e nos arts. 205, 206 e 208 configura a educação e o ensino como deveres do Estado, circunstâncias que o impedem de se despedir dos

8 Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

[...]

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

9 DI PIETRO, op. cit., p. 264.

correspondentes encargos de prestação pelo processo de transpassá-los a organizações sociais.<sup>10</sup> (grifo do autor)

Por mais que se busquem eufemismos com expressões do tipo “público não-estatal”, a atividade das organizações sociais é privada (pelo menos na conformação jurídica que lhe deu a Lei nº 9.637/98). Ação de relevância pública, mas ainda assim privada, como o serviço prestado por um banco ou por uma farmácia. Tem razão Paulo Modesto quando afirma que “[...] o Estado não deve nem tem condições de *monopolizar* a prestação direta, executiva, dos serviços públicos e dos serviços de assistência social de interesse coletivo [...]”.<sup>11</sup> Tanto isso é verdade que a iniciativa, agora sim, subsidiária e complementar dos particulares é incentivada pelo Estado (até mesmo mediante contratos de gestão com organizações sociais). O que não parece correto é dizer que o Estado deve prestar diretamente os serviços públicos apenas “[...] quando não encontre na comunidade interessados que os efetivem de modo mais eficiente ou econômico ou quando razões ponderáveis de justiça social ou segurança pública determinem sua intervenção [...]”.<sup>12</sup> Isso é sim “[...] reduzir o Estado a mero ente regulador [...]” e indutor, papel, este, que lhe cabe quanto à exploração de atividade econômica (arts. 173 e 174 da Constituição Federal), não no que se refere aos serviços públicos.

Pois bem, voltando a Juan Carlos Cassagne, diz ele que o princípio da subsidiariedade é pressuposto indispensável para o exercício das liberdades do homem. Mais:

[...] esa pretensión de diluir la sociedad en el Estado contiene una buena dosis totalitaria en cuanto elimina la espontaneidad, que es la base indispensable para el desarrollo de la iniciativa privada, dejando exclusivamente a cargo del Estado la configuración del orden social mediante la inversión del principio de subsidiariedad.<sup>13</sup>

Essa advertência, porém, não se aplica à prestação de serviços públicos. A atuação destacada (não subsidiária) do Estado na prestação dos serviços públicos está longe de embaraçar o exercício das liberdades do

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2010. p. 241.

11 MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 34, n. 136, p. 323, out./dez. 1997.

12 *Ibidem*, p. 323.

13 CASSAGNE, op. cit., p. 115-116.

homem, de tolher a espontaneidade e de significar a diluição da sociedade no Estado. É que, em tema de serviços públicos, os direitos fundamentais a ser concretizados são os sociais ou de segunda geração. Direitos que, diferentemente dos de liberdade ou de primeira geração, reclamam uma atuação positiva do Estado. Ademais, o dever de prestação direta de serviços públicos pelo Estado (faz-se referência aqui aos serviços relacionados ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde) não impede os particulares de atuar na mesma seara. E não há, na Constituição brasileira, nenhuma inversão de princípios: quando trata do exercício de atividade econômica, campo por excelência da livre iniciativa, o princípio da subsidiariedade incide tal como propugnado por Cassagne: assegurando-se “[...] a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (parágrafo único do art. 170 da CF), reservando-se ao Estado o papel de “[...] agente normativo e regulador [...]” (art. 174 da CF).

Em resumo, a mesma Constituição Federal que adotou o “Estado subsidiário” para a regência da exploração de atividade econômica, recusou esse modelo quanto à prestação de serviços públicos. Isso não significa, porém, que a Constituição de 1988 enclausurou o Estado no “direito administrativo do clips”, com tudo de ruim e atrasado que a expressão evoca. O Poder Público está constitucionalmente proibido de se esquivar da prestação direta dos serviços públicos, é certo, mas não de reformar suas estruturas internas, em busca de maior agilidade e eficiência, nem de obter a colaboração complementar da sociedade organizada. Foi esse o caminho, inclusive, trilhado pela Emenda Constitucional nº 19/98. E o contrato de gestão assumiu papel de destaque nesse processo de modernização da administração pública brasileira. Mas o fato é que algo, na prática, não deu muito certo e a linha divisória entre o contrato de gestão como instrumento da moderna administração pública consensual e esse mesmo contrato como veículo de fuga do Estado em relação aos serviços públicos se tornou muito tênue. Para explicar esse ponto, é necessário proceder à distinção dos três tipos de contratos de gestão previstos no ordenamento jurídico brasileiro e resgatar as experiências francesa e inglesa de renovação do Estado.

### 3 OS TIPOS DE CONTRATO DE GESTÃO

Em 27 de maio de 1991, o Presidente da República, mediante o Decreto nº 137, instituiu o Programa de Gestão das Empresas Estatais. Em seu art. 8º, o decreto possibilitou a assinatura de “[...] contratos

individuais de gestão [...]” entre a União e a empresa, “[...] objetivando o aumento de sua [da empresa] eficiência e competitividade.” Para tanto, o contrato deveria prever, entre outras cláusulas, os objetivos, as metas, os indicadores de produtividade e os critérios de avaliação de desempenho (§ 1º). Em contrapartida, a empresa estatal ficava isenta de alguns controles prévios (§ 3º). Esses contratos de gestão não ficaram restritos, porém, às empresas estatais. Em 2 de fevereiro de 1998, os Decretos nºs 2.487 e 2.488 estenderam o modelo às autarquias e fundações integrantes da administração pública federal. Após a celebração de contrato de gestão, essas entidades recebiam a qualificação de agências executivas e passavam a ser “[...] objeto de medidas específicas de organização administrativa, com a finalidade de ampliar a eficiência na utilização dos recursos públicos, melhorar o desempenho e a qualidade dos serviços prestados, assegurar maior autonomia de gestão orçamentária, financeira, operacional e de recursos humanos e eliminar fatores restritivos à sua atuação institucional” (art. 1º do Decreto nº 2.488/98). Um pouco depois, em 27 de maio de 1998, a qualificação de autarquias e fundações como agências executivas e a celebração de contratos de gestão ganharam status legal (Lei nº 9.649/98). Eis, portanto, o primeiro tipo de contrato de gestão: *aquele firmado entre a administração pública direta e suas entidades da administração indireta*, a fim de garantir a estas maior autonomia gerencial e, com isso, atingir melhores resultados.

Em 5 de junho de 1998, a Emenda Constitucional nº 19, ao tempo em que constitucionalizou o contrato de gestão celebrado entre a administração pública direta e suas entidades da administração indireta, trouxe a inovadora figura do *contrato de gestão firmado entre órgãos da administração pública direta*. Assim dispôs o § 8º do art. 37 da Constituição Federal:

§ 8º. A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração *direta* e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal. (grifos nossos)

Esse novo tipo de contrato de gestão foi objeto de ampla controvérsia na doutrina brasileira. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “[...] o dislate supremo reside em que é juridicamente inexecutável um contrato entre órgãos, pois estes são apenas repartições internas de competências do próprio Estado [...]”.<sup>14</sup> Já Marçal Justen Filho defendeu que a “[...] figura do contrato de gestão pode ser compreendida no contexto da *soft-law* [...]”. Isto por se tratar “[...] de um instrumento de controle da conduta intersubjetiva, mas destituído das características típicas da normatização jurídica tradicional.”<sup>15</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a seu turno, negou a natureza contratual do contrato de gestão firmado entre órgãos da administração pública direta. Segundo ela, “[...] esses contratos correspondem, na realidade, quando muito, a termos de compromissos assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas [...]”.<sup>16</sup> Seja como for,<sup>17</sup> o importante, para os fins deste trabalho, é reforçar o juízo de que os contratos de gestão celebrados entre órgãos da administração pública direta, assim como aqueles firmados com entidades da administração indireta, visaram a transformar, internamente, o aparelho administrativo, mediante: a) a concessão de maior autonomia gerencial a órgãos e entidades; b) a ênfase no controle dos resultados. Transformação que teve por objetivo aperfeiçoar a máquina estatal, a fim de que ela bem desempenhasse as numerosas tarefas que o Estado social, inaugurado pela Constituição brasileira de 1988, impôs-lhe.

Um tanto quanto diversa é a terceira e última espécie de contrato de gestão no direito brasileiro: *contrato de gestão com organizações sociais*. A primeira experiência, no Brasil, deu-se com o Serviço Social Autônomo Associação das Pioneiras Sociais (mais conhecida como Rede Sarah), “[...] pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública [...]”, com a qual o Estado celebrou contrato de gestão “[...] com o objetivo de prestar assistência médica qualificada e gratuita a todos os níveis da população e de desenvolver atividades educacionais e de pesquisa no campo da saúde, em cooperação com o Poder Público.” (art. 1º da Lei nº 8.246, de 22 de outubro de 1991). Foi, porém, com a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que esse novo modelo de contrato de gestão se difundiu. Segundo seu art. 5º, “[...] entende-se

14 BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 234.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002. p. 410.

16 DI PIETRO, op. cit., p. 260.

17 Para se ter um bom panorama do debate doutrinário acerca da natureza jurídica do contrato de gestão, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. op. cit., p. 223-264.

por contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1.º.” Áreas que vêm a ser as de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde. Diferentemente dos outros dois tipos de contrato de gestão, neste o Poder Público pactua com pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, não integrantes da administração pública.<sup>18</sup> Como adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o que se dá com a Lei nº 9.637/98 é fomento, e não descentralização. Enquanto o contrato de gestão, “[...] quando celebrado com entidades da Administração indireta, tem por objetivo ampliar a sua autonomia [...], quando celebrado com organizações sociais, restringe sua autonomia, pois, embora entidades privadas, terão que sujeitar-se a exigências contidas no contrato [...]”.<sup>19</sup>

#### 4 AS EXPERIÊNCIAS FRANCESA E INGLESA DE RENOVAÇÃO DO ESTADO

Assim como se deu no Brasil a partir da década de noventa do século passado, também a França, em busca de maior eficiência administrativa, empreendeu ampla reforma do aparelho estatal. Nesse país europeu, o processo teve início com o Relatório Nora, publicado em abril de 1967. Conforme narra Gustavo Justino de Oliveira, o referido documento continha, basicamente, quatro recomendações:

- (i) reconhecimento às empresas públicas de uma verdadeira autonomia de gestão; (ii) incentivo à avaliação e à compensação das obrigações de serviço público impostas às empresas públicas; (iii) melhoria da situação financeira das empresas públicas e (iv) contratualização das relações entre o Estado e as empresas públicas.<sup>20</sup>

A partir dessas recomendações, iniciou-se na França o processo de contratualização da administração pública. Processo que incidiu, num primeiro momento, sobre as empresas públicas e seu controle por parte do Estado. Contratos de programa, de empresa, de plano e de objetivos se sucederam ao longo dos anos como instrumento principal da reforma

18 As organizações sociais não integram a administração pública, ainda que de vinte a quarenta por cento dos membros de seu conselho de administração devam ser representantes do Poder Público (alínea “a” do inciso I do art. 3º da Lei nº 9.637/98).

19 DI PIETRO, op. cit., p. 263-264.

20 OLIVEIRA, op. cit., p. 77.

da administração pública francesa.<sup>21</sup> Como observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

[...] em todos os modelos citados há uma preocupação em submeter as empresas estatais aos objetivos governamentais, quer por sua adequação a planos nacionais, quer por sua submissão a objetivos prioritários fixados pelas partes interessadas; paralelamente, confere-se maior autonomia às empresas, diante do compromisso que assumem contratualmente, reduzindo-se o controle por parte da Administração Pública. Daí falar-se em “*contratualização do controle*”.<sup>22</sup> (grifo do autor)

Pois bem, esse processo de contratualização da gestão pública chegou aos órgãos centrais do governo. Com a política de “Renovação do Serviço Público”, instituída pelo Primeiro-Ministro Michel Rocard (Circular de 23 de fevereiro de 1989), a administração pública da França deu mais um passo no sentido da modernização de suas estruturas internas. Em 25 de janeiro de 1990, através de nova circular, disciplinaram-se contratos e convenções a ser celebrados entre os *centros de responsabilidade* e os respectivos Ministérios.

O que vinham a ser, propriamente, os centros de responsabilidade? Consistiam em órgãos do Estado dotados de maior autonomia gerencial, em que o controle administrativo era flexibilizado. E o instrumento dessa flexibilização era um contrato, celebrado entre os dirigentes do centro de responsabilidade e os respectivos superiores hierárquicos. A uma maior autonomia administrativa correspondia, porém, maior responsabilidade. Daí porque tais órgãos eram obrigados a elaborar, previamente, um *projeto de serviço*, contendo metas a serem alcançadas e métodos objetivos de avaliação dos resultados. Segundo a Escola Nacional de Administração Pública,

O projeto de serviço permite que o órgão identifique o futuro desejado e prepare um programa de medidas para chegar a ele. Esse quadro, em que cada funcionário pode situar claramente o sentido da sua atividade, orienta o trabalho para a busca de mais eficiência. Além disso, a aplicação do projeto, que se baseia principalmente

21 Para maior detalhamento sobre cada um dos tipos de contrato, cf. FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*, Brasília: ENAP, 1993. p. 51-56.

22 DI PIETRO, op. cit., p. 253.



na participação dos funcionários, faz aumentar a autonomia e a responsabilidade de todos.<sup>23</sup>

A partir de 1995, com a Circular Juppé, generalizou-se o modelo de gestão dos centros de responsabilidade. Modelo que se estendeu a outros órgãos, mediante os contratos de serviço e os contratos de estabelecimento público.

Já na Inglaterra, todo esse processo de reforma do Estado se iniciou em 1979, com a nomeação de Lord Rayner para o posto de Conselheiro da Primeira-Ministra Margaret Thatcher. A partir de então, foi concebida a Unidade de Eficiência (*Efficiency Unity*). Tratava-se “[...] de uma pequena estrutura (dez pessoas), vinculada à Primeira-Ministra, [que] deveria catalisar o deslanche das avaliações nos ministérios, assegurar que essas avaliações fossem seguidas de ações e garantir a síntese e a difusão de ensinamentos de interesse geral [...]”<sup>24</sup> Conforme relata o estudo da Escola Nacional de Administração Pública:

Uma das principais hipóteses da estratégia Rayner era que o processo de reforma deveria ser, em grande parte, interno, e que era necessário implementar ações específicas para promover a mobilização dos funcionários em favor das reformas. Essa hipótese explica a estrutura adotada para *The Efficient Unity* (EU) e seu método de trabalho.<sup>25</sup> (grifo do autor)

Tal estratégia culminou, em 1982, com a Iniciativa de Gerenciamento Financeiro (*Financial Management Initiative*), que, segundo Gustavo Justino de Oliveira, “[...] tinha por meta introduzir em cada ministério sistemas e estruturas que possibilitassem a seus agentes uma percepção de suas atribuições, bem como dos objetivos, desempenho e resultados a serem alcançados pelo órgão.”<sup>26</sup> Foi, então, que se deu, na Inglaterra, a consolidação de princípios fundamentais da boa administração (divulgação do *White Paper on Efficiency in the Civil Service*): informação precisa, fixação de responsabilidades dos agentes públicos, desde os escalões mais altos até os mais baixos, e tendência de descentralização das atividades executivas a níveis hierárquicos inferiores. Nas palavras de Kate Jenkins, “[...] foram desenvolvidos em

23 FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. op. cit., p. 62-64.

24 FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. op. cit., p. 28.

25 Ibidem, p. 28.

26 OLIVEIRA, op. cit., p. 99.

cada ministério sistemas de informações computadorizados, baseados num desenvolvimento interno da informação, de baixo para cima [...].”<sup>27</sup> Daí para a criação das agências executivas (*Executive Agencies*) foi um passo. A propósito, foi o relatório intitulado “*Improving Management in Government: The Next Steps*” que estabeleceu as bases do que veio a se chamar de Nova Administração Pública (*New Public Management*).

O modelo inglês das agências executivas teve por eixo central a separação dos órgãos formuladores das políticas públicas daqueles que as executam. Separação, claro, que não implicou desvinculação total, mas que visou a conferir maior autonomia às agências para um facilitado cumprimento dos deveres a seu cargo. A Escola Nacional de Administração Pública assim resume o funcionamento das agências executivas na Inglaterra:

As responsabilidades de cada agência foram definidas em um documento básico explicitando a política a ser seguida, o orçamento e outros recursos concedidos à agência, bem como os objetivos e resultados a serem alcançados, na forma como tinham sido negociados com o ministério tutelar. Esse documento estabelecia também a forma como deveriam ser tratadas as questões políticas delicadas e a amplitude da delegação dada aos responsáveis. O documento básico deveria ser objeto de exame anual, permitindo sua atualização, a longo prazo, após os resultados do relatório anual da agência.

Assegurou-se que a natureza e a definição das agências eram da responsabilidade dos altos funcionários e ministros. A administração central exerceria um controle estratégico sobre as mesmas, mas o responsável pela agência teria liberdade para decidir seus objetivos dentro do documento básico definido.<sup>28</sup>

Como se vê, tanto na França quanto na Inglaterra, buscou-se reformar o aparelho do Estado para atingir maior eficiência administrativa. Isso mediante instrumentos consensuais que, por um lado, deram maior autonomia aos agentes públicos e, por outro, deles cobraram mais responsabilidade. O controle de resultados passou, então, a prevalecer sobre outros controles administrativos ou orçamentários. Segundo Sylvie Trosa, as “[...] agências e os centros provaram a importância da delegação ou do ‘estabelecimento do poder’ dos agentes

27 JENKINS, Kate apud OLIVEIRA, Gustavo Justino de. op. cit., p. 100.

28 FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. op. cit., p. 29-30.

e da responsabilidade. Eficiência e eficácia só se verificam se os agentes têm a sensação de que eles têm algo a dizer e que dispõem de margens de manobra [...].”<sup>29</sup>

Eis uma característica fundamental das reformas inglesa e francesa: ambas tiveram por base uma mudança profunda de mentalidade dos agentes públicos. Agentes que foram chamados, inclusive, a se apropriar das iniciativas inovadoras. Segundo Roger Barbe, a política de renovação do serviço público, na França, poderia ter sido imposta de cima para baixo na pirâmide hierárquica da administração pública. Não, porém, com o mesmo êxito. É que, como o contrato era um “[...] contrato de verdade, entre duas pessoas que [representavam], cada um, um serviço do Ministério e que se [empenhavam] pessoalmente para atingir objetivos [...]”, isso “[...] teria que ser voluntário para ser eficaz.”<sup>30</sup>

Também se mostrou imprescindível o conhecimento detalhado acerca da máquina pública. Não por acaso a Iniciativa de Gerenciamento Financeiro (*Financial Management Initiative*), na Inglaterra, visava a que cada servidor tivesse a percepção de suas atribuições e dos objetivos a alcançar. Na França, sem um projeto de serviço em que se fizesse um diagnóstico do presente e um prognóstico do futuro, um órgão público não se qualificava como centro de responsabilidade. Tudo isso para que o controle dos resultados, de fato, funcionasse.

## 5 O MODELO BRASILEIRO DE CONTRATOS DE GESTÃO COMO CÓPIA IMPERFEITA DAS REFORMAS ADMINISTRATIVAS DA FRANÇA E DA INGLATERRA

Da descrição, ainda que sumária, dos tipos de contrato de gestão instituídos no Brasil a partir de 1991 e do relato, mesmo resumido, das experiências francesa e inglesa de reforma do Estado, conclui-se que o modelo brasileiro de administração pública consensual foi fortemente influenciado pelas realidades desses países europeus (principalmente da França). É difícil não comparar os objetivos do Programa de Gestão das Empresas Estatais, instituído pelo Decreto nº 137/91, com as mudanças por que passaram as empresas estatais francesas depois do Relatório Nora. Também são evidentes as semelhanças entre o contrato de gestão

29 TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o Estado se compromete. tradução de Maria Luíza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 2001. p. 139.

30 BARBE, Roger. A estratégia francesa de renovação do serviço público. In: *FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*. Os contratos de gestão e a experiência francesa de renovação do setor público: Seminário Brasil/França, Brasília: SAF/ENAP, 1993. p. 47-48.

firmado entre órgãos da administração pública direta, previsto no § 8º do art. 37 da Constituição brasileira, e os centros de responsabilidade da administração pública da França. Do modelo inglês, importaram-se (ou, pelo menos, tentou-se importar) as agências executivas, com seu propósito de descentralização administrativa. Um dos estudos da Escola Nacional de Administração Pública que se dedicaram à “busca da modernização da administração pública federal” não esconde a origem de suas inspirações. Confira-se:

Ante a perspectiva de pensar formas de melhorar o desempenho das organizações públicas da administração federal direta, autárquica e fundacional, parece que tanto a experiência francesa quanto a inglesa oferecem modelos interessantes e promissores. [...].<sup>31</sup>

Pois bem, inspirado na política francesa de Renovação do Setor Público, que significou uma “[...] reação às idéias liberais de que o Estado é mau gestor e [tentou] mobilizar a administração pública para uma modernização em busca da eficiência necessária à atuação do Estado”<sup>32</sup>, o Brasil buscou sair do impasse a que chegou sua administração pública: de um lado, uma nova Constituição (a de 1988) que exigiu (e ainda exige) cada vez mais do Poder Público na prestação de serviços à sociedade; de outro, uma estrutura burocrática e pouco eficiente herdada das décadas anteriores. Foi necessário, então, fazer como o Primeiro-Ministro francês Michel Rocard e proclamar, também no Brasil, que “[...] o Estado [estava] de volta.”<sup>33</sup> Foi o que almejou a Emenda Constitucional nº 19/98, ao inscrever no *caput* do art. 37 da Constituição Federal o princípio da eficiência. Eficiência a ser alcançada mediante uma administração cada vez mais consensual, em que fosse corriqueiro o manejo de contratos de gestão entre órgãos e entidades da administração pública para uma melhor prestação dos serviços estatais. Prestação que receberia, no que coubesse, a valiosa complementação da iniciativa privada, a ser, inclusive, objeto de fomento do Estado.

O que se esperava, principalmente após a Emenda Constitucional nº 19/98, era a concertação dos três tipos de contrato de gestão para o atingimento da tão almejada eficiência administrativa. O contrato de gestão entre órgãos da administração pública direta, a exemplo dos centros de responsabilidade franceses, daria mais agilidade à

31 FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. op. cit., p. 119.

32 Ibidem, p. 65.

33 BARBE, op. cit., p. 20.

administração central. A qualificação de autarquias e fundações como agências executivas garantiria mais liberdade aos entes da administração pública indireta. E como não havia a ilusão de que o Estado, pelo menos a médio prazo, satisfizesse, plenamente, todas as necessidades públicas de educação, saúde, previdência social, etc, os contratos de gestão com organizações sociais fomentariam a iniciativa privada, complementando, assim, a atividade estatal.

Acontece que, nesse processo de importação do modelo estrangeiro, esqueceu-se de alguns pontos fundamentais. O primeiro deles é o princípio constitucional da legalidade da administração pública. Ao contrário da França, onde as circulares do Primeiro-Ministro tinham o poder de flexibilizar controles e conferir autonomia a órgãos e empresas públicas, aqui no Brasil o contrato de gestão, por si só, não pode dispensar controles administrativos, financeiros, de gestão de pessoal, etc, sem que a lei autorize. E não se trata de uma autorização genérica, mas de uma disciplina que aponte quais controles não de ser flexibilizados e em que consiste a autonomia do órgão ou entidade públicos. É verdade que o § 8º do art. 37 da Constituição Federal, incluído pela Emenda nº 19/98, previu a edição dessa lei, mas ela nunca veio a ser editada. Ademais, em terras brasileiras, pretendeu-se a reforma do aparelho do Estado sem a mobilização e o engajamento dos servidores públicos. Enquanto na França “[...] a qualidade de seu quadro de pessoal em todos os escalões [...]” era um “[...]” trunfo de que “[...]” a administração para reagir”,<sup>34</sup> no Brasil, o que muitos queriam era apenas uma “[...]” opção ao Regime Jurídico Único “[...]”<sup>35</sup>, recém-instituído pela Constituição de 1988.

Deu-se, então, uma paralisia nas duas bases mais importantes do tripé que pretendeu sustentar, via contrato de gestão, a nova administração pública consensual. Nem o contrato de gestão entre órgãos da administração pública direta nem aquele a ser celebrado com as autarquias e fundações se consolidou. Por ausência de disciplina legal e por falta do necessário suporte material e, principalmente, humano, o que se viu foi a autonomia apenas ilusória das agências executivas e o total abandono do modelo de órgãos mais independentes e responsáveis.

34 BARBE, op. cit., p. 22.

35 Assim expressou, textualmente, em 29 de outubro de 1991, Carlos Garcia, Secretário da Administração Federal. Cf. FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *Os contratos de gestão e a experiência francesa de renovação do setor público*: Seminário Brasil/França, Brasília: SAF/ENAP, 1993. p. 13.

O caminho mais fácil passou, então, a ser o uso indiscriminado dos contratos de gestão com organizações sociais. Como forma de compensar o fracasso da reforma interna do aparelho do Estado, os contratos de gestão com organizações sociais, em vez de instrumento complementar da ação estatal, passaram a veículo principal de fuga do Estado. Fuga da ineficiência da administração pública em direção à agilidade da iniciativa privada. O que deveria consistir em complementação dos serviços públicos se transformou em “[...] absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, [...], por organizações sociais [...]”. O subsidiário passando a ser principal e o Estado, de social a subsidiário.

## 6 CONCLUSÃO

Em atenção às normas da Constituição brasileira de 1988 (normas exaustivamente analisadas pelo ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.923) parece de difícil sustentação a tese da constitucionalidade de um “Estado subsidiário”, para utilizar a expressão de Juan Carlos Cassagne, no que se refere à prestação dos serviços públicos. Ao contrário do que se dá quanto à exploração de atividade econômica, nos campos do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde, a ação estatal não pode se limitar ao fomento da iniciativa privada. O que pode e deve ser feito é uma reforma interna da administração pública, para que esta passe a adotar instrumentos de gestão mais ágeis.

O contrato de gestão é, sem dúvida, um desses instrumentos. Inseridos nesse conjunto mais amplo que se convencionou chamar de administração pública consensual, os contratos de gestão entre órgãos e entidades da própria administração pública não de ser, urgentemente, regulamentados e postos em prática. Isto para que os contratos com organizações sociais, também eles parte importante do processo de modernização do aparato estatal, não venham a se tornar o modo por excelência, ou até mesmo único, de atuação do Estado nas áreas do ensino, da pesquisa científica, do desenvolvimento tecnológico, da proteção e preservação do meio ambiente, da cultura e da saúde. O desafio da administração pública brasileira está – repita-se – na reforma institucional intramuros, e não na entrega de seus deveres constitucionais aos particulares.

A Emenda Constitucional nº 19/98, talvez por influência do confronto político que marcou sua discussão no Congresso Nacional, foi tachada de privatista, de neoliberal. E talvez tenha sido mesmo essa a intenção de seus idealizadores. Acontece que, do texto promulgado e que

se tornou norma jurídica, ressaí a confiança de que o Estado pode, sim, reinventar-se, reformando suas estruturas internas em direção a uma administração pública mais consensual e eficiente.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBE, Roger. A estratégia francesa de renovação do serviço público. In: *FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Os contratos de gestão e a experiência francesa de renovação do setor público: Seminário Brasil/França*, Brasília: SAF/ENAP, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, 31 de março de 2011 e 19 de maio de 2011. Diário da Justiça, Brasília, 8 abr. 2011 e 27 maio 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervencion administrativa*, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*, 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FUNDAÇÃO ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. *O contrato de gestão no serviço público*, Brasília: ENAP, 1993.

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

MODESTO, Paulo. Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil: as dúvidas dos juristas sobre o modelo das organizações sociais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, v. 34, n. 136, out./dez. 1997.

\_\_\_\_\_. Contrato de gestão no interior da organização administrativa como contrato de autonomia. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set./out./nov. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-SETEMBRO-2010-PAULO-MODESTO.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. In: \_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Contrato de gestão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, ano 5, n. 18, abr./jun. 2007.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados: quando o Estado se compromete*, tradução de Maria Luíza de Carvalho, Rio de Janeiro: Revan; Brasília: ENAP, 2001.



# O PROBLEMA DO INSUCESSO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS POR AUSÊNCIA DE PROVA

*THE ISSUE OF PUBLIC ENVIRONMENTAL CIVIL ACTIONS BY LACK  
OF EVIDENCE*

*Larissa Suassuna Carvalho Barros*

*Procuradora Federal junto ao IBAMA e ao ICMBio em Santarém/PA  
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp  
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ação civil pública ambiental e o ônus da prova; 2 A instrumentalidade do processo e a necessidade de dar prevalência ao direito material objeto da lide; 3 A necessidade de flexibilização da regra de distribuição do ônus da prova e de adoção de uma postura ativa do magistrado na instrução probatória; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente se artigo se propõe a demonstrar que as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil comumente se mostram inadequadas à tutela dos interesses coletivos. Em sede de ações civis públicas ambientais, essa inadequação, aliada a uma postura passiva e conservacionista dos magistrados, tem resultado na declaração de improcedência de uma grande quantidade de demandas, deixando a responsabilização civil por danos ao meio ambiente à míngua de qualquer tutela jurisdicional. O que se propõe com o presente artigo, portanto, é alertar os operadores do direito para a necessidade de colocar o direito material à frente do desmedido apego às normas processuais, instando os juízes, em especial, a adotar uma postura mais ativa na instrução probatória nas lides ambientais coletivas, contribuindo para a busca da verdade e para a prolação de uma decisão efetivamente justa, baseada em provas produzidas a contento, em prestígio à natureza e relevância do direito material em discussão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ambiental. Processual Civil. Ações Civis Públicas Ambientais. Ônus da Prova. Iniciativa Probatória do Juiz.

**ABSTRACT:** This article intends to demonstrate that the traditional rules of distribution of the burden of proof under the Code of Civil Procedure usually become inadequate to the protection of collective interests. In place of public environmental civil actions, this inadequacy, combined with passive and conservationist stance of judges, has resulted in the declaration of dismissal of a lot of demands, leaving the civil responsibility for damages to the environment starved of any remedy. What this article intends, in truth, is to warn the legal practitioners to the need of putting the material rights ahead of the undue addiction to procedural rules, urging the judges, in particular, to take a more active role in evidence instruction in collective environmental litigations, contributing to the search for truth and for the delivery of a truly fair decision, based on evidence satisfactory produced, in attention to the nature and relevance of the substantive law at issue.

**KEYWORDS:** Environmental. Civil Procedure. Environmental Public Civil Actions. Burden of Proof. Evidential Initiative of the Judge.

## INTRODUÇÃO

A ação civil pública é um importante instrumento na defesa do meio ambiente. Apesar de regulamentada em lei especial – Lei nº 7.347/85 – o Código de Processo Civil é aplicado de forma subsidiária. Em razão desse fato, nas demandas coletivas ambientais se aplica a tradicional regra de distribuição do ônus da prova expressa no artigo 333 do CPC.

Ocorre, no entanto, que a aplicação desse dispositivo legal, nitidamente voltado às demandas individuais, tem se mostrado pernicioso à eficácia da responsabilização civil por danos ao meio ambiente. Isso porque muitos magistrados, ao reputar insuficientes as provas produzidas pelas partes, optam pela declaração de improcedência da ação, deixando o meio ambiente à míngua de qualquer tutela jurisdicional.

O próprio Código de Processo Civil, no entanto, abre aos juízes a possibilidade de, com respaldo na própria lei processual, adotar uma postura mais ativa na produção de provas, não assumindo o dever das partes de produzi-las, mas sim complementando-as, sempre em busca da verdade e da prolação de uma sentença efetivamente justa. Com esse posicionamento, não se está a sugerir um abandono das normas processuais em matéria probatória. O que se almeja, tão somente, é que o magistrado saia da posição de mero espectador das demandas coletivas ambientais, contribuindo para a efetiva apuração do ilícito ambiental, não se contentando em fadar ao insucesso a responsabilização civil, ante a simples insuficiência de prova do dano. É o que se procura expor mais detalhadamente nesse artigo.

### 1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL E O ÔNUS DA PROVA

A responsabilização civil por danos causados ao meio ambiente decorre de norma impositiva presente na própria Constituição Federal de 1988.

Art. 225. [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da *obrigação de reparar os danos causados*. (grifo nosso)

Na busca de conferir eficácia ao comando constitucional em apreço, os operadores do direito têm a seu dispor um importante instrumento

processual: a ação civil pública. A Lei nº 7.347/85 “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”. Vale citar o seu artigo 1º, a saber:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

Embora a Lei da Ação Civil Pública configure-se como lei de caráter especial, o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente, naquilo em que não for incompatível com as suas disposições. É o que expressamente dispõe o artigo 19 da Lei nº 7.347/85:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Nesse sentido, em virtude da ausência de disciplinamento expresso da Lei nº 7.347/85 em matéria de ônus da prova, aplica-se, nesse aspecto, o disposto no artigo 333 do CPC, *in verbis*:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Por força da mencionada norma processual, portanto, aos legitimados ativos para ação civil pública de reparação e recuperação ambiental (artigo 5º, Lei nº 7.347/85) incumbe o ônus de provar a efetiva ocorrência do dano ao meio ambiente, seu caráter ilícito, seu momento e sua autoria.

## **2 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E A NECESSIDADE DE DAR PREVALÊNCIA AO DIREITO MATERIAL OBJETO DA LIDE**

Normalmente, as ações civis públicas ambientais são intentadas essencialmente com esteio no conteúdo do inquérito civil do Ministério Público ou do processo administrativo do órgão ambiental autuante, os quais normalmente estão instruídos com auto de infração, relatório de fiscalização (onde a equipe de fiscalização narra de que forma constatou a prática do ilícito), relatório fotográfico, análise multitemporal da área através de imagens de satélite, a defesa apresentada pelo autuado, entre outros documentos.

Apesar da solidez de tais provas (observe-se: em sua maioria, atos administrativos com presunção de veracidade e legitimidade), alguns juízes tem reputado-as insuficientes à comprovação do dano e sua autoria. Logo, na visão do julgador, não tendo o autor da ação civil pública se desincumbido completamente de seu ônus probatório, a declaração de improcedência de seus pedidos de reparação e recuperação do meio ambiente torna-se consequência inevitável. O resultado disso, então, é a prolação de uma enorme quantidade de ações civis públicas ambientais julgadas improcedentes, sob o fundamento de não ter sido suficientemente provado o dano e sua autoria.

Os juízes que assim procedem – e isso se torna ainda mais grave quando se trata de área degradada na Amazônia Legal – aparentemente esquecem que o direito material em questão é direito indisponível, de caráter coletivo e transindividual e com *status* constitucional de direito fundamental, que não pode ser preterido ou secundarizado em nome de uma desmedida observância à regra processual inscrita no artigo 333 do Código de Processo Civil.

A instrumentalidade das formas é princípio já consagrado na processualística brasileira e não deve ser ignorado, notadamente em situações como a aqui tratada. Retomando lições de teoria geral, convém lembrar que o processo não é um fim em si mesmo e possui, em sua essência, a missão de pacificar os conflitos com justiça. A expectativa

das partes em relação ao processo, portanto, vai além do mero desejo de prolação de uma decisão final qualquer acerca do direito em litígio.

O sistema processual tem a missão institucional de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua. Sinteticamente, cabe-lhe cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos.<sup>1</sup>

A importância do direito processual é inquestionável, não se podendo olvidar, contudo, que seu papel é servir à efetivação do direito material, e não o contrário.

Quando se fala em instrumentalidade do processo, não se quer minimizar o papel do processo na construção do direito, visto que é absolutamente indispensável, porquanto método de controle do exercício do poder. Trata-se, em verdade, de dar-lhe a sua exata função, que é a de co-protagonista. Forçar o operador jurídico a perceber que as regras processuais não de ser interpretadas e aplicadas de acordo com a sua função, que é a de emprestar efetividade às regras do direito material.<sup>2</sup>

A efetiva realização da justiça através do processo só pode ser alcançada se a premissa fática da sentença guardar correspondência com a verdade. Para que a decisão seja justa, o convencimento do julgador não pode, sob nenhuma hipótese, estar dissociado da verdade. Muitas vezes, todavia, o julgador entende que as provas produzidas pelas partes no bojo da demanda não foram suficientes para atingir – ou chegar próximo – da verdade. Em casos que tais, se é natural para a maioria dos casos a aplicação da regra geral de ônus da prova, julgando-se improcedente o pedido do autor em virtude de não ter provado a contento o fato constitutivo de seu direito, nas ações civis públicas ambientais isso se torna preocupante.

Ora, se o artigo 225 da Constituição Federal dispõe que todos têm direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o Poder Público e a sociedade defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações, não restam dúvidas de que a defesa do meio ambiente

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34.

2 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. I. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 54.

se traduz em uma questão de interesse público, de interesse do Estado, aí inserido o Estado-Juiz.

### 3 A NECESSIDADE DE FLEXIBILIZAÇÃO DA REGRA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E DE ADOÇÃO DE UMA POSTURA ATIVA DO MAGISTRADO NA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Partindo das premissas delineadas anteriormente, ousa-se afirmar que em sede de ações civis públicas ambientais o julgador não pode ignorar a natureza do bem jurídico cuja tutela é buscada, adotando uma posição de mero espectador da lide, como se os desdobramentos da demanda não atingissem muito mais do que a esfera jurídica dos litigantes. Nesse sentido, o que aqui se defende é a necessidade de o magistrado, nesses casos, adotar uma postura mais ativa na condução do processo, em nome do interesse público que ali se descortina. O que aqui se defende, mais especificamente, é a necessidade de o julgador flexibilizar a norma processual tradicional de distribuição do ônus da prova, primordialmente voltada aos direitos individuais, atuando supletivamente às partes na produção probatória.

Quando se confrontam com as técnicas processuais existentes no Código de Processo Civil certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente, etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível, que interessa a titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os una, senão, apenas a fruição do mesmo e único bem, certamente o Código de Processo Civil, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes são voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade *ad causam* e até a regra da coisa julgada *inter partes*. Por isso, é muito importante que, ao estudarmos as técnicas processuais coletivas, estejamos desnudos do pensamento individual, ou, pelo menos, reconhecendo que deve haver certa dose de esforço científico para encontrar soluções teóricas para determinadas situações coletivas, tendo em vista, aprioristicamente, as regras principiológicas de direito processual coletivo.<sup>3</sup>

3 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2011. p. 67-68.

Em sede de ações civis públicas ambientais, portanto, a tradicional regra de distribuição do ônus da prova prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil não pode ser tomada em uma perspectiva absoluta e sempre aplicável. Nesse ponto, ganha importância o disposto no artigo 130 do CPC, *in verbis*:

Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Esse artigo, como se vê, permite ao juiz adentrar na atividade probatória, tendo em vista a necessidade da prova para a formação de seu convencimento. Com isso, não se pretende premiar a parte que deveria produzir a prova e se manteve inerte, pois a regra do ônus da prova continua sendo perfeitamente aplicável. O artigo 130 do CPC, em verdade, possui um caráter subsidiário, somente sendo aplicável para completar a prova já produzida, quando esta se mostre confusa ou insuficiente.

O art. 130, pois, aplicar-se-á como um *posterius* à insuficiência da prova produzida, e não tem lugar na teoria do ônus da prova. Nunca deverá o juiz subrogar-se no ônus subjetivo da parte omissa ou inerte. [...] O que ocorre é que, tendo a parte deixado de produzir, ou requerer determinada prova, o juiz, necessitando dela para sua convicção, não deverá, normalmente, determinar que ela se realize. Por outro lado, poderá ocorrer que a prova já realizada seja insuficiente e que o juiz mande completa-la.<sup>4</sup>

Se o autor da ação civil pública ambiental, portanto, produz provas direcionadas à comprovação do dano ambiental e sua autoria, entendendo o julgador pela sua insuficiência, poderá determinar a produção de novas provas com o objetivo de complementá-las e, assim, esclarecer a verdade dos fatos objeto de discussão. O processo não pode ser uma seara para perdas de direito ou para atribuições injustas da tutela jurisdicional. Assim, se o juiz “chegar à convicção de que pode, com grau acentuado de convicção, haver perda de direito e atribuição de bem jurídico indevidamente à outra parte, acreditamos que, possivelmente, e, cada vez mais, interpretar-se-á o sistema atrofiando-se o espaço do art. 333 do CPC”.<sup>5</sup>

4 ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie (Org). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 104.

5 Ibidem, p. 105.



O que se propõe, portanto, e com base no próprio Código de Processo Civil, é que as demandas coletivas ambientais sejam analisadas sob a ótica do interesse público, pois o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de todos, e não simplesmente do autor da ação. Puni-lo com a declaração de improcedência da demanda, em virtude de não ter se desincumbido do ônus probatório consagrado no art. 333 do CPC significa, em verdade, deixar o meio ambiente à míngua de qualquer proteção jurisdicional e premiar o infrator, em nome de um desarrazoado apego a uma norma processual.

Se o julgador não se convence do dano e de sua autoria, então que determine a complementação da prova, com base no artigo 130 do CPC, já mencionado. Obviamente, não se está aqui a defender um ativismo deliberado e incondicionado do juiz na iniciativa probatória. Não se afigura sensato, contudo, restringir totalmente os seus poderes instrutórios para todos os tipos de demanda. Normalmente, a insuficiência probatória se resolve pela aplicação das regras que regulam o ônus da prova. Em certas situações, como nas demandas ambientais, entretanto, é preciso olhar a atividade probatória do juiz com outros olhos. Não se quer, com isso, substituí-lo no papel das partes, mas sim permitir-lhe diligenciar na busca da verdade (ou ao, menos, a sua proximidade), em prol da proteção do meio ambiente degradado, quando as provas produzidas não comprovarem o dano e sua autoria a contento.

Não se pode aceitar que o juiz, por respeito a dogmas não compatíveis com a realidade atual, aplique normas de direito substancial a fatos não suficientemente provados, nos casos em que a iniciativa probatória por ele desenvolvida possa contribuir para melhor compreensão da matéria fática controvertida.<sup>6</sup>

A colheita de elementos de prova interessa tanto ao juiz quanto às partes. O Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada da forma mais justa possível. É obsoleta a idéia do juiz neutro e passivo, postura que não condiz com os anseios de uma efetiva realização de Justiça no caso concreto.

Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica

---

6 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 112.

do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria a verdadeira paz social.<sup>7</sup>

Apenas dessa forma, portanto, é que o processo efetivamente estará cumprindo o seu mister de realizar a justiça diante do caso concreto, e não simplesmente atribuindo a vitória a um dos litigantes. “O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito”<sup>8</sup>. E na defesa desse direito, quando se trata de ações civis públicas ambientais, o papel do julgador e sua atitude na condução do processo se tornam determinantes. “A proteção do meio ambiente não pode ser assegurada se ela não se fizer acompanhar de uma proteção jurisdicional efetiva, de modo que fiquem no centro do litígio as únicas verdadeiras questões – as questões de fundo”<sup>9</sup>.

Daí resulta, portanto, que se o juiz reputar insuficiente a prova produzida pela parte autora da ação civil pública ambiental, não poderá simplesmente julgá-la improcedente. Incumbe-lhe o dever de determinar a produção de provas para eliminar essa insuficiência, conforme permissivo do art. 130 do CPC, e então formar seu convencimento, ante a natureza indisponível do bem jurídico objeto de tutela.

O juiz pode e deve assumir uma posição ativa no processo. Quando a demanda versa interesses metaindividuais, indisponíveis por natureza, se, em face das provas produzidas, ou pelo fato de não ter sido produzida, o juiz não formar o seu convencimento, não pode julgar a ação improcedente. A possibilidade de determinar a produção da prova, disposta no art. 130 do CPC, é alçada à condição de obrigatoriedade. E essa posição ativa do juiz não fere o princípio da imparcialidade. Isso porque, ressalte-se, não se quer, aqui, que a demanda seja, sempre e sempre, julgada procedente. O que defendemos é que o juiz, diante de insuficiência de prova, determine a sua produção para bem decidir – pela procedência ou improcedência –, não podendo, na dúvida, julgá-la improcedente. E a imparcialidade

7 BEDAQUE, op. cit., p. 118.

8 Ibidem, p. 126.

9 JADOT, B. L'interêt à agir en justice pour assurer La protection de l'environnement, p. 37, apud DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 05.

está resguardada, na medida em que o juiz não sabe, de antemão, o resultado da prova a ser produzida.<sup>10</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

Todas as considerações aqui tecidas não deixam dúvidas de que, em muitas situações, onde as regras tradicionais de distribuição do ônus da prova previstas no Código de Processo Civil se mostram inadequadas à tutela dos interesses coletivos, um juiz ativo pode exercer um papel determinante para o sucesso das ações civis públicas ambientais. E sucesso, nesse caso, não é sinônimo da necessária declaração de procedência da ação e de uma responsabilização civil a qualquer custo. Sucesso, aqui, significa tão somente a prolação de uma sentença efetivamente justa, condizente com a verdade trazida pelas partes e, quando necessário – por que não? – complementada pelo juiz. Significa, primordialmente, a adoção de uma postura mais preocupada com o direito material em litígio e a sua extrema relevância para todos.

#### REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Questões controvertidas sobre os poderes instrutórios do juiz, a distribuição do ônus do ônus probatório e a preclusão *pro judicato* em matéria de prova. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, processo e justiça. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. v. I. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. II. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.

---

<sup>10</sup> SOUZA, Luiz Antônio de. A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade. In: MILARÉ, Edis (Org.). *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 543.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SOUZA, Luiz Antônio de. A tutela jurisdicional coletiva e sua efetividade. In: MILARÉ, Edis (Org.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

# SUPREMACIA OU DIÁLOGOS JUDICIAIS? O DESENVOLVIMENTO DE UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL VERDADEIRAMENTE DEMOCRÁTICA A PARTIR DA LEITURA INSTITUCIONAL<sup>1</sup>

*DIALOGUES OR JUDICIAL SUPREMACY? THE DEVELOPMENT  
OF A REAL DEMOCRATIC JUDICIAL REVIEW FROM THE  
INSTITUTIONAL PERSPECTIVE*

*Luis Cláudio Martins de Araújo<sup>2</sup>*

*Advogado da União*

*Doutorando em Direito pela UERJ*

*Mestre em Direito pela UFRJ*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A expansão do *judicial review* e a supremacia judicial; 2 A teoria institucional e os diálogos institucionais; 3 Os efeitos sistêmicos e as capacidades institucionais; 4 Conclusão; Referências.

<sup>1</sup> Gostaria de agradecer aos graduandos em Direito do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) Gustavo Alberto de Mendonça e Isabel Ribeiro Mousinho pelo apoio fundamental ao desenvolvimento e arranjo final deste texto.

<sup>2</sup> Professor Assistente do IBMEC. Especialista em International Environmental Law pela UNITAR com extensão em Private International Law HAIL e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee (OAS/IAJC). Visiting Researcher pela Fordham University School of Law (VRSP). Pós-graduado em Processo Constitucional pela UERJ. Graduado em Direito pela PPUÇ-Rio

**RESUMO:** É notável a atuação expansiva do Poder Judiciário no cenário institucional mundial, protagonizado pelo modelo de constitucionalismo norte-americano. No entanto, nos procedimentos travados nas sociedades democráticas, a legitimidade das decisões judiciais deve operar a partir da construção de um processo deliberativo para a viabilidade do diálogo entre instituições. Dentro desta perspectiva, a Teoria das Instituições se apresenta como uma opção para apontar como, em um Estado Democrático de Direito, deve-se realizar a atividade institucional do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, seja na relação sistêmica dialógica entre instituições. Neste diapasão, propõe-se analisar a jurisdição constitucional e a supremacia judicial por meio de mecanismos institucionais que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Jurisdição Constitucional. Supremacia Judicial. Teoria Institucional. Capacidades Constitucionais. Efeitos Sistêmicos. Diálogos-Democráticos.

**ABSTRACT:** It is remarkable the activist posture of the Judiciary Branch setting worldwide, especially by the outcome of the American constitutionalism. However, in the procedures stated in democratic societies, it is necessary to understand that the legitimacy of a judicial decision must operate from a deliberative perspective for the viability of the dialogue among institutions. In this perspective, the institutional theory is a strong alternative to point out, from the legal-political standpoint, how should be performed the institutional activity in a democratic State, in the performance of its duties and competencies or in a systemic-dialogical relation between institutions. Thus, the goal of this article is the study of the judicial review and the Judicial Supremacy from a institutional-dialogical perspective, taking into consideration some mechanisms developed in recent years, which brought juridical strength and institutional stability to the Brazilian legal system.

**KEYWORDS:** Judicial Review. Judicial Supremacy. Institutional Theory. Constitutional Capacities. System Effect. Democratic-Dialogue.

## INTRODUÇÃO

O debate sobre as Teorias Institucionais tem ocupado grande espaço na doutrina jurídico-político norte-americana e, mais recentemente, brasileira. Este debate, pautado, sobretudo, na Teoria Dialógica Institucional, parte da premissa que as instituições devem ser investigadas em suas atividades e situações estruturais. Neste sentido, deve-se partir da premissa de que, no âmbito das atividades institucionais, as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação entre as instituições em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção dos efeitos sistêmicos. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária exposta principalmente por parte dos teóricos norte-americanos, iniciada na última década, dedica-se ao tema das instituições, num plano jurídico-político e a necessidade de releitura do papel das instituições na revisão constitucional. Neste sentido, a partir desta leitura, devem ser encontrados parâmetros que compreendam mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre os Poderes instituídos e as demais instituições, pela via sistêmico-dialógica, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional e de separação de poderes, a partir da conciliação das instituições, em uma comunidade cooperativa jurídico-política, responsáveis pela atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais. Assim, o comportamento das instituições deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação, no que tange suas capacidades deliberativas e dialógicas, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública. Em um plano mais específico, também será estudado se tais mecanismos configuram um crescimento para o diálogo entre instituições, apto a produzir efeitos sistêmicos positivos na ordem jurídica, verificando a existência ou não de uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional e de uniformidade nos procedimentos decisórios.

### 1 A EXPANSÃO DO JUDICIAL REVIEW E A SUPREMACIA JUDICIAL

Ao se analisar a história recente do constitucionalismo moderno<sup>3</sup>, observa-se que, por um longo período de tempo, na maior parte o mundo, as

3 Segundo CANOTILHO, 2001: "O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno, tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, constitucionalismo

francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimento constitucionais do que de vários constitucionalismos, porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indisponível à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Numa outra acepção - histórico-descritiva - fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico, os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários, alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo - desde os fins da Idade Média até ao século XVIII.

[...]

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada constituição moderna. Por constituição moderna, entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito, no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de se ter já chamado 'conceito ocidental de constituição' (Rogério Soares). Trata-se, porém, de um conceito ideal que não corresponde sequer - como a seguir se demonstrará - a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de 'ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito'. Para ele a constituição - *The English Constitution* - será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos 'ingleses' e o alicerçamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a qualquer americano) não repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com 'freios' e 'contrapesos' feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projetante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um 'vintista exaltado' português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a ordem histórico natural das coisas, que outra coisa não era senão os *privileges* do *ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder - o poder constituinte -, teria de definir os esquemas ou projetos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.

As considerações anteriores justificarão, ainda hoje, a indispensabilidade de um conceito histórico de Constituição. Por constituição em sentido histórico, entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social. Este conceito - utilizado sobretudo por historiadores - serve também para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroativas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias jurídico-políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política. Mas não só isto: entre o 'constitucionalismo antigo' e o 'constitucionalismo moderno' vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio



constituições eram vistas como meras proclamações políticas desprovidas de normatividade, cabendo ao Poder Legislativo legitimamente eleito, a edição de normas jurídicas imperativas que eram imunes à jurisdição constitucional<sup>4</sup>. Esta visão, hegemônica principalmente na Europa, via a Constituição, com exceção das normas de organização dos poderes, como mera proclamação política despida de força jurídica<sup>5</sup>.

Neste quadro, a regulamentação jurídica da relação entre indivíduo e Estado se desenvolvia essencialmente em um plano infraconstitucional, cabendo às Constituições a mera função de definir a estrutura de governo, visto que o aspecto material da Constituição restaria integralmente sujeito à liberdade de configuração do legislador, no que a Supremacia do Parlamento não admitia a possibilidade de um controle externo do legislador soberano, reduzindo a função judicial à condição de mero aplicador da lei, incompatível com o modelo do *judicial review*<sup>6</sup>.

---

fenômeno da modernidade constitucional. Mencionemos apenas alguns exemplos. É difícil compreender a ideia moderna de contrato social sem conhecermos o filão da politologia humanista neorristotélica centrado na ideia de bem comum. A progressiva aceitação de ‘pactos de domínio’ entre governantes e governados como forma de limitação do poder, ganha força política através da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo. A ideia moderna de ‘República’ terá de associar-se à categoria de *res publica mista*, com separação da *majestas realis* e da *majestas personalis*, que informou o modelo constitucional da Paz de Westfália. Quem quiser uma compreensão de algumas ‘palavras viajantes’ da modernidade política, como soberania, poder, unidade do Estado e lei não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six Livres de la Republique* (1576) ou Hobbes e o seu famoso livro *The Leviathan* (1651). Mesmo os *maitre-penseurs* do constitucionalismo moderno – Locke, Montesquieu e Rousseau – transportam, nalguns casos, ‘modos de pensar’ antigos e só compreenderemos as suas propostas no contexto do saber e das ‘estratégias do saber’ das escolas jurídicas seiscentistas e setecentistas – *jusnaturalismo*, *jusnacionalismo*, *individualismo* e *contratualismo* – e dos seus respectivos mestres (Francisco de Vitoria e Francisco Suarez, para o *jusnaturalismo* peninsular, Grócio, para o *jusnaturalismo* individualista, Hobbes para a teoria dos direitos subjetivos). Esta advertência serve também para salientar que o ‘conceito liberal de constituição’ agitado a partir dos séculos XVII e XVIII, pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de estado (doutrina aristotélica das formas de estado). É o caso, precisamente, do conceito grego de *politeia* que só nos fins do século XVIII e no século XIX, passou a entender-se como ‘constituição’ (*constitutio*) enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como ‘*policie*’, ‘*government*’ e ‘*Commonwealth*’ (também como ‘*commonwealth or government*’ ou ‘*policy or government*’). Por sua vez, *governo* (‘*government*’) significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo, como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes.”

4 Utilizaremos para os fins da presente dissertação as expressões jurisdição constitucional, *judicial review*, revisão judicial e controle de constitucionalidade como sinónimos.

5 GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, 2006, p. 9.

6 BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

Tal concepção essencialmente eurocêntrica, contudo, vem a sofrer uma mudança radical a partir do século XIX, com a introdução pelos Estados Unidos da América da ideia que as decisões emanadas do Poder legislativo, dotadas de legitimidade democrática, podem ser submetidas à jurisdição constitucional<sup>7</sup>, iniciado com o julgamento de *Marbury v. Madison*<sup>8</sup> em 1803 pela Suprema Corte norte-americana<sup>9</sup>.

Em *Marbury v. Madison*<sup>10</sup>, John Marshall que era o *Chief of Justice*, manejou o raciocínio, inovador à época, de que no conflito entre

- 7 É bem verdade que, é possível encontrar em instituições pré-modernas, antepassados da jurisdição constitucional. Na Grécia, era possível invalidar decretos de agentes designados pelas assembleias para conduzirem a administração. O procedimento dessa invalidação era chamado de *graphē paranomon*, e ocorria quando os agentes designados estabeleciam decretos que violavam as regras superiores elaboradas pelas assembleias. Talvez, este tenha sido o antecedente mais antigo da jurisdição constitucional. Na Inglaterra do século XVII pré-parlamentarista, se desenvolveu o início da jurisdição através da *common law*, como no *Bonham case* de 1610, em que uma lei que dava à corporação de ofício dos médicos a possibilidade de impor multas, julgá-las e ficar com a receita da multa caso correta sua aplicação, foi considerada violadora da *common law*, tendo em vista a imparcialidade no julgamento das multas, já que a instituição que julgava era beneficiada por um dos resultados.
- 8 Há, contudo, na jurisprudência norte-americana, decisões anteriores à *Marbury v. Madison*, nas quais cortes Estaduais declararam a constitucionalidade das leis. Da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana, em algumas oportunidades, apesar de ter declarado a constitucionalidade da norma, sugeriu a possibilidade de invalidá-la.
- 9 O artigo III da Constituição norte-americana afirma que o “poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Suprema Corte, e em tribunais inferiores como o Congresso ordenar e estabelecer.”
- 10 É interessante esclarecer o panorama histórico e político envolvendo *Marbury v. Madison*, e, o simbolismo em torno do caso. Os Estados Unidos da América conquistaram sua independência em 1776, e, em 1787, a Constituição norte-americana foi aprovada durante a Convenção Constitucional da Filadélfia. À época, as instabilidades políticas eram múltiplas, com a tensão com a Inglaterra, e, as disputas internas de poder entre federalistas e democrata-republicanos. Nas eleições de 1800, os democrata-republicanos obtiveram maioria nas duas casas do poder legislativo, e, Thomas Jefferson, um dos criadores do partido democrata-republicano, conseguiu derrotar o candidato do então presidente John Adams, Aaron Burr, na disputa pela presidência da República. Adams, ciente da derrota, e, de forma a se resguardar, tratou de aparelhar politicamente o Poder Judiciário. Assim, inicialmente, aprovou o *Judiciary act* em janeiro de 1801, criando dezoito cargos judiciais, com a suposta pretensão de consolidar o Poder Judiciário no país e desvincular os juízes da Suprema Corte da atuação simultânea como *circuit justices*. Em fevereiro do mesmo ano, e a menos de 15 dias do término de seu mandato, Adams aprovou o *The organic act of District of Columbia*, uma lei de organização por meio da qual foram criados quarenta e dois cargos de juiz de paz, que foram preenchidos por meio de um procedimento relâmpago. Por fim, Adams nomeou seu então Secretário de Estado, John Marshall, à presidência da Suprema Corte norte-americana. A estes futuros agentes públicos, os democrata-republicanos denominaram *midnight judges*, associando a nomeação dos mesmos aos momentos finais do governo de Adams. De toda sorte, com a nova composição do Congresso, de maioria democrata-republicana, o *Judiciary act* foi revogado pelo *Repeal Act* de 1802, levando à extinção dos cargos de *circuit judge* e à retirada dos respectivos juízes de seus postos. Não tardou para que os conflitos de interesses se judicializassem. Joseph Reed, *circuit judge* prejudicado pela revogação do *Judiciary act*, pediu a manutenção do pagamento de sua remuneração. Stuart, outro *circuit judge* prejudicado, requereu que a revogação do *Judiciary act* fosse declarada inválida pela Suprema Corte,

a aplicação de uma lei e a Constituição, a regra constitucional deverá prevalecer, por ser hierarquicamente superior<sup>11</sup>, e neste sentido, Marshall origina o debate moderno sobre o papel do judiciário federal no constitucionalismo norte-americano, que posteriormente se desenvolve com o aumento lento e gradual da jurisdição constitucional no final do século XIX e início do século XX, especialmente com a ratificação das emendas da Guerra Civil (em especial a Décima Quarta Emenda), o *Jurisdiction and Removal Act* de 1875 e o *Judiciary Acts* de 1891 e 1925, que aumentam a atuação da Suprema Corte sobre casos constitucionais<sup>12,13</sup>.

O que se observa, portanto, é que a instituição moderna de *judicial review*, que se estabelece no início do século XIX e se alarga no final do século XIX e início do século XX, não era uma preocupação existente na *founding generation* do final do século XVIII, na medida em que os pais fundadores estavam mais atentos ao estabelecimento da independência judicial<sup>14</sup> e ao esquema de separação de poderes - com poderes compartilhados e freios e contrapesos - e não com a ideia de revisão constitucional (como se observa,

---

com a retomada do cargo de *circuit judge*. Por fim, e certamente não menos importante, William Marbury impetrou *writ of mandamus*, reuendo que lhe fosse dado a posse no cargo de juiz de paz, visto que, apesar de já nomeado com base no *The organic act of District of Columbia*, o Secretário de Estado do presidente Jefferson, John Marshall, não deu a Marbury a investidura no cargo de juiz de paz. O caso de William Marbury foi julgado antes dos demais pela Suprema Corte, e, relatado pelo Presidente da Suprema Corte, o *Chief Justice* John Marshall, nomeado pelo antigo Presidente Adams. Marshall entendeu que os juízes possuíam direito à investidura, e a propositura da ação para obrigar o Estado a cumprir seu dever era o procedimento correto, mas, por outro lado, reconheceu a inconstitucionalidade do dispositivo legal que atribuía competência à Suprema Corte para julgar a matéria, pois, no entendimento de Marshall, as competências originárias da Suprema Corte estariam submetidas à reserva de Constituição. Assim, Marshall inaugura o *judicial review* moderno, que corresponde à viabilidade do Poder Judiciário, à luz de parâmetros constitucionais, revisar ou até mesmo anular atos emanados dos outros Poderes.

- 11 Todavia, em *Stuart v. Laird*, julgado uma semana após *Marbury v. Madison*, que envolvia o pleito de Stuart para a retomada do cargo de *circuit judge*, e cujo advogado, Charles Lee, foi o mesmo que atuou em *Marbury*, a posição da Suprema Corte norte-americana foi exatamente no sentido oposto. A tese da Suprema Corte, capitaneada pelo *Justice* William Paterson, foi a de que o Congresso tinha autoridade sob a Constituição tanto para estabelecer, como abolir, os *circuit courts*. Cabe adicionar que John Marshall declarou-se impedido de julgar o caso *Stuart v. Laird*, alegando ter funcionado como *circuit judge* no juízo *a quo*.
- 12 GRIFFIN, Stephen. *American constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton University Press, 1999.
- 13 Na verdade, antes de 1860, apenas duas leis federais foram consideradas inconstitucionais, juntamente com trinta e cinco disposições de leis estaduais e locais. Após 1860, o ritmo em que as leis estaduais e locais foram consideradas inconstitucionais, aumentou consideravelmente, e a invalidação de leis federais tornou-se comum.
- 14 A independência do Judiciário foi afirmada em diversos momentos na história norte-americana, como no caso do *impeachment* de Samuel Chase, juiz da Suprema Corte, em que o Senado rejeitou o impedimento, assentando a noção de que o *impeachment* de juízes somente se afiguraria cabível diante de crimes grave e infrações disciplinares.

por exemplo, do famoso ensaio de Alexander Hamilton sobre o poder judicial em O Federalista nº 78 em que se está claramente discutindo a independência judicial, não o *judicial review* no sentido moderno<sup>15</sup>).

Assim, na verdade, pode-se estatuir que o *judicial review* contemporâneo nos Estados Unidos da América, aponta mais como uma criação do Estado moderno, do que uma ideia aceita do final do século XVIII, ou dito de outra forma, a versão moderna do *judicial review*, não deve ser vista como uma concepção socialmente assente na *founding generation*, mas sim como uma instituição complexa, que inclui importantes concessões que se fizeram depois da Guerra Civil e de uma série de entendimentos construídos ao longo dos séculos XIX e XX entre os Poderes<sup>16</sup>.

De toda sorte, ao longo do século XX, passa também a Suprema Corte norte-americana, a iniciar o debate moderno sobre a questão da Supremacia do Poder Judiciário<sup>17,18</sup>, como se observa em *Cooper v. Aaron*

- 
- 15 Segundo Hamilton, os tribunais estariam em uma boa posição para fazer cumprir a vontade do povo como "um corpo intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, entre outras coisas, manter o Legislativo dentro dos limites atribuídos à sua autoridade."
- 16 Christopher Wolfe. *The rise of modern judicial review: From constitutional interpretation to judge-made law*. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994, divide o *judicial review* norte-americano em três fases distintas, a depender do tipo de atuação: *Traditional Era*, *Transitional Era* e *Modern Era*. A *Traditional Era*, se daria entre o ato de fundação (1787) e o final do século XIX. Este período seria de menor polêmica, visto que traduz-se numa atuação da Suprema Corte pautada em juízos de conformidade ou compatibilidade da lei em face da Constituição. Já na *Transitional Era*, a característica mais acentuada consistiria na influência da doutrina filosófica do liberalismo econômico, protegendo o ideário do capitalismo *laissez-faire* em suas decisões. O marco inicial deu-se com o caso *Lochner v. New York* em 1905, o qual simbolizou o forte apreço destinado à preservação das matérias de política econômica, em detrimento de questões atreladas aos direitos sociais. Foi justamente nesta etapa, que se abriu espaço para que a corte tivesse liberdade de invalidar leis que considerasse intrusiva na política econômica do Estado. A *Modern Era* se iniciaria após a crise do *Court-Packing plan* de 1937, com a jurisdição constitucional voltada para garantia das liberdades civis.
- 17 Para uma análise mais desenvolvida sobre quatro possíveis modelos de supremacia judicial, Cf. GRIFFIN, 1999.
- 18 Segundo Brandão, 2012, a ideia de supremacia judicial se não se confunde com a concepção de monopólio judicial. O monopólio judicial afirma que a atividade de interpretação da Constituição deve ser desempenhada, exclusivamente, pelo Judiciário. Já a supremacia judicial, admite que outros Poderes interpretem a Constituição, ressalvando, porém, que a exegese judicial é a final. Em outras palavras, o monopólio judicial confere ao Judiciário a única palavra em matéria de interpretação constitucional, enquanto a supremacia judicial admite que o Poder Legislativo tenha a primeira palavra, conferindo, porém, ao Poder Judiciário a última. Ainda segundo Rodrigo Brandão, cumpre distinguir a acepção formal ou material que a supremacia judicial pode assumir. Formalmente, a supremacia judicial significa que as interpretações constitucionais da Suprema Corte só podem ser revertidas por emenda constitucional, não se admitindo que lei ordinária possa fazê-lo. Materialmente, a supremacia judicial consiste no fato de as decisões constitucionais da Suprema Corte serem, via de regra, finais, diante da dificuldade prática de os poderes políticos e de os atores da sociedade civil mobilizarem os instrumentos institucionais aptos a superar a interpretação judicial.

de 1958<sup>19</sup> e em *City of Borne v. Flores* de 1997<sup>20</sup> ao se afirmar que o Judiciário federal é supremo na exposição da Constituição.

Também neste mesmo período, se firmam inúmeros precedentes extremamente relevantes para o futuro desenvolvimento do *judicial review*, como a questão do papel do tribunal no sistema político, como se observa na crise do *Court-Packing* de 1937<sup>21</sup> e a discussão do papel legítimo que o tribunal poderia desempenhar para defender o *Bill of Rights* contra incursões majoritárias<sup>22</sup>, como se observa do raciocínio que

19 No caso, se discutia a constitucionalidade da decisão de *Little Rock*, no Arkansas, de suspender por dois anos e meio um programa de extinção da segregação racial, diante dos tumultos gerados após a tentativa de a primeira criança afro-americana ter aulas. Na ocasião, a Suprema Corte afirmou que os direitos constitucionais do réu não poderiam ser sacrificados pela violência e desordem que se seguiu às ações do governo estadual e do legislador, e, assim, desproveu o recurso da escola. É interessante notar, que a decisão tomada em *Cooper v. Aaron* é de 1958, e, portanto, posterior à decisão da Suprema Corte norte-americana em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954. Em *Brown* - que *overturned Plessy v. Ferguson* de 1896 - a Suprema Corte deu à décima quarta emenda, interpretação no sentido de que leis estaduais que estabelecessem a segregação entre brancos e negros nas escolas públicas, seriam inconstitucionais. Assim, quanto ao argumento levantado em *Cooper v. Aaron*, de que o governo estadual não estaria vinculado à decisão proferida em *Brown v. Board of Education of Topeka*, a Suprema Corte norte-americana afirmou que desde *Marbury v. Madison*, em 1803, se declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo na exposição da Constituição, e que tal princípio desde então tem sido respeitado pelas cortes e pelo país, como uma característica permanente e indispensável do sistema constitucional, e, portanto, a decisão em *Brown* é a lei suprema do país e a decisão vinculante para os estados.

20 No caso *City of Borne v. Flores*, se apreciou a validade de lei que visava afastar o precedente fixado em *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* de 1990. Em *Smith*, a Suprema Corte reformara decisão da Justiça do Estado de Oregon, que concedera benefícios de desemprego a funcionários que foram demitidos por usarem peiote em cerimônias religiosas, sob o argumento de que a lei vedara o uso dessa substância. Na ocasião foi acolhido, por maioria, o voto do conservador *Justice* Scalia, cujo argumento principal era de que a liberdade religiosa não exonera os indivíduos do cumprimento de normas contidas em leis gerais e neutras, sob pena de condicionar-se a obrigatoriedade de leis gerais à sua conformidade com as convicções religiosas dos seus destinatários, o que conduziria à verdadeira anarquia, especialmente em uma nação plural como os Estados Unidos. Como consequência, foi aprovado o *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA), lei federal que expressamente reverteu a decisão proferida pela Suprema Corte em *Smith*. Essa seguida em *City of Boerne v. Flores* a Suprema Corte entendeu que o RFRA seria inconstitucional, pois representaria tentativa do Congresso Nacional de corrigir a interpretação da Suprema Corte sobre a liberdade religiosa. Caso se admitisse que o Congresso quebrasse o monopólio da corte na identificação dos direitos fundamentais, deveria igualmente reconhecer que a Constituição deixara de ser a norma suprema.

21 Em 1935-36, a Suprema Corte norte-americana decidiu oito casos importantes contra o New Deal, e assim provocou a crise do Court-Packing de 1937, em que Roosevelt tentou forçar a nomeação de novos juízes para o tribunal. O plano de Roosevelt foi derrotado, mas ele logo foi capaz de colocar um número de adeptos do New Deal no tribunal. Na verdade, mesmo antes de Roosevelt assegurar estas nomeações, o tribunal já havia mudado de direção e começou a considerar a legislação do New Deal constitucional em bases regulares. Contudo, a crise do Court-Packing foi importante para o desenvolvimento da teoria constitucional norte-americana, ao fixar a posição da Suprema Corte sobre o debate político.

22 Nesse sentido, podemos compendiar, dentre outros inúmeros casos, os seguintes exemplos: o direito à não-auto-incriminação em *Miranda v. Arizona* de 1966; a liberdade de imprensa em *New York Times v. Sullivan* de 1964; a ilegitimidade da segregação racial nas escolas em *Brown v. Board of Education of Topeka* de 1954.

emerge claramente da famosa nota de rodapé quatro em *United States v. Carolene Products Co.* de 1938<sup>23</sup>.

Portanto, a partir do estabelecimento da premissa de controle de constitucionalidade das leis e atos emanados pelos outros Poderes, a Suprema Corte norte-americana construiu, principalmente ao longo do final do século XIX e da primeira quadra do século XX, a autoridade para ditar o sentido último da Constituição.

De toda sorte, apesar do desenvolvimento proeminente da Jurisdição Constitucional em solo norte-americano, a mesma tendência não é seguida no restante do mundo, em especial na Europa. No Continente Europeu, o caminho percorrido pela Jurisdição Constitucional toma um rumo um pouco diverso, podendo-se afirmar que até início do século XX o positivismo formalista afastava qualquer viabilidade de controle judicial dos atos do Poder Legislativo, uma vez que todo o Direito estaria compreendido no sistema composto pelas normas ditadas pelo Poder Legislativo e o papel do intérprete judicial se resumiria a fazer com que a vontade legislativa incidisse nos casos concretos, sendo o Poder Judiciário mero aplicador autômato de comandos ditados pelo Legislativo<sup>24</sup>.

Tal concepção, contudo, entra em crise no começo do século XX<sup>25,26</sup>, e a ideia da jurisdição constitucional se desenvolve na Europa

23 Essencialmente, o tribunal declarou que deve fazer cumprir rigorosamente a Constituição, quando a legislação em causa: (1) violar um direito específico identificado no texto da Constituição; (2) excluir os cidadãos do processo político; ou (3) for resultado de preconceito contra minorias.

24 A concepção generalizada com as Revoluções Liberais na Europa no século XVIII, era a de que as ameaças vinham do *ancien régime*, do monarca e da Igreja. Ao contrário, o Legislativo, recém-dotado de legitimidade democrática, era visto como um garantidor das liberdades fundamentais burguesas.

25 É bem verdade, contudo, que houve experiências anteriores ao início do século XX, de controle de constitucionalidade na Europa, como a Constituição Suíça de 1874, que previa expressamente em seu artigo 118, n. 2, uma espécie de controle incidental e concentrado de constitucionalidade.

26 Com a queda das monarquias na Europa após o fim da Primeira Grande Guerra, inicia-se e afirma-se a concepção democrática. Também nesse período é editada a Constituição austríaca de 1920, fortemente influenciada por Hans Kelsen, representando o marco fundamental para a implantação do controle de constitucionalidade na Europa. Entretanto, conforme aponta Rodrigo Brandão “apesar da presença de condição essencial para o florescimento da jurisdição constitucional, o que efetivamente se verificou na Europa no período entre guerras foi o avanço de movimentos antiliberais [...] pois as ortodoxias do liberalismo econômico - em uma época em que o capitalismo já se caracterizava pela grande concentração do capital - não se mostravam aptas a resolver os graves problemas sociais e econômicos do período (desemprego em massa, superprodução, inflação, estagnação econômica etc.). A crescente direção da economia pelo Estado - sufragada pelo influentíssimo magistério de John Maynard Keynes - gerou uma profunda alteração institucional mesmo nos países imunes ao avanço do fascismo (ex. Estados Unidos da América, Inglaterra e França), pois os Parlaentos perderam espaço para o Executivo no exercício dessa

com o término da Segunda Guerra Mundial<sup>27</sup>, e, se aprofunda no fim do século XX<sup>28</sup> e início de século XXI, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida, com a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficariam imunizados contra a ação danosa do processo político majoritário<sup>29</sup> e sua proteção passava a caber ao Poder Judiciário<sup>30,31,32</sup>.

---

nova função estatal. Com efeito, o Legislativo não se mostrava apto a prover as respostas céleres, técnicas e casuísticas que os referidos problemas econômicos demandavam. [...] Com efeito, nas décadas de 1920 e 1930 o liberalismo político vivenciou a sua maior crise, pois a combinação entre a ineficiência da doutrina do *laissez-faire* e das instituições liberais para debelar a crise econômica, a massa de desempregados, a ameaça comunista etc., formou um cenário propício para o triunfo da direita antiliberal na Europa”.

- 27 É o que se observa na Alemanha e Itália, que instituíram Cortes Constitucionais no pós-Segunda Guerra.
- 28 Portugal e Espanha - após suas respectivas revoluções - e os países do leste Europeu e as ex-repúblicas Soviéticas - com a queda de seus regimes - criaram suas Cortes Constitucionais.
- 29 A Europa, a partir da segunda metade do século XX, passa a temer também as instituições democraticamente eleitas e os processos políticos majoritários, visto que os movimentos antiliberais que tiveram lugar no entre-Guerras se desenvolveram democraticamente.
- 30 Holanda e Luxemburgo, são os únicos países europeus que hoje ainda mantêm o padrão de supremacia do Parlamento e não adotam nenhuma modalidade do judicial review.
- 31 Na Grã-Bretanha, a partir das mudanças do Human Rights Act de 1998 e da Constitutional Reform Act de 2005, não se pode falar mais em supremacia do parlamento, com total exclusão de um sistema de controle de constitucionalidade. O Human Rights Act foi editado pelo Parlamento inglês, visando à incorporação das disposições presentes na Convenção Europeia de Direitos do Homem de 1950. O texto legal prevê que o Poder Judiciário inglês deve interpretar as leis, editadas anterior ou posteriormente à edição do Human Rights Act, em conformidade com as suas normas, entretanto, não pode o juiz inglês declarar a revogação de uma norma por entender que há desconformidade com o Human Rights Act. Assim, ao analisar um caso, o juiz pode apenas declarar que a norma do common law não está em conformidade com o previsto no Human Rights Act, ou seja, com o determinado pela Convenção Europeia de Direitos do Homem, devendo, entretanto, ao aplicar a lei inglesa, comunicar ao Ministro competente a respeito da incompatibilidade existente. Ademais, o Human Rights Act prevê, diante do conflito de normas do common law e o texto da Convenção, a possibilidade da declaração de compatibilidade junto ao Parlamento, que deve ser utilizado durante o processo legislativo, ficando o parlamentar, responsável por realizar uma declaração de compatibilidade, assegurando que o regramento apresentado está em conformidade com as previsões do Human Rights Act. Assim, a atuação do Parlamento inglês após o Human Rights Act, vem sendo constantemente analisada, a partir da possibilidade de seus atos estarem ou não sendo praticados de maneira a proteger os direitos fundamentais. Já o Constitutional Reform Act, trata de regulamentar a relação entre o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Parlamento, buscando a independência do Poder Judiciário através de diversos mecanismos, dentre eles a criação de uma Corte Constitucional. Neste sentido, as funções do Lord Chancellor de proteção da Constituição inglesa e da independência do Judiciário, passam com o Constitutional Reform Act de 2005 à Suprema Corte. A Suprema Corte, em princípio, também passa a ter a jurisdição que anteriormente pertencia à Appellate Committee of the House of Lords e parte do papel jurisdicional do Judicial Committee of the Privy Council.
- 32 Na França, a Constituição da Quinta República de 1958, da mesma forma, não previu, como na maioria das constituições europeias, o controle judicial de constitucionalidade, tendo optado pelo controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional. Todavia, alguns avanços vêm ocorrendo no controle

Da mesma forma, em um período mais recente, principalmente na segunda quadra do Século XX e no início do Século XXI, a participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes constituídos, inaugura na Europa a ideia da Supremacia do Judiciário. Ademais, com a virada kantiana e o retorno da ética normativa<sup>33</sup>, a interpretação jurídica se aproxima da argumentação moral<sup>34</sup>, na tentativa de promover uma ordem justa e democrática, focada no desenvolvimento de modelos de interpretação que busquem retomar certos paradigmas filosóficos que haviam sido afastados pelo positivismo jurídico<sup>35</sup>. Percebe-se então, desta forma, uma forte tendência de se positivar direitos fundamentais nas Constituições nacionais e de se criar Cortes Constitucionais<sup>36</sup> com a função principal de monitorar violações a

---

de constitucionalidade francês, a começar pela decisão 71-44 DC, de 16.07.71, que reconheceu que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e, no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força da referência constante do preâmbulo da Carta de 1958, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Ademais, a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliou a legitimidade para se suscitar a atuação do Conselho Constitucional, permitindo que o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes era atribuído apenas ao Presidente da República, ao Primeiro-Ministro, ao Presidente da Assembleia Nacional e ao Presidente do Senado, se estendesse, também, a sessenta Deputados ou a sessenta Senadores, tornando o Conselho Constitucional um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Para um aprofundamento quanto ao tema vide: BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito constitucional*. t. IV, 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

33 MOREIRA, E. R. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista Forense*, v. 1, 2008. p. 89-105.

34 MOREIRA, E. R. Argumentação jurídica e discurso constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 11, p. 137-167, 2009.

35 Desta maneira, o direito passou por novas concepções e é possível observar algumas contribuições deste movimento, como: o surgimento de novas teorias interpretativas, como a teoria da leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy; o surgimento de teorias argumentativas e teorias do discurso, como a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria do constitucionalismo discursivo, também de Alexy; e o surgimento de uma nova teoria hermenêutica, com postulados próprios e técnicas como a ponderação de interesses, a interpretação conforme à Constituição e a filtragem constitucional. Acredita-se que todas estas mudanças, em suma, levam a um resultado comum: o surgimento de uma nova teoria da norma jurídica na teoria constitucional e pode-se afirmar que esta é o resultado de todas as mudanças que se promoveram durante este curso da segunda metade do século XX para a primeira década do século XXI. Para maiores detalhes acerca da teoria constitucional contemporânea, BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, p. 288-309, 2011.

36 Este modelo, se deve em grande parte à configuração desenhada por Hans Kelsen de jurisdição constitucional. Segundo Kelsen, o controle de constitucionalidade, seria competência de um Tribunal Constitucional, que através da jurisdição concentrada poderia invalidar uma norma. Ademais, a decisão do Tribunal Constitucional possuiria natureza constitutivo-negativa e efeitos prospectivos. O Tribunal



direitos fundamentais, com a aplicação do texto constitucional em todas as suas potencialidades e a ascensão do Judiciário ao papel de protagonista diante dos demais Poderes constituídos<sup>37</sup>.

No caso brasileiro, o *judicial review* é inserido formalmente no final do século XIX - em grande parte devido às ideias de Rui Barbosa, influenciado pelo modelo incidental de controle de constitucionalidade de matriz norte-americano - pela Constituição de 1891<sup>38,39</sup> e se desenvolve ao longo das demais cartas constitucionais<sup>40</sup>, especialmente com a

---

Constitucional, também atuaria como um legislador negativo enquanto vinculado à Constituição, visto que a atuação como legislador positivo estaria a cargo do Poder Legislativo. Na concepção kelseniana, com a criação de um Tribunal Constitucional, estaria se garantindo a força normativa da Constituição, contudo, as questões políticas permaneceriam com o Poder Legislativo. Todavia, para Kelsen, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do Direito, visto que a norma jurídica constitui uma espécie de moldura, onde são possíveis diversos conteúdos, de acordo com a diversidade das interpretações possíveis, cabendo ao juiz preencher essa moldura.

- 37 BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- 38 A primeira Constituição Brasileira de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, que dissolvera a Assembleia Constituinte em 1823 por não concordar com o projeto elaborado por Antônio Carlos de Andrada, não cuidava do judicial review. Na verdade, a Constituição revelava uma solução de compromisso entre elementos conservadores e liberais. Havia por um lado a atribuição ao Imperador do Poder Moderador e a garantia da sua irresponsabilidade, contudo, por outro lado, a Constituição tratou de regular a separação entre os poderes e um catálogo de direitos civis e políticos. Por força principalmente do Poder Moderador, se mostrou completamente impensável, naquele momento, o exercício da jurisdição constitucional, cabendo ao Poder Judiciário, no seu mais alto escalão, apenas o papel de pacificar a interpretação da lei e de uniformizar a jurisprudência dos tribunais superiores.
- 39 Em 1891, com nossa primeira Carta Republicana, o modelo de controle difuso e incidental de constitucionalidade é estabelecido no plano constitucional. Na verdade, no plano infraconstitucional, o Decreto nº 848/1890, que instituiu a Justiça Federal, já havia tratado do controle difuso e incidental de constitucionalidade. A Constituição de 1891 consagrou avanços, como o federalismo e a descentralização do poder, e, uma separação de poderes menos fictícia que na Carta de 1824. Contudo, do ponto de vista político, a República Velha, caracterizada pela "política dos governadores", segundo a qual havia generosa tolerância entre o Presidente da República e as oligarquias estaduais, inviabilizava a materialização da Constituição, que era solenemente preterida em detrimento dos interesses da elite, se tornando um documento quase inócuo em relação à tarefa que poderia desempenhar. Neste sentido, estavam ausentes as condições favoráveis ao recrudescimento do Poder Judiciário no período, até porque, como nos lembra Rodrigo Brandão "não obstante a existência de expressa previsão constitucional acerca da possibilidade de os juízes exercerem o controle de constitucionalidade, na década que se seguiu à Constituição de 1891, juízes que o exerceram sofreram processos criminais."
- 40 Se fizermos um resumidíssimo histórico do constitucionalismo brasileiro da Carta de 1891 até a Constituição de 1988, podemos afirmar que: a Constituição de 1934 manteve o sistema de controle de constitucionalidade difuso e incidental, com as novidades da votação perante o Senado Federal para atribuição de efeitos erga omnes à decisão do STF em sede de controle de constitucionalidade (regra que perdura até hoje na Constituição de 1988), e, com a introdução da Representação Interventiva. Outro aspecto positivo, foi a inserção de normas de direitos sociais, família, educação e cultura, além de uma ordem econômica e social, com esteio na Constituição de Weimar de 1919. Contudo, já em 1935 foi aprovada a Lei de Segurança Nacional, instituidora de um verdadeiro regime de exceção. Em 1937, mais uma Constituição, de natureza outorgada, com clara influência das Constituições

## Constituição de 1988<sup>41</sup>, onde a jurisdição constitucional se amplia e se

polonesa de 1935 e portuguesa de 1933, representou um refluxo ao processo democrático. O Estado centralizou-se na figura do presidente da República, que poderia, por exemplo, com vistas ao bem-estar do povo e ao interesse nacional, submeter a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal ao Congresso Nacional, que poderia por deliberação de dois terços dos seus membros, torná-la sem efeito. Com o fechamento do Congresso Nacional, o próprio presidente Getúlio Vargas tomou a autorização para rever e afastar as decisões do Supremo Tribunal Federal por decreto-lei. O fechamento do Congresso Nacional durante o Estado Novo, também possibilitou que o Presidente alterasse unilateralmente a Constituição. Com tamanha primazia do Poder Executivo, ao Poder Judiciário restou submeter-se aos abusos e desmandos do então Presidente da República. A Constituição de 1946, com amplo rol de direitos fundamentais, devolveu aos Poderes Legislativo e Judiciário as suas competências naturais, usurpadas durante a era Vargas. Contudo, o Supremo Tribunal Federal, mesmo contando com instrumentos para promover sua consolidação no cenário político nacional, se mostrou tímido e conservador, não tendo havido neste momento, expansão significativa do papel político do STF. Ressalta-se ainda que, durante a Constituição de 1946, foi promulgado o AI-1, que foi o primeiro ato normativo do governo militar. Tal norma atacou a vitaliciedade e estabilidade dos magistrados e ampliou consideravelmente os poderes do Presidente, que passou a poder, por exemplo, suspender os direitos políticos de cidadãos e cassar mandatos legislativos, sem que tais atos pudessem ser revistos judicialmente. O AI-2, nasceu para conter as demandas pela volta do regime democrático, consistentes até então em manifestação de congressistas, além do clamor social pela causa. Através desse ato, vieram mais restrições às liberdades e direitos fundamentais. Pouco tempo depois, por meio da Emenda Constitucional 16/1965, fora introduzido no ordenamento jurídico pátrio a Representação de Inconstitucionalidade, que representava, na prática, a possibilidade do controle de constitucionalidade concentrado e por via direta de leis e atos normativos federais em face da Constituição Federal, inclusive com a projeção de efeitos erga omnes. Infelizmente, nem mesmo a citada inovação foi capaz de propulsionar a expansão política do Poder Judiciário. No lugar disso, a representação de inconstitucionalidade configurou-se mais um instrumental à disposição do regime militar, uma vez que só poderia ser intentada pelo Procurador-Geral da República, cargo de livre nomeação e exoneração pelo Presidente da República. Durante a Constituição de 1967 e a Emenda 01/69 à Constituição de 1967, houve claramente novo retrocesso, especialmente após a edição do AI-5, que autorizava o Presidente a suspender direitos políticos, decretar recessos legislativos, cassar mandatos eletivos, e inviabilizar o Habeas Corpus em crimes contra a segurança nacional. Neste cenário, em que à Constituição era relegado um papel infinitamente inferior aos atos institucionais, não houve condições políticas e institucionais para que houvesse qualquer postura que viabilizasse o Poder Judiciário exercer, com independência, o controle da constitucionalidade.

- 41 Com o fim do governo militar, uma nova ordem democrática se instaurou no país com a Constituição de 1988. Finalmente, alinharam-se as condições propiciadoras não só de uma tripartição equilibrada dos Poderes, mas de um Poder Judiciário efetivo, com autonomia e circunstâncias sociais e políticas favoráveis à efetivação dos direitos fundamentais básicos, enfim, uma chance de alçar o Supremo Tribunal Federal como um ator institucional de igual estatura aos demais. A Constituição de 1988, manteve o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil e trouxe inúmeras novidades relevantes para a ampliação da jurisdição constitucional, tais como: o incremento nos legitimados para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, até então restrito ao Procurador-Geral da República; a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (prevista originalmente no parágrafo único do artigo 102 da Constituição Federal - transformado em § 1º pela EC nº 3/93 - e posteriormente regulamentada pela Lei n. 9.882/1999), que permitiu ao STF o controle do direito pré-constitucional, de leis municipais, e dos atos do Poder Público em face de violações a "preceitos fundamentais"; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (criada pela EC nº 03/1993 à Constituição de 1988), que permitiu que o STF declarasse a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, com vistas a pacificar controvérsia judicial sobre a validade do respectivo ato; e os institutos da repercussão geral e da súmula vinculante (inseridos mais recentemente pela EC n. 45/2004 à Constituição de 1988, que introduziu o § 3º ao artigo 102 e o artigo 103-A à Constituição Federal) com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e propiciar maior segurança jurídica.

torna a mais democrática.

Na verdade, contudo, no Brasil, embora desde 1824 as Constituições tenham considerado o Judiciário como um poder autônomo, e, tenha havido alguns avanços na jurisdição constitucional desde a Carta de 1891, não se pode falar efetivamente em supremacia judicial<sup>42</sup> até a Constituição de 1988, visto que ao longo do final do século XIX e boa parte do século XX, cabia ao Poder Legislativo e não pelo Judiciário o papel de concretizar a Constituição<sup>43</sup>. Ou seja, pode-se afirmar que, apenas com o texto constitucional de 1988, marcado pela prodigalidade de direitos e com a ampliação da jurisdição constitucional, se observa uma expansão dos papéis do Poder Judiciário<sup>44</sup>, associada a uma forte redefinição institucional, norteadas pelos ideais de concentração e vinculação das decisões do Supremo Tribunal Federal, com a ocupação de vazios constitucionais anteriormente conferidos ao Poder Legislativo<sup>45</sup>.

42 A ADI nº 2860 de 2005, foi um dos precedentes brasileiros de afirmação da supremacia judicial na Constituição de 1988, ao dispor que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete maior da Constituição.

43 Tradicionalmente no STF, prevalência um modelo positivista de jurisdição constitucional, no qual a apreciação judicial das questões levada à corte estava ligada à separação entre os poderes e de uma postura de autocontenção nos casos em que as suas decisões produziram efeitos aditivos ou modificativos. De suma importância para superação desta concepção, foi a edição da obra "Aplicabilidade das normas constitucionais" em 1967 por José Afonso da Silva. Influenciado pela teoria constitucional italiana do pós Segunda Grande-Guerra, José Afonso da Silva formulou a classificação das normas constitucionais em: (a) Normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que já têm a aptidão de produzir todos os seus efeitos jurídicos, não dependendo de regulamentação do legislador infraconstitucional. Ademais, tais efeitos não poderiam ser restringidos pelo legislador. (b) Normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, que também reúnem todas as condições necessárias para a produção dos seus efeitos típicos, independentemente de regulamentação. Contudo, existe a possibilidade de restrição destes efeitos pelo legislador, diversamente do que ocorre com as normas de eficácia plena. (c) Normas constitucionais de eficácia limitada, que são normas que carecem de regulamentação infraconstitucional para se tornarem plenamente operativas. Tais normas são subdivididas em: (c.1) Normas de princípio institutivo, que traçam as linhas gerais de organização e estruturação de órgãos, entidades ou institutos jurídicos e (c.2) Normas de princípio programático, que definem os principais objetivos e finalidades a serem perseguidos pelos Poderes Públicos, sem especificarem o modo como estes devem ser atingidos.

44 Hoje, principalmente por força da concepção neoconstitucionalista, atribui-se às normas constitucionais o atributo da imperatividade, que é próprio das normas jurídicas, concedendo aos seus destinatários direitos subjetivos e ao Poder Judiciário o papel de concretizador último destes direitos. A incorporação da Teoria dos Princípios, com o reconhecimento de que os princípios constitucionais podem ser diretamente aplicados pelos juízes, também confere notáveis instrumentos de aplicabilidade da vontade constitucional pelo Poder Judiciário.

45 Temos como exemplos, no Brasil, as questões: da União Homoafetiva (ADPF 154); das Pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510); da Demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388); da Não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130); da criação do município de Luís Eduardo Magalhães (ADI 2240); da greve dos servidores públicos (MI 670 e 712); da importação de pneus remoldados e reformados (ADPF 101);

Portanto, de uma maneira geral, podemos falar, após a segunda quadra do século XX, em uma expansão global do *judicial review*<sup>46,47</sup>, ou seja, embora o controle de constitucionalidade tenha sido por muito tempo uma peculiaridade do regime político norte-americano, pode-se dizer que atualmente este mecanismo se ampliou e universalizou, com a maior parte dos sistemas constitucionais contemporâneos prevendo a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional<sup>48</sup>.

Da mesma forma, neste mesmo período, observa-se um crescente processo de judicialização da política<sup>49,50</sup> e das relações sociais, corolário

---

da necessidade de diploma de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista (RE 511961); da marcha da maconha (ADPF 187); e das Cotas (ADPF 186 e RE 597285).

46 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The global expansion of judicial power*. New York University, 1997.

47 Segundo Brandão, 2012: "este processo se desenvolveu por ondas: a primeira ocorreu após a fundação dos Estados Unidos, com a afirmação da doutrina da *judicial review of legislation* no caso *Marbury v. Madison* (1803); a seguinte se deu no segundo pós-guerra, com a redemocratização de países recém-saídos de regimes fascistas na Europa (p. ex.: Alemanha e Itália), e com o processo de independência de antigas colônias (i. e., Índia e países africanos); a terceira se formou nas duas últimas décadas do século XX, em virtude da transição de ditaduras militares para a democracia (América Latina), e de regimes comunistas para democracias constitucionais de livre-mercado (Leste Europeu), além da incorporação de tratados internacionais ao direito interno (i.e., incorporação da Convenção Europeia de Direitos Humanos pela Dinamarca e pela Suécia)."

48 Segundo Brandão, 2012, hoje, 158 de 191 sistemas constitucionais possuem a positivação formal de algum instrumento de jurisdição constitucional.

49 Lembra-se que o conceito de judicialização, não se confunde o conceito de ativismo judicial. Luís Roberto Barroso em *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, atento à recorrente distorção entre os conceitos, esclarece a distinção existente: "A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva." Segundo ainda Luís Roberto Barroso "a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição à situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados pelo legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de Políticas Públicas." No sentido oposto, a autocontenção judicial, representa a conduta por meio da qual o Poder Judiciário, inspirado pela ideologia positivista liberal, opta em limitar-se à aplicação mecânica do texto da lei, endossando o respeito à esfera de atuação dos demais poderes.

50 De acordo com TATE; VALLINDER, 1997. p. 13: "Assim, a judicialização da política pode significar normalmente ou: 1) a expansão da jurisdição das cortes ou dos juízes ao âmbito dos políticos e/ou administradores, que é a transferência dos direitos de tomada de decisão advindos da legislatura, dos

da expansão e do fortalecimento do Poder Judiciário em diversos países, pautadas em técnicas de controle de constitucionalidade inspiradas no modelo americano. Portanto, com o processo de judicialização da política, consistente na disseminação dos métodos judiciais para arenas políticas, assim como com a busca crescente pela concretização de direitos e garantias asseguradas no texto Constitucional, as questões sociais passam a ser absorvidas pelo Direito e então tendem a se resolver através da aplicação de procedimentos inspirados na forma judicial<sup>51</sup>, especialmente com a evolução do papel das cortes na definição de políticas públicas e no controle das deliberações técnicas pelo Poder Judiciário.

Simultaneamente, este processo de avanço da jurisdição constitucional em escala global, carrega a percepção de que a função do Poder Judiciário é o de cultor último da constituição, se sobrepondo aos demais Poderes e com respostas para todos os problemas jurídicos e políticos<sup>52,53</sup>. Além disto, a permanente desconfiança e o questionamento da legitimidade em relação aos Poderes Legislativo e Executivo acarretam o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário, que emite a última palavra sobre questões constitucionais.

Um dos grandes problemas desta concepção, contudo, se dá pelo fato de que na jurisdição constitucional, a decisão sobre questões morais e políticas complexas, nas quais existem divergências profundas na sociedade sobre o conteúdo dos direitos e a forma de interpretá-los, é reservada para um punhado de juízes não eleitos democraticamente<sup>54</sup>.

---

Ministérios, ou do serviço civil para as cortes ou, ao menos, 2) a propagação dos métodos judiciais de tomada de decisão para além da jurisdição apropriada.”

51 HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, p. 721-754, 2006.

52 Tal concepção é típica do modelo de decisão maximalista, onde os juízes resolvem casos difíceis segundo razões amplas e profundas sobre questões políticas, morais, filosóficas, antropológicas, biológicas e econômicas altamente controversas, ao contrário do minimalismo constitucional.

53 Segundo Brandão, 2012, em situações de grande complexidade, a corte pode se deparar com falta de informações, circunstâncias mutáveis e desacordo moral razoável. Assim, uma eventual postura maximalista em face de questões altamente complexas, aumenta a possibilidade de erro e a dificuldade da sua correção, sobretudo se adotada pela Suprema Corte em regimes de supremacia judicial, nos quais a sua interpretação constitucional só pode ser revertida por nova decisão da Suprema Corte ou por Emenda Constitucional. Mesmo uma decisão boa, porém precipitada, pode gerar efeitos ruins à democracia, pois a colocação de uma visão sobre questão controversa fora do alcance de maiorias legislativas ordinárias, produz tendencial polarização no debate político, já que os perdedores não se sentirão reconhecidos pelo projeto constitucional e tenderão a radicalizar os seus discursos e práticas.

54 Este déficit de legitimidade democrática de juízes não eleitos, quanto à invalidação de decisões tomadas pelos representantes eleitos do povo, foi definido por Alexander Bickel como dificuldade

É bem verdade que o isolamento relativo de juízes da influência política tende à imparcialidade, especialmente dentro de processos desenvolvidos para fornecer todas as garantias possíveis, ou seja, é verdade que um dos papéis institucionais mais importantes de uma Constituição é proteger os direitos das minorias diante dos abusos das maiorias, visto que o insulamento da corte lhe confere uma importante vantagem institucional comparativa em face do Poder Legislativo e do Poder Executivo para desempenhar essa relevante função contramajoritária.

No entanto, existem cenários em que a atuação do Judiciário pode se dar contra os direitos das minorias que estejam sendo promovidos na arena política e a história mostra que os tribunais muitas vezes tomaram decisões restritivas sobre direitos fundamentais, como se observa, exemplificativamente em *Dred Scott v. Sanford* de 1857<sup>55</sup>, *Lochner v. New York* de 1905<sup>56</sup>, *Hammer v. Dagenhart* de 1918<sup>57</sup>, *Bailey v.*

contramajoritária. Para tanto vide: BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

- 55 A decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Dred Scott v. Sanford* de 1857, foi especialmente lesivas aos afrodescendentes. No caso, a Suprema Corte julgou improcedente demanda de escravo que postulava a sua libertação, entendendo que os negros não eram considerados cidadãos norte-americanos, pelo que não poderiam postular a salvaguarda de direitos previstos na Constituição. *Dred Scott v. Sanford* foi superado apenas pela décima terceira emenda que extinguiu a escravidão, em uma rara hipótese no cenário norte-americano de superação pelo Poder Legislativo de decisão tomada pela Suprema Corte.
- 56 A Suprema Corte norte-americana, também tomou inúmeras decisões contrárias aos interesses daqueles que buscavam as reformas sociais e econômicas. Este período foi chamado de a era *Lochner*, após o julgamento de *Lochner v. New York* de 1905, momento histórico definido por decisões judiciais de invalidação das leis sociais em geral, em detrimento de valores que compunham o ideal liberal. No caso, o Estado de Nova Iorque editou em 1895 o *Bakeshop act*, lei que regulava as condições sanitárias e de trabalho em padarias e que possuía, dentre seus dispositivos, uma limitação à carga horária dos padeiros em dez horas diárias ou sessenta horas semanais. O desrespeito à mencionada regra, acarretava a pena de multa ao responsável pelo estabelecimento. Joseph Lochner era dono de uma padaria situada em território dentro da jurisdição de Nova Iorque. Indignado com o recebimento da segunda multa em virtude do desrespeito à restrição legal do período de trabalho de seus funcionários, ele levou a controvérsia até os tribunais. Em seu ponto de vista, a lei do Estado de Nova Iorque violava a liberdade de contratar, direito constitucionalmente albergado sob a cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial. Em 1905, a Suprema Corte, então, decidiu, diante de apertada votação (cinco votos a quatro), declarar a inconstitucionalidade da referida legislação, alegando ser desarrazoada, desnecessária e arbitrária a limitação que a mesma impunha à liberdade de contratar. O período *Lochner* foi superado pelo julgamento de *West Coast Hotel Co. v. Parrish* em 1937.
- 57 Da mesma forma, a Suprema Corte tomou inúmeras decisões contrárias à tentativa de extinguir o trabalho infantil nos Estados Unidos. Em *Hammer v. Dagenhart*, a Suprema Corte decidiu que uma lei de 1916 que proibia o trabalho infantil para fabricar produtos no comércio interestadual era inconstitucional. O tribunal considerou que a lei estava fora dos limites do poder de comércio interestadual e também violava os direitos dos estados sob a Décima Emenda. Posteriormente, em *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, a Suprema Corte entendeu que seria também inconstitucional cobrar um imposto sobre artigos produzidos por trabalho infantil por violação da Décima Emenda. Apenas em 1941 em

Drexel Furniture Co. de 1922, *Hirabayashi v. United States* de 1943<sup>58</sup> e *Korematsu v. United States* de 1944<sup>59</sup>.

Logo, pode-se afirmar que, em sociedades complexas e em condições de pluralismo, o potencial de capacidade deliberativa, sem interferência de tecnicidades jurídicas que tendem a empobrecer o debate do direito frente à política e à moral, está mais próximo dos processos deliberativos que ocorrem na sociedade e em vários outros fatores institucionais relacionados. Ou seja, em uma sociedade pluralista, marcada por uma multiplicidade de concepções de vida, a legitimidade das decisões judiciais depende de que o procedimento democrático de decisão coletiva seja compatível com as diferentes concepções de justiça existentes em uma sociedade<sup>60</sup>, e assim, as decisões judiciais, devem envolver a devida reflexão das concepções que possam ser compartilhadas com base em um acordo racional, bem-informado e voluntário<sup>61</sup> na projeção conceitual de um sistema que permita que as decisões judiciais sejam desenvolvidas

---

*United States v. Darby Lumber Co.*, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da *Fair Labor Standards Act* de 1938, que proibia o trabalho infantil em inúmeras situações.

58 Em *Hirabayashi v. United States*, a Suprema Corte norte-americana entendeu que a aplicação do toque de recolher e o confinamento de grupos minoritários seria constitucional, nos casos em que os Estados Unidos estivesse em guerra com o país de que esse grupo se originou. No caso, o Presidente Franklin D. Roosevelt em 1942, durante a 2ª Guerra Mundial, emitiu a *Executive Order 9066* que permitia a limitação e exclusão de certas pessoas de certas áreas, independentemente de sua ascendência ou país de cidadania. Assim, foi imposto o toque de recolher contra estrangeiros de ascendência japonesa e sobre nipo-americanos. Mais tarde, foram criadas áreas de confinamento contra japoneses e nipo-americanos. Gordon Kiyoshi Hirabayashi, foi acusado e condenado por violar a ordem de toque de recolher, tendo a Suprema Corte norte-americana confirmado a condenação, o que culminou com o envio do réu para campo de confinamento. Em 1986 e 1987, as condenações de Hirabayashi foram *overturned* pela *United States District Court in Seattle* e pela *Federal Appeals Court*, porque as evidências para condenação seriam falsas.

59 Em *Korematsu v. United States*, da mesma forma, a Suprema Corte norte-americana entendeu pela constitucionalidade da *Executive Order 9066* e pela permanência de nipo-americanos em campos de confinamento durante a Segunda Guerra Mundial. No caso, a Suprema Corte considerou a necessidade de proteger o país contra possíveis atos de espionagem perpetrados por japoneses e americanos descendentes de japoneses, com limitação de direitos individuais. A decisão em *Korematsu v. United States* foi *overturned* em 1983 pela *United States District Court for the Northern District of California*, pois o governo federal teria apresentado informações falsas à Suprema Corte.

60 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford University Press, 1999. p. 111.

61 Idem. O *judicial review* e as condições da democracia. Tradução de Julia Sichert Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

de forma coerente<sup>62</sup> com outras instituições e Poderes Constituídos, a partir de uma visão de previsibilidade e equidade<sup>63,64</sup>.

Ademais, nas sociedades contemporâneas, marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais<sup>65</sup>, pessoas com cosmovisões bastante heterogêneas convivem em um mesmo *telos* social<sup>66</sup>. Logo, no contexto de uma sociedade bem ordenada, marcada pelo desacordo razoável<sup>67</sup> e pelo pluralismo, o Estado não se deve posicionar favoravelmente a qualquer cosmovisão específica, mas sim deve ser limitado a garantir certos direitos e condições que permitam a todos os cidadãos perseguir seus planos de vida própria, visto que seria arbitrário impor certas concepções específicas de direitos a outros

---

62 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 254.

63 RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

64 A justiça como equidade na concepção rawlsiana, envolve dois princípios de justiça: a) o de que toda pessoa tem igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos (projeto este compatível com os demais) e nesse projeto as liberdades políticas deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) o de que as desigualdades sociais e econômicas, devam estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades e devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade. Da junção destes dois princípios (com prioridade do primeiro sobre o segundo), decorrem as instituições básicas de uma democracia constitucional, bem como as características e elementos principais de uma concepção liberal de justiça. Logo, uma concepção política de justiça, deve envolver a devida reflexão (equilíbrio reflexivo) das concepções dos indivíduos, refletida em todos os níveis de generalidade. Assim, a justiça como equidade, tem sua ideia organizadora em uma sociedade concebida como um sistema equitativo de cooperação social, entre pessoas livres e iguais. Além do que, tem como objetivo uma concepção de justiça que possa ser compartilhada pelos cidadãos, com base em um acordo político racional, bem-informado e voluntário. Logo, a justiça como equidade, parte da ideia de sociedade como um sistema equitativo de cooperação ao longo do tempo de uma geração até a seguinte, e, da mesma forma, a teoria da justiça como equidade é uma concepção liberal, bem como uma concepção de justiça válida para uma democracia, proporcionando uma base para os princípios constitucionais e para os direitos e liberdades básicas.

65 RAWLS, *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

66 Este cenário se projeta naturalmente para o campo da interpretação constitucional, na medida em que na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. Ou seja, na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou metafísicas.

67 O desacordo moral razoável é uma característica das sociedades pluralistas contemporâneas, e, duas técnicas principais são usadas para compatibilizar o reconhecimento de cosmovisões diferentes: os compromissos dilatórios e os acordos incompletamente teorizados. Os primeiros, consistem em acordos quanto a princípios gerais, diante da persistência do desacordo em relação a normas específicas. Já os segundos, consistem no oposto, acordos quanto a decisões sobre casos concretos, mantendo-se o desacordo quanto aos seus fundamentos mais gerais.



cidadãos, a menos que seja empregado um procedimento que goza de legitimidade e possa ser aceito por aqueles afetados pela decisão<sup>68</sup>.

Além do que, pode-se afirmar que não há uma concordância sobre a forma pela qual as instituições básicas de uma democracia constitucional devem ser organizadas para satisfazer os termos equitativos de cooperação entre cidadãos considerados livres e iguais entre si, existindo assim uma profunda discordância sobre a melhor maneira de se efetivar os valores da liberdade e igualdade na estrutura básica da sociedade<sup>69</sup>.

Assim, para se que possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto, que abarque doutrinas religiosas, filosóficas, morais razoáveis e racionais, cada cidadão deve estar disposto a explicar os princípios e políticas que defende, bem como ter a disposição de ouvir os argumentos contrários. Os cidadãos devem então conduzir suas discussões baseados em valores que se pode razoavelmente esperar que os outros subscrevam e aquilo que aceitamos com base na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita. Desta forma, o exercício desta dinâmica é justificável quando exercido de acordo com valores essenciais cujos elementos se pode esperar que razoavelmente todo cidadão possa aderir, a partir de uma razão compartilhada da concepção de justiça dentro de consenso sobreposto de doutrinas abrangentes razoáveis e racionais<sup>70</sup>.

Ou seja, não é papel do Poder Judiciário a adoção de teses jurídicas que debatem complexas teorias que se embasam em princípios de alta densidade moral, em detrimento de regras jurídicas preexistentes, como se a Constituição conferisse ao Poder Judiciário o domínio exclusivo da interpretação constitucional, infenso aos demais Poderes<sup>71</sup>.

Na verdade, é claro o risco de o Poder Judiciário, a pretexto de interpretar a Constituição, atuar como substituto do poder constituinte, cujas decisões são incontrastáveis, visto que não há nenhuma garantia, a priori, de que a interpretação do Judiciário será mais benéfica do que

---

68 Esta visão se aproxima do conceito de conceito de justiça procedimental perfeita de Rawls, ou seja, não há critério independente para o resultado correto, em vez disso, existe um procedimento correto ou justo, de modo que o resultado será também correto ou justo, qualquer que seja ele, contando que o procedimento tenha sido corretamente aplicado.

69 Uma concepção política de justiça para Rawls, se liga à estrutura básica de uma sociedade, englobando as principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade, e a maneira pela qual se combinam, em um sistema unificado de cooperação social de uma geração até a seguinte.

70 RAWLS, 2000b.

71 WALDRON, 2009.

a levada a cabo pelo legislador. Além disto, esta concepção tende a obscurecer o papel desempenhado pelas outras instâncias na definição do sentido da Constituição, uma vez que a visão convencional sobre interpretação constitucional, de que cabe ao Poder Judiciário dar a última palavra sobre o que é a Constituição, não é salutar<sup>72,73</sup> na medida em que a atividade interpretativa se processa, em grande parte, por meio de um diálogo permanente entre os Poderes e instituições<sup>74,75</sup>.

Desta forma, pode-se estatuir que, o modelo de jurisdição constitucional de matriz norte-americano, e, posteriormente disseminado ao redor do globo, termina, ao cabo, por não acomodar situações de desacordo razoável, ocorridas em sociedades complexas e em situações de pluralismo, o que obscurece a amplitude do debate democrático.

Portanto, para melhor conformação de cosmovisões distintas em uma sociedade democrática, as instituições precisam estabelecer uma dinâmica segura, na adoção de visões devidamente compartilhadas, diretamente relacionada à ideia de constitucionalidade e de razão pública<sup>76</sup>, como uma cultura constitucional, e, desenvolvida como uma

72 Em sentido oposto, quanto à insindicabilidade dos atos do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, a Constituição irlandesa, por exemplo, prevê que a aplicação das suas normas de justiça social deve ser feita exclusivamente pelo Parlamento, e não deve ser conhecidas pelas cortes.

73 Ainda quanto à não sindicabilidade dos atos dos demais Poderes pelo Poder Judiciário, o artigo 94 da Constituição brasileira de 1937 e o artigo 68 da Constituição brasileira de 1934, tratavam da impossibilidade de análise pelo Poder Judiciário das questões exclusivamente políticas.

74 Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento na obra "*Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012" em matéria de interpretação constitucional, a corte, composta por intérpretes humanos e falíveis, pode errar, como também podem fazê-lo os poderes Legislativo e Executivo. É preferível adotar-se um modelo que não atribua a nenhuma instituição - nem do Judiciário, nem do Legislativo - o "direito de errar por último", abrindo-se a permanente possibilidade de correções recíprocas no campo da hermenêutica constitucional, com base na ideia de diálogo, em lugar da visão mais tradicional, que concede a última palavra nessa área ao STF.

75 A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, no caso *R. v. Oakes* de 1986, estabeleceu um *test case* que permite, ao menos em tese, a possibilidade de correções recíprocas entre Poderes, no famoso teste *Oakes*. Por meio do teste *Oakes*, se permite analisar se são razoáveis, em casos comprovadamente justificados, limitações a direitos e liberdades (*limitations clause*) em uma sociedade livre e democrática. Esse teste se aplica quando se pretende demonstrar que a Seção 1 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms* foi violada.

76 Nas sociedades democráticas contemporâneas marcadas pelo pluralismo, o princípio da razão pública assume um papel importante. Esse princípio deriva da ideia de "razões públicas", que tem origem na filosofia kantiana, mas foi desenvolvida mais recentemente por John Rawls. A ideia da razão pública é a de que, na esfera política, ao lidar com temas essenciais, só são admissíveis argumentos independentes de doutrinas religiosas ou metafísicas controvertidas. No campo privado, esse limite não se aplica, mas na discussão pública, os cidadãos devem apresentar argumentos também públicos, que possam ser racionalmente aceitos pelos seus interlocutores, independentemente das respectivas crenças religiosas ou

instrumentalização racional de comunicação e interação entre pessoas livres e iguais, a partir de um ponto de vista equitativo<sup>77</sup>. É necessário, conseqüentemente, a conciliação entre os valores constitucionais e a razão pública, na realidade prática da estruturação e da atuação institucional, em uma comunidade na qual haja cooperação jurídico-política, e, as instituições tornem-se responsáveis pela concretização democrática da Constituição na sociedade.

## 2 A TEORIA INSTITUCIONAL E OS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

Inicia-se no final do século passado uma mudança no pensamento constitucional, liderado, sobretudo, por teóricos estadunidenses e canadenses, sustentando um novo modelo de proteção de direitos constitucionais em relação ao modelo do *judicial review*, com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições democráticas revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional. Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-

---

metafísicas. John Rawls sustenta ainda que o uso da razão pública, para o cidadão, seria um imperativo moral, mas não jurídico. Isso porque, não haveria, sem grave ofensa à liberdade de expressão e de consciência, como obrigar o cidadão a invocar apenas razões públicas ao deliberar sobre temas essenciais no espaço público. Porém, para os magistrados, a imposição de respeito à razão pública incidiria plenamente. A exigência jurídica de respeito à razão pública também se dirige a todos os poderes estatais. Ato legislativo e administrativos que violassem essa imposição, baseando-se, por exemplo, em motivações de cunho religioso, não teriam validade. Mas essa imposição é ainda mais severa para o Poder Judiciário. Os juízes não são eleitos, o que torna ainda mais ilegítima a possibilidade de que imponham os seus valores pessoais sobre os jurisdicionados, ou que os invoquem para derrubar decisões tomadas pelos representantes do povo. Ademais, diferentemente dos parlamentares, que não precisam enunciar publicamente as razões que motivam seus votos, os juízes têm sempre que fundamentar as respectivas decisões. Portanto, os magistrados só estão autorizados a fazer uso da razão pública.

77 Rawls trabalha aqui a questão da posição original, a partir da concepção tradicional de justiça, que especifica os princípios adequados para realizar a liberdade e a igualdade. Neste sentido, deve-se buscar um ponto de vista a partir do qual um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais possa ser estabelecido. A posição original com os traços do “véu da ignorância” (veil of ignorance) é este ponto de vista. Por sua vez, a ideia de “véu da ignorância” se liga à ausência de conhecimento da posição social ou a doutrina abrangente das partes. Ou seja, para haver um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais, se deve eliminar as vantagens que surgem em função das tendências sociais, históricas e naturais. Logo, a posição original deve ser considerada um artifício de representação e todo acordo entre as partes como hipotético e não histórico. Rawls trata da posição original como um caso de justiça procedimental pura, no sentido de que os princípios de justiça apropriados para especificar os termos equitativos de cooperação social, são aqueles que seriam selecionados como resultado de um processo de deliberação racional (ao contrário de justiça procedimental imperfeita em que já há um critério já determinado do que é justo). Assim, as partes não seriam obrigadas a aplicar nenhum princípio de justiça delimitado previamente.

lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática<sup>78</sup>.

Na verdade, o debate sobre as Teorias Institucionais, pautado na ideia de que no âmbito das atividades institucionais as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento isolacionista das instituições, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade. Ou seja, a partir da preocupação doutrinária iniciada principalmente na última década, passa-se a dedicar ao tema das instituições no plano jurídico-político, e, da necessidade de releitura do papel das instituições na atuação constitucional. Neste sentido, diante desta leitura, deve-se aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo, a partir das relações entre instituições, em uma comunidade dialógica e convergente.

Sob esse prisma, Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule<sup>79</sup> e Jeremy Waldron<sup>80,81</sup> destacam a possibilidade de uma rede de reciprocidade, arquitetada a partir de um procedimento democrático de decisão coletiva compatível com as diferentes concepções de justiça de uma sociedade pluralista e Rosalind Dixon<sup>82</sup> comunga deste entendimento quando sugere a transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática”.

Logo, a integração estável das instituições no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação

78 HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. *The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures*. Osgood Hall Law Journal, v. 35, n. 1, 1997.

79 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 28, 2002.

80 WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

81 Idem. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de: Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

82 DIXON, *Weak-form judicial review and the American exceptionalism*. Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series, n. 348, 2011.

das instituições na determinação do equilíbrio apropriado<sup>83,84</sup>, em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições<sup>85</sup>, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Ou seja, o debate sobre diálogos institucionais, na promoção do conteúdo dos direitos, questiona a possibilidade de predomínio de qualquer dos Poderes constituídos, bem como a tradicional teoria da separação dos poderes<sup>86,87</sup>, como parâmetros únicos à formulação de um Estado Democrático<sup>88</sup>.

- 
- 83 TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, v. 3, n. 4, p. 617-6489, 2005.
- 84 LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. *Revue du Barreau*, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 Jan. 2013.
- 85 A Suprema Corte do Canadá, atribuiu uma definição muito ambiciosa de diálogo no caso *Vriend v. Alberta* de 1998, expondo que os tribunais possuem atribuições visando à defesa da Constituição, e é a própria Constituição expressamente que lhes compete tal papel. No entanto, é igualmente importante o respeito mútuo entre esses poderes, para fins de concretização da democracia constitucional.
- 86 A tradicional teoria da separação de poderes, pode ser originalmente atribuída a Aristóteles, e, posteriormente, desenvolvida e aperfeiçoada, por Charles de S. de Montesquieu, em seu livro “O espírito das leis”. O modelo norte-americano do *checks and balances*, proposto pelos federalistas, é uma evolução dessa teoria.
- 87 Na verdade, segundo Levinson e Pildes em *Separation of Parties, Not Powers*, a separação de poderes conforme imaginada pelos federalistas americanos, através da doutrina do *checks and balances*, nunca chegou a ser estabelecida da forma rígida como alguns a imaginam. Assim, haveria uma zona de competência mútua, ou seja, todos os poderes possuiriam aptidão institucional para a realização de todas as tarefas pertinentes ao Estado, contudo, cada um deles, por uma lógica de efetividade, teria atribuições preponderantes. Neste sentido, para Levinson e Pildes, poucas coisas seriam tão anacrônicas quanto à ideia de separação de poderes. Isto porque, as mudanças no agir político-social, exigem uma reformulação nas bases teóricas, de modo a refletir acerca dos valores que realmente representam a estrutura constitucional. Levinson e Pildes defendem esta ideia após verificar que, o *checks and balances*, apresenta lacunas que permitem a concentração de poderes em determinados contextos políticos. Eles apontam que a relação estática e equilibrada que impulsionaria o controle, baseado na relação de freios e contrapesos, é uma ficção, inatingível na prática. Afinal a atividade pública a ser desempenhada, ao invés de ser realizada pela ótica institucional, é realizada de maneira personificada, traduzindo todas as tensões políticas e relações de interesse que impulsionam a disputa eleitoral, onde estão em pauta o interesse dos diversos grupos, as alianças políticas e as rivalidades.
- 88 Para uma análise histórica do desenvolvimento da separação de poderes como uma máxima de organização de Estado e como um modelo de governo baseado na ideia madisoniana de controle entre os poderes de Estado, apresentando, sobretudo, a influência do *judicial review* nestas transformações, Cf. BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11132-11155.

Neste sentido, as instituições devem atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública. Desta forma, é certo que a atuação das instituições é guiada pelos valores constitucionais conforme os fundamentos da ordem democrática, e que, portanto, esta dinâmica de condutas institucionais se fundamenta na necessidade de se firmar tanto um equilíbrio entre o Poder Executivo, Poder Judiciário e Poder Legislativo<sup>89</sup>, quanto de se ressaltar a importância das instituições frente ao Estado<sup>90</sup>.

Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública<sup>91</sup>,

89 É bem verdade, contudo, que este equilíbrio se mostrou delicado em alguns momentos da história constitucional dos Estados Unidos, como nos casos do uso do instituto da *nullification*, que permitiria que um Estado anulasse ou invalidasse lei federal que o Estado tenha considerado inconstitucional. A teoria da *nullification* se baseia na visão de que os Estados formaram a União por um acordo entre os Estados, e que, portanto, os Estados têm a autoridade final para determinar os limites do poder do governo federal. A primeira afirmação da teoria da *nullification* foi exposta nas Resoluções de Kentucky e Virgínia de 1798, ao sustentar que os Estados tinham o direito de interpretar a Constituição e poderiam declarar inconstitucionais leis federais, quando o governo federal ultrapassasse seus poderes delegados. A teoria da *nullification* nunca foi aceita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, sob o argumento de que o Judiciário federal tem o poder final para interpretar a Constituição. Portanto, o poder de tomar as decisões finais sobre a constitucionalidade das leis federais é dos tribunais federais, e não dos estados, e os estados não têm o poder de anular leis federais. A Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou inicialmente a questão da *nullification* em 1809, em *United States v. Peters*. No caso, a legislatura da Pensilvânia tinha editado um ato pretendendo anular uma decisão judicial federal. A Suprema Corte dos Estados Unidos, considerou que o legislador da Pensilvânia não tinha o poder de anular a decisão do tribunal federal. Em 1813, a Suprema Corte dos Estados Unidos enfrentou novamente a questão da *nullification*, ao rever uma decisão do Tribunal de Apelação de Virgínia. A Corte de Apelação recusou-se a aceitar a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, afirmando que sob a Constituição, a Suprema Corte norte-americana não teria autoridade sobre os tribunais estaduais. Também em *Martin v. Hunter's Lessee* de 1816 e em *Cohens v. Virginia* de 1821, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que os tribunais federais, não os Estados, têm o poder final para interpretar a Constituição. Da mesma forma, em *Osborn v. Bank of the United States* de 1824 e em *Worcester v. Georgia* de 1832, a Suprema Corte dos Estados Unidos rechaçou o instituto da *nullification*.

90 SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

91 A ideia de esfera pública aqui adotada, se liga à concepção Habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a este processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados. Por outro lado, para Jürgen Habermas, o

e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos.

Ou seja, na verdade, a interpretação constitucional não se encerra com a tomada de decisão pelo Poder Judiciário, visto que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições, podem interpretar de forma distinta a questão controvertida, apesar de seguirem a decisão definitiva tomada pelo Poder Judiciário<sup>92</sup>, e, da mesma forma, um padrão democrático puramente estabelecido em uma ditadura das maiorias,

---

Princípio do Discurso é autônomo em relação ao direito e à moral. Todavia, como as fundamentações pós-tradicionais exigem a forma jurídica para compensar os déficits da moral, os preceitos morais são absorvidos pela faticidade de produção normativa, que impõe o comportamento conforme a norma, permitindo que a moral irradie sobre todos os âmbitos de ação. Logo, o fenômeno jurídico é uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, permitindo o uso da racionalidade comunicativa. Assim, a legitimidade é obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Desta feita, o direito possui abertura para uma moralidade procedimental, porquanto, para ser legítimo, precisa ser juridicamente sensível às pretensões normativas que são racionalizadas no espaço público. Assim, para Habermas, os fundamentos do direito estão ancorados na atuação deliberativa/discursiva sobre questões políticas ou morais dos cidadãos discutidos na esfera pública. Logo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a legitimação do direito, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói o Direito, numa concepção intersubjetiva de valores morais compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, firmados entre sujeitos numa situação ideal de fala. Nesta condição ideal de fala, não está em jogo um *status* de igualdade, mas um *status* de liberdade discursiva, quando os indivíduos procuram o consenso em suas diferentes concepções de mundo. Logo, a condição ideal de fala, se resolve na exigência de se permitir a prática discursiva como uma constante procedimental, isto é, a pessoa e o procedimento racional se configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública. Para tanto vide: HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

92 Podemos citar como exemplo o caso *Roe v. Wade* de 1973, quanto à questão do aborto nos Estados Unidos. A Suprema Corte decidiu que, o direito de interromper a gravidez, estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade. Os grupos que se opuseram à decisão, passaram a tentar revertê-la, enquanto os movimentos no sentido contrário, também se mobilizaram para apoiar o precedente. O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto (*pro-life* v. *pro-choice*), demonstrou que a decisão da Suprema Corte não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país. A *Abortion Act* de 1967 do Reino Unido, encerra o mesmo debate, sob o prisma do Poder Legislativo, visto que inúmeros setores da sociedade favoráveis e desfavoráveis ao aborto, se manifestaram durante o procedimento legislativo até a aprovação da norma, contudo, o debate permanece aberto.

termina por reproduzir danosamente uma noção de *legislature supremacy* na conformação constitucional<sup>93,94,95</sup>.

Desta forma, entende-se que a dinâmica atual da sociedade contemporânea, necessita de uma melhor estruturação do funcionamento institucional e da relação entre os Poderes, visto que são as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, o diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, a partir da conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, afastando uma visão idealizada e romântica, segundo a qual o intérprete teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos<sup>96</sup>.

93 É bem verdade que as recentes Cartas Constitucionais do *Commonwealth*, oferecem ao Poder Legislativo poder formal amplo para substituir direitos e, portanto, também as decisões judiciais, em um modelo novo e distinto de controle judicial, em que os tribunais têm ampla autoridade para interpretar as disposições constitucionais de direitos, mas legislaturas nacionais podem superar interpretações dos tribunais constitucionais pelo voto por maioria simples. Podemos citar aqui a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; o *Bill of Rights* da Nova Zelândia de 1990; o *Human Rights Acts* do Reino Unido de 1998; e as duas cartas da Austrália, o *Human Rights Acts* de 2004 e a Carta Vitoriana de Direitos e Responsabilidades de 2006.

94 Nos Estados Unidos, principalmente pela dificuldade do processo de reforma, as respostas legislativas à decisões da Suprema Corte, veiculadas por emendas constitucionais são extremamente raras. Somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição, com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte. A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* de 1793, para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o entendimento fixado em *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais aos negros, para extinguir textualmente a escravidão. A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* de 1895, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto que deveria seguir a regra da proporcionalidade. Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell* de 1970, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais. Para tanto vide: BRANDÃO, 2012.

95 A Constituição de 1934, contemplava a possibilidade do Poder Legislativo invalidar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, as Propostas de Emenda Constitucional (PEC's) 03/2011 e 33/2013, tratam da possibilidade do Poder Legislativo rever decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

96 Aqui entra o debate acerca da *first-best theory* e da *second-best theory*, original da teoria econômica, e que foi aplicada à realidade da teoria constitucional a partir de uma vertente institucional de análise por Cass Sunstein e Adrian Vermeule. Cf. SUNSTEIN; VERMEULE, 2002 e VERMEULE, Adrian. The interaction of democratic mechanisms. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n°. 09-22, 2009.



Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo<sup>97</sup>, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos demais Poderes Constituídos e instituições, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade<sup>98</sup>.

Logo, é fundamental a construção de um ambiente institucional pautado na cooperação, na deliberação e no diálogo, com uniformidade de interpretação, decisão e atuação das instituições. Cabe à Teoria das Instituições, por conseguinte, propor formas de realizar a atividade institucional sob o ponto de vista jurídico-político, e nesse quesito respeitar os fundamentos constitucionais e os valores da razão pública.

Assim, é cada vez mais necessário entender o Estado Democrático de Direito por uma perspectiva institucional, visto que um Estado

---

97 Segundo Rodrigo Brandão, contudo, “há casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pautou por uma conversa deliberativa, mas por uma lógica conflituosa.” O autor refere-se às *laws in your face* canadenses, assim compreendidas as leis destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável. Segundo ainda Brandão “Cite-se, por exemplo, os casos *O'Connor* e *Mills*. No primeiro, o Bispo Hubert O'Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O'Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados. Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais. Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L'Heureux Dubeau, superando, ponto a ponto, a solução acolhida pela maioria da corte. Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da corte, antes a reputou inaceitável e simplesmente a reverteu. A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em *Mills*, que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a corte afirmou que a interpretação obtida em *O'Connor* representava *judicially created common law*, de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades, e o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis.”

98 SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

organizado significa um Estado institucionalizado, em que as prerrogativas e deveres institucionais sejam determinados democraticamente, partindo-se dos mesmos fundamentos constitucionais e de razão pública, e, mais concretamente, que o exercício dessas atividades passe por um procedimento que possa ser concebido como legítimo pela sociedade.

Consequentemente, a proposta da Teoria Institucional, representa uma forma eficaz de reduzir o déficit de legitimidade das instituições, conferindo a segurança e a estabilidade necessárias a um Estado Democrático de Direito, em que a função de revisão constitucional é de legítima responsabilidade também de outras instituições que, na dimensão democrático-constitucional, estariam aptas a realizar a interpretação constitucional

### 3 OS EFEITOS SISTÊMICOS E AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS

Quando se busca fazer uma pequena análise dos efeitos resultantes de um sistema em uma determinada sociedade democrática<sup>99</sup>, naturalmente deve se ter em conta que tal análise se mostra como um instrumental necessário ao uso da teoria jurídica, principalmente quando relacionados à Teoria Institucional. Ou seja, ao guiar-se por este sentido, é possível constatar que no processo de compreensão da estrutura do Estado Democrático de Direito, para se alcançar o objetivo último da segurança jurídica e da estabilidade constitucional, é imprescindível reconhecer os efeitos sistêmicos presentes dentro do ordenamento jurídico e, essencialmente, na relação institucional<sup>100</sup>.

Tal enfoque, entretanto, não se restringe apenas ao Judiciário, mas a todas as instituições revestidas de atribuições em uma ordem deliberativo-democrática. Dessa maneira, para alcançar esses objetivos, dentro da abordagem da teoria dos efeitos sistêmicos, reafirma-se a relação dialética e interdependente que existe entre as instituições e suas capacidades institucionais, que têm como alvo o funcionamento da máquina estatal e a produção de um diálogo efetivo entre as instituições, que viabiliza o abandono dos efeitos sistêmicos e das capacidades institucionais como meros integrantes teóricos do ordenamento jurídico, com o afloramento para o plano dos objetivos constitucionais<sup>101</sup>.

99 VERMEULE, Adrian. System effects and the constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009c.

100 O reconhecimento dos efeitos sistêmicos é imprescindível dentro do ordenamento jurídico, e, essencialmente na relação interinstitucional. Essa constatação foi muito bem observada por Vermule em "System Effects and the Constitution".

101 Segundo Rodrigo Brandão "a frequente desconsideração da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos faz com que as tradicionais teorias de interpretação do Direito pressuponham uma visão idealizada e

Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule em *Interpretation and Institutions*<sup>102</sup>, observaram este ponto, dispondo que as questões de interpretação jurídica não podem ser adequadamente resolvidas sem a atenção à legitimidade das autoridades responsáveis pela construção da decisão judicial, e, neste sentido, a partir das capacidades institucionais destas autoridades, é possível entender como determinados agentes públicos devem interpretar certos dispositivos legais, ou em outras palavras, a capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria<sup>103</sup>.

Ou seja, em se tratando de capacidades institucionais, é visível que existe a necessidade de se definir a interpretação que deve ser empregado sobre o caso concreto<sup>104</sup>, apontando para o fato de as instituições serem plenamente capazes de balizar suas decisões, afastando interpretações legalistas e normativas da letra da lei, visto que essa postura essencialmente positivista tende a prejudicar a comunicação entre as instituições, podendo acarretar consequências prejudiciais que contribuirão para a maior burocratização e afogamento do sistema<sup>105</sup>.

Além disso, o surgimento de efeitos do sistema que não foram pré-determinados, faz com que estes efeitos se tornarem invisíveis quanto a sua possível existência e às suas consequências para atores públicos e privados variados. Ou seja, a prolação de decisão que não se limite a decidir o caso concreto, e que prefere antes abordar um sem-número de situações, valendo-se de densas teorizações ao invés de regras claras

---

romântica das capacidades judiciais, segundo a qual o juiz teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos, ou, em outras palavras, para construir a 'correta interpretação' (first best theory) mesmo em face de questões muito complexas. Se, entretanto, o jurista estiver consciente das suas limitações de tempo e de conhecimento, e da conseqüente elevação dos custos de erro e de decisão quando se deparar com questão complexa, tomará uma decisão de segunda ordem de decidir casos (decisão sobre como decidir), via de regra, segundo razões rasas e estreitas. Rasas, pois os juízes minimalistas preferirão entendimentos mais modestos e largamente compartilhados a controvertidas questões de princípio. Estreitas, pois os juízes minimalistas preferirão decidir o caso a construir teorias que abranjam uma grande variedade de casos."

102 SUNSTEIN; VERMEULE, 2002.

103 BRANDÃO, 2012.

104 BICKEL, Alexander. Foreword: the passive virtues. *Harvard Law Review*, v. 75, p. 40, 1961.

105 Tanto o modelo positivista, como o neopositivista, não se coadunam com a ideia de desenho institucional. O positivismo normativista, que se recusa a valorar o direito e exclui de seu objeto tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como direito (ex. psicologia, sociologia, ética e teoria política), não é próprio da relação institucional, que pressupõe uma visão dialógica e comunicativa. Da mesma forma, o modelo neopositivista, que procura estabelecer uma reformulação do positivismo jurídico - ao admitir a influência da moral e da ética no direito - sem, contudo, abandonar seus postulados centrais, não de mostra suficiente para a estruturação da complexa dinâmica institucional.

e preexistentes, apresenta o potencial de produzir consequências não antecipadas pelo tomador de decisão que podem ser bastante danosas<sup>106</sup>.

Neste sentido, o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis deve recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do intérprete, que não tem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões, e, da mesma forma que se discute a conduta adotada pelas instituições, a fundamentação interpretativa possui proporcional importância, com o objetivo de preservar os objetivos constitucionais e promover a manutenção da democracia. Ou seja, a hermenêutica constitucional deve centrar na produção de interpretações realizadas pelas instituições dentro de suas capacidades institucionais sobre a matéria constitucional, e destarte, a postura das instituições deve expor a necessidade de produzir uma semelhança nas abordagens interpretativas.

Portanto, partindo destas premissas, é cabível sublinhar que a ideia das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos, deve atentar à legitimidade das instituições e às consequências não previsíveis na tomada de decisões pelos atores institucionais, partindo da concepção e que a legitimidade das decisões depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, arquitetado através do comprometimento das instituições e representando a possibilidade de concretização dos valores constitucionais e de legitimação do Estado Democrático de Direito.

#### 4 CONCLUSÃO

A dinâmica atual da sociedade contemporânea necessita de uma melhor relação no funcionamento institucional. São as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, são a real construção do Estado Democrático de Direito. O diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção.

Romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes sob o modelo federalista como suficiente para a organização institucional é o primeiro passo para a adoção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública.

Partindo destas premissas e da noção de Teoria das Instituições é cabível ao se analisar as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos,

---

106 VERMEULE, 2009c.

sublinhar a ideia de que a legislação deve ser legitimamente exercida levando em conta quem a concretiza. É uma nova maneira de tornar existentes na prática os valores que aparentam só existir se expressos formalmente na Constituição.

Sob esta ótica, concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão. A partir da concepção de que o comprometimento de cada componente é a base de sustentação para criação de uma sociedade cooperativa, o novo modelo da Teoria das Instituições é o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, 2000.

BATEUP, Christine. Expanding the conversation: American and Canadian experience of the constitutional dialogues in comparative perspective. *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Papers Series*, n. 06-37, 2006.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 17, 2011.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o judicial review. *Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

DIXON, Rosalind. *Designing constitutional dialogue: bills of rights & the new commonwealth constitutionalism*. 2008. 381 f. Dissertation (Doctor of Juridical Science) - Harvard University, Cambridge, 2008.

\_\_\_\_\_. Weak-form judicial review and the American exceptionalism. *Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 348, 2011.

JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, 2005.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, v. 119, n. 1, 2006.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. *The executive unbound: after the madisonian republic*. New York: Oxford University Press, 2011.

SUNSTEIN, Cass. *A constitution of many minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, n. 28, 2002.

TUSHNET, Mark. Against Judicial Review. *Harvard Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 09-20, 2009.

\_\_\_\_\_. Formas alternativas de controle judicial. In: \_\_\_\_\_. *Estado constitucional e organização do poder*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUSHNET, Mark. Taking the constitution away from the courts. *Princeton University Press*, v. 9, n. 6, 1999.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy: institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. Second-best democracy. *Harvard Law and Policy Review (Online)*, Dec. 4, 2006.

\_\_\_\_\_. System Effects and the Constitution. *Harvard Law School Paper*, n. 642, 2009c.

\_\_\_\_\_. The atrophy of constitutional powers. *Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series*, n. 11-07, 2011.

WALDRON, Jeremy. O judicial review e as condições da democracia. Tradução de: Julia Sichieri Moura. In: BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz (Orgs.). *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Coleção ANPR de direito e democracia.

# SEPARAÇÃO DE PODERES, SUPREMACIA DO PARLAMENTO E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

*SEPARATION OF POWERS, PARLIAMENT SUPREMACY AND JUDICIAL REVIEW*

*Márcio Fernando Bouças Laranjeira*

*Advogado da União em exercício na Procuradoria-Regional da União da 2ª Região*

*Mestrando em Direito pela UniRio (RJ)*

*Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Das origens modernas do constitucionalismo: a separação de poderes; 2 Do nascimento do controle de constitucionalidade e sua adoção pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos; 2.1 Dos sistemas francês (controle político) e inglês (supremacia do Parlamento); 2.2 Do controle de constitucionalidade norte-americano; 2.3 Do sistema austríaco (Corte Constitucional) e o embate Kelsen vs. Schmitt; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo analisar os sucessivos estágios de evolução e consolidação da Constituição, desde o reconhecimento da necessidade de separação de poderes até a implantação de mecanismos de garantia de eficácia da Carta Magna (controle de constitucionalidade). Passando a Constituição a ser compreendida como diploma dotado de eficácia normativa e idôneo a vincular todos os demais atos jurídicos, tornou-se impositiva, em consequência, a criação de órgãos responsáveis pela análise da adequação da legislação infraconstitucional. Neste contexto, não só o sistema norte-americano de controle difuso e o sistema austríaco de controle concentrado, mas também o sistema francês (controle político) apresentam-se idôneos a assegurar a força normativa da Constituição, enquanto o atual sistema inglês (da declaração de incompatibilidade) – apesar de não garantir ao Judiciário o poder de anular a norma impugnada – representa inequívoca evolução no caminho de se retirar do Legislativo a prerrogativa de se manifestar, de forma vinculante para os demais poderes, quanto à constitucionalidade de qualquer norma editada pelos representantes do povo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Supremacia da Constituição. Controle de Constitucionalidade. Separação de Poderes. Cortes Constitucionais.

**ABSTRACT:** This paper aims to analyze the evolution and consolidation of the Constitution, since the recognition of the need for a separation of powers up to the deployment of mechanisms ensuring effectiveness to the Constitution (judicial review). Understood the Constitution as a normative law, endowed with efficacy and able to bind all other legal actions, the creation of bodies responsible for examining the adequacy of the legislation became essential. In this context, not only the American system of diffuse control and the Austrian system of concentrated control, but also the French system (political control) appear suitable to ensure the normative force of the Constitution, while the current English system (declaration of incompatibility) – even though the judiciary remains unable to repeal a law – represents clear progress on the way to withdraw from the legislative the prerogative to decide, with binding effect to the other powers, about the constitutionality of any rule issued by the parliament.

**KEYWORDS:** Supremacy of the Constitution. Judicial Review. Separation of Powers. Constitutional Courts.



## INTRODUÇÃO

A afirmação da supremacia da Constituição e, por decorrência, sua força normativa, reflete um processo de amadurecimento do Direito Constitucional, tendo raízes na separação de poderes, inicialmente vislumbrada por John Locke e, posteriormente, sistematizada por Montesquieu, como instrumento de garantia das liberdades individuais em face do Estado.

A repartição de poderes, ainda que originariamente destinada a impor limites à atuação do monarca, ganhou importância em vista da necessidade de se estabelecer também um controle sobre os atos do Legislativo<sup>1</sup>, com o fito de que este não extrapolasse suas funções, interferindo ilegitimamente nos direitos individuais. No entanto, para que o referido controle pudesse ser realizado, haveria de existir uma norma superior, em face da qual todos os atos do Legislativo deveriam respeito, sob pena de serem extirpados do ordenamento jurídico.

Assim, a Constituição não só foi elevada à condição de norma fundamental, mas também se lhe atribuiu eficácia normativa, tornando nulos os atos legislativos que estiverem em confronto com os princípios albergados pelo constituinte originário.

### 1 DAS ORIGENS MODERNAS DO CONSTITUCIONALISMO: A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição, compreendida como diploma fundamental do Estado e norma hierarquicamente superior aos demais atos legislativos, tem como importante antecedente a limitação dos poderes, já que não seria possível falar-se em supremacia constitucional se um só indivíduo concentrasse todos os poderes do Estado, não se submetendo a controle algum.

Em um Estado onde o governante não encontrasse limites, podendo agir ao arrepio das normas postas, a Constituição nada mais seria que um simples documento de organização política, um inócuo e retórico arcabouço de direitos.

---

<sup>1</sup> Carl Schmitt já afirmava: “Enquanto antigamente, no século XIX, o risco provinha do governo, ou seja, vinha da esfera do ‘executivo’, a preocupação se dirige, hoje, sobretudo, contra o legislador. Atualmente, a regulamentação da norma constitucional serve para tutelar certas questões e certos interesses, que antes eram assunto da legislação ordinária, contra esse legislador, i.e., contra maiorias parlamentares alternantes.” (in: *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 36-37).

Sob tal enfoque, o inglês John Locke (1632-1704) já vislumbrava que o Estado não podia ser absoluto, sendo impositiva a contenção de seu poder, evitando a indevida intromissão na liberdade e na propriedade individual. Na concepção do referido filósofo, tais direitos antecedem e se sobrepõem ao Estado, já que inatos ao ser humano, razão pela qual não podem sofrer qualquer limitação (de todo ilegítima) pelo governo.

O Estado existiria não para dispor ou limitar os direitos naturais, mas para protegê-los, resolvendo os conflitos nascidos entre os indivíduos. Como o fim do governo civil é manter a harmonia social (evitando a guerra de todos contra todos), o seu poder não haveria de ser exercido de modo irrestrito, já que, se assim fosse, exsurgiria o Estado como o mais perigoso agressor dos direitos individuais.

Para que a função estatal não se transformasse na institucionalização da repressão e da violação aos direitos individuais, Locke já defendia a separação de poderes como mecanismo indispensável para que o governante não extrapolasse os limites de suas atribuições.

Tendo em vista que a concentração de poder em uma só pessoa poderia colocar em risco a liberdade e a propriedade individual, ficava evidente que não poderia haver segurança em um Estado absoluto e centralizado. Em consequência, o poder atribuído ao governo pelo contrato social haveria de ser dividido, cabendo ao Legislativo editar as leis, com o objetivo de garantir a estabilidade social, e ao Executivo, aplicá-las para este mesmo fim.<sup>2</sup>

Entendendo a separação de poderes como elemento indispensável à viabilidade do próprio Estado, John Locke se opunha ao absolutismo, afirmando em certa passagem:

---

2 Ressalte-se que Locke faz alusão, ainda, ao que denomina poder federativo. Tal poder tem “a competência para fazer a guerra e a paz, ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e todas as comunidades que estão fora da comunidade civil” (op. cit., p. 171). Distingue-se o poder executivo do federativo, pois, enquanto o primeiro refere-se à “execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte”, o segundo diz respeito à “administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos” (idem, *ibidem*). No entanto, sustenta Locke que tais poderes não devem estar separados e colocados nas mãos de pessoas distintas, pois, “como ambos requerem a força da sociedade para o seu exercício, é quase impraticável situar a força da comunidade civil em mãos distintas e sem elo hierárquico” (op.cit., p. 172). Ademais, a possibilidade de agirem separadamente “equivaleria a submeter a força pública a comandos diferentes e resultaria, um dia ou outro, em desordem e ruína.” (idem, *ibidem*).

O indivíduo exposto ao poder arbitrário de um único homem que tem cem mil sob suas ordens encontra-se em uma situação muito pior que aquele exposto ao poder arbitrário de cem mil homens isolados: ninguém pode garantir que a vontade daquele que detém tal comando é melhor que aquela de outros homens, embora sua força seja cem mil vezes mais forte. Por isso, seja qual for a forma de comunidade civil a que se submetam, o poder que comanda deve governar por leis declaradas e aceitas, e não por ordens extemporâneas e resoluções imprecisas.<sup>3</sup>

Afastando-se do governante o poder absoluto, o órgão legislativo passa, então, a ser compreendido como a legítima expressão da vontade popular. Em consequência, como o Executivo não podia agir senão nos limites definidos pelo Legislativo, este ganha inequívoca preeminência, dando azo à teoria da supremacia do Parlamento.

Nessa vertente, como fruto da Revolução Gloriosa (1688-1689), o histórico “*Bill of Rights*” (1689) impôs à Coroa inglesa expressivas limitações, atribuindo ao Parlamento a preeminência na criação do Direito.<sup>4</sup> Ao rei não mais se admitia legislar de forma independente e autônoma, devendo seus atos se submeter ao controle do Legislativo. Surgia, portanto, a monarquia constitucional em oposição à monarquia absolutista.

No sistema inglês, o monarca continua a exercer o poder executivo, mas de forma limitada, pois dependente da aprovação do Parlamento. A supremacia do órgão legislativo, como será observada mais à frente, conferiu-lhe primazia e tornou inviável o controle de constitucionalidade das leis por órgão externo.<sup>5</sup>

3 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 165-166.

4 Dentre as limitações impostas ao rei e as garantias conferidas ao povo e ao legislativo, podem-se destacar: a impossibilidade de o rei, sem autorização do parlamento, suspender leis (“dispensing power”) e criar ou manter um exército, em tempo de paz (“standing army”); o direito de petição (“right to petition”); a eleição dos membros do parlamento sem interferência da Coroa (“freedom of election”); a liberdade de expressão no parlamento, não podendo ser o direito de manifestação cassado ou impugnado em instâncias externas ao parlamento (“freedom of speech”); a impossibilidade de fixação de multas excessivas e penas cruéis (“excessive bail”); e a impossibilidade de imposição de multas ou penas antes da condenação (“grants of forfeitures”). Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMarSess2/1/2/introduction>>. Acesso em: 19 jul.2012.

5 Sem embargo, ensina Gustavo Binbojm que o ordenamento inglês, antes da Revolução Gloriosa, admitia uma espécie de controle das leis. De fato, “ainda na primeira metade do século XVII, na Inglaterra e em suas colônias foi praticada espécie de controle judicial da constitucionalidade. Com efeito, era corrente na tradição jurídica inglesa a concepção da lei não com ato de vontade, mas como mero ato

A teoria da separação de poderes defendida por Locke ganha contornos mais definidos com a obra do político francês Charles de Montesquieu (1689-1755), para quem o Estado deveria comportar três poderes distintos: o Legislativo (ao qual compete a elaboração e abrogação das leis), o Executivo (poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, ocupando-se o príncipe ou o magistrado da manutenção da paz ou da declaração de guerra, do envio e recebimento de embaixadores, da segurança da sociedade e da prevenção de invasões) e o Judiciário (poder executivo das coisas que dependem do direito civil, conferido ao príncipe ou magistrado, para a punição dos crimes e julgamento dos dissídios civis).<sup>6</sup>

Em “*Do Espírito das Leis*”, Montesquieu defende que os poderes de editar as leis e de julgar sua aplicação deveriam ser atribuídos a órgãos diferentes, sob pena de se tornar o Estado autoritário e arbitrário, colocando em risco a liberdade individual.<sup>7</sup> Mais ainda, a coexistência dos poderes haveria de ser mantida por intermédio de limites recíprocos, impondo àqueles uma atuação harmônica.<sup>8</sup>

Deste modo, Montesquieu, assim como Locke, concebe o Estado como forma de garantir as liberdades individuais, opondo-se ao regime absolutista. Na sua óptica, o indivíduo só estaria seguro se o poder estatal encontrasse limite e este só seria possível com a repartição de poderes.

---

declaratório do direito consuetudinário. Em suma, a common law tinha prevalência sobre a lei escrita (statutory law); aquela poderia até ser completada, mas jamais contrariada por essa. Fundado em tal tradição, desenvolveu-se e ganhou expressão a teoria de Edward Coke, que propugnava pela atuação dos juízes como mediadores entre rei e nação e como guardiões da supremacia da common law sobre a autoridade do Parlamento e do próprio soberano. Após praticada por algumas décadas do século XVII, a doutrina de Sir Coke – considerada por alguns o ponto de partida da ideia de jurisdição constitucional – acabou abandonada com o advento da Revolução Gloriosa e a afirmação da ainda hoje vigente supremacia do Parlamento.” in: *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumento de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 18-19.

- 6 MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo: Brasil, 1960, Livro XI, p. 180.
- 7 Tal concepção foi igualmente defendida por Hamilton, Jay e Madison, quando da formação dos Estados Unidos da América, segundo os quais “a acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, auto-nomeadas ou eletivas, pode se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania.” (HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, artigo XLVII, p. 196).
- 8 “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder refreie o poder.” (HAMILTON, op. cit., Livro XI, p. 179).

Entendia Montesquieu que se o poder legislativo estivesse conferido ao titular do poder executivo, o cidadão temeria se submeter a leis tirânicas, aplicadas também tiranicamente; se reunido o poder de julgar ao poder legislativo, o indivíduo estaria exposto a atos arbitrários, já que o juiz seria o próprio legislador; se unido o poder de julgar com o poder executivo, o juiz teria a força de um opressor.<sup>9</sup> O exercício ilimitado do poder levaria, portanto, ao despotismo.<sup>10</sup>

A teoria sustentada por Montesquieu encontra-se também assentada na obra do francês Benjamin Constant que, ponderando acerca da necessária limitação dos poderes constituídos, afirmou:

A divisão dos poderes será infrutífera se a soma total dos poderes for ilimitada. Os poderes divididos podem fazer coalizão e o despotismo será inevitável. O que nos importa não é o fato de que nossos direitos não possam ser violados por um dos poderes sem a aprovação do outro, mas que nenhum poder possa transgredi-los. Não basta que os agentes do poder executivo precisem invocar a autorização do legislador; é preciso que o legislador não possa autorizar sua ação a não ser na esfera que legitimamente lhe compete. Não basta que o poder executivo não possa atuar sem a ajuda de uma lei, é preciso que se ponham limites a essa ajuda, declarando-se que há matérias que fogem à competência do legislador ou, em outras palavras, que a soberania é limitada e que nem o povo nem seus delegados têm o direito de converter em lei qualquer capricho.<sup>11</sup>

Benjamin Constant, entretanto, atribuía o equilíbrio entre os poderes à figura real (*i.e.*, ao chefe de Estado). Tal autoridade, porque alheia aos conflitos, livre das paixões políticas e neutra em relação ao exercício dos demais poderes, tinha por função evitar que um destruísse o outro, “*permitindo que todos se apoiem, se compreendam e que atinem comumente.*”<sup>12</sup> Na sua concepção, o chefe de Estado não exercia o governo; não detinha o poder executivo, já que este era conferido aos ministros. O

9 HAMILTON, op. cit., Livro XI, p. 180.

10 Segundo Montesquieu, no governo despótico, um só indivíduo, sem lei e sem regra, submete tudo a sua vontade e a seus caprichos (op. cit. Livro II, p. 16). Em tal governo, é indispensável o temor do governados, de modo que “arrefeça todas as ousadias, e apague até os mínimos sentimentos de ambição.” (op. cit., Livro III, p. 36-37).

11 REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios Políticos Constitucionais*. Tradução de: Maria do Céu Carvalho, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989. p. 67-68.

12 REBECQUE, op. cit., p. 74.

poder real estava, deste modo, acima de todos os poderes, incumbindo-lhe o exercício de uma atividade inequivocamente de mediação.<sup>13</sup>

Apesar do louvável propósito de estabelecer um equilíbrio entre os poderes, a teoria de Constant é desvirtuada quando o poder real passa a deter cumulativamente o exercício do poder executivo, o que acaba por torná-lo parte interessada e parcial.<sup>14</sup>

Segundo a doutrina contemporânea, a teoria do poder neutro de Constant não haveria mesmo de lograr êxito. Neste sentido, questionava o austríaco Hans Kelsen (1881-1973):

Como poderia o monarca, detentor de grande parcela ou mesmo de todo o poder do Estado, ser instância neutra em relação ao exercício de tal poder, e a única com vocação para o controle de sua constitucionalidade?

[...]

Dentro da atmosfera política da monarquia, essa doutrina do monarca como guardião da Constituição era um movimento eficaz contra a busca, que já então aflorava de quando em quando, por um tribunal constitucional.<sup>15</sup>

Em outro instante, arremata:

13 Vale ressaltar que tal concepção foi utilizada pelo alemão Carl Schmitt (1888-1985) para justificar que a guarda da Constituição incumbia ao Presidente do Reich, negando tal função a um Tribunal Constitucional in: *O Guardião da Constituição*. Op. cit., p. 193-205.

14 Como exemplos de tal defeito orgânico, podem-se citar a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 (Art. 98. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.* Art. 102. *O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.*) e a Carta Constitucional do Reino de Portugal, de 1826 (Art. 11. *Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Reino de Portugal são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.* Art. 71. *O Poder Moderador é a chave de toda a organização política, e compete privativamente ao Rei, como Chefe Supremo da Nação, para que incessantemente vele sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos.* Art. 75. *O Rei é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.*). Ambas as constituições foram outorgadas por D. Pedro de Bragança e Bourbon (D. Pedro I, no Brasil; D. Pedro IV, em Portugal), no momento em que as Cortes ganhavam força e passavam a limitar o poder do soberano.

15 KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?* In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, Tradução do italiano de Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 242.

Quando Constant afirma que o monarca seria detentor de um poder neutro, apoia essa tese essencialmente na suposição de que o executivo esteja dividido em dois poderes distintos: um passivo e outro ativo, e que o monarca detenha simplesmente o passivo. Somente enquanto “passivo” é que tal poder seria “neutro”. Fica evidente a ficção de se apresentar como meramente “passivo” o poder de um monarca a quem a Constituição confia a representação do Estado no exterior – sobretudo a assinatura de tratados –, a sanção das leis, o comando supremo do exército e da frota, a nomeação de funcionários e juízes, entre outras coisas, e de contrapô-lo enquanto tal ao executivo restante, visto como um poder ativo.<sup>16</sup>

Tendo em vista tal degeneração, surgiu a necessidade de se transferir a função fiscalizadora a um poder não submetido aos interesses político-partidários; um poder não interessado nas questões de governo, mas apenas na defesa do ordenamento constitucional. A premissa lógica de tal controle estava, entretanto, na necessária admissão da supremacia da Constituição, ou seja, que fosse ela compreendida como norma que se sobrepusesse aos outros textos normativos (e, por conseguinte, ao legislador ordinário).

Para a ascensão da Constituição a tal patamar, apresentou-se de vital importância o reconhecimento de que com ela não se confundia a legislação comum e que esta não podia impor-lhe qualquer modificação. Tal concepção só se tornou possível com a obra de Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), ao distinguir o poder constituinte do poder constituído.<sup>17</sup>

Em “*O que é o Terceiro Estado*”, o político francês consignou ser o povo o verdadeiro titular do poder de dispor sobre sua constituição e organização (poder constituinte originário). Claramente influenciado pela doutrina de Locke, Sieyès sustentava que o governo deveria ter limites, não podendo os representantes do povo desrespeitar os parâmetros estabelecidos pela Constituição, porque assim voltar-se-iam contra aqueles que lhe conferiram o poder de legislar. Em suas palavras:

O corpo dos representantes, a que está confiado o poder legislativo ou o exercício da vontade comum, só existe na forma que a nação quis

<sup>16</sup> KELSEN, 2007c, p. 245.

<sup>17</sup> Merece relevo, entretanto que, segundo Canotilho, “embora a expressão poder constituinte não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre *poder constituinte* do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar um nova ‘forma de governo’, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.” (In: *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 72-73)

lhe dar. Ele não é nada sem suas formas constitutivas; não age, não se dirige e não comanda, a não ser por elas.

A esta necessidade de organizar o corpo do governo, se quisermos que ele exista ou que aja, é necessário acrescentar o interesse que a nação tem em que o poder público delegado não possa nunca chegar a ser nocivo a seus comitentes. Daí as inúmeras precauções políticas que foram introduzidas na Constituição, e que são outras tantas regras essenciais ao governo, sem as quais o exercício do poder se tornaria ilegal.<sup>18</sup>

Da teoria lançada por Sieyès, com a distinção entre o poder ilimitado de dispor sobre a Constituição (cujo titular é o povo) e o poder limitado de editar as leis ordinárias (a cargo de seus representantes), conclui-se que, ao mesmo tempo em que a soberania do povo resta assegurada pelo poder constituinte originário (exercitável a qualquer tempo, quando assim determinar a vontade geral), os direitos individuais são protegidos da atuação do legislador, já que este, devendo observância aos ditames constitucionais, não poderá ultrapassar os limites impostos pela Carta Magna.

Como será analisado a seguir, a teoria da separação de poderes (Locke e Montesquieu) associada ao reconhecimento da supremacia da Constituição, com a distinção entre os poderes constituinte e constituídos (Sieyès), dá impulso ao constitucionalismo moderno, no qual o Texto Constitucional detém supremacia em relação à legislação, dotando-lhe de instrumentos de garantia de sua eficácia.

## **2 DO NASCIMENTO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E SUA ADOÇÃO PELOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS CONTEMPORÂNEOS**

O controle de constitucionalidade é fruto, evidentemente, da necessidade de se efetivamente garantir a supremacia da Constituição. O controle surge como mecanismo de defesa da Constituição em face de atos legislativos que lhe sejam incompatíveis, já que, por óbvio, de nada adiantaria sustentar a superioridade do texto constitucional se, pela via legislativa ordinária, seus mandamentos fossem alterados ou mesmo revogados.

---

18 SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que Le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 48.



Seguindo a concepção de Sieyès, no sentido de que apenas o povo (detentor do poder constituinte) está apto a instaurar uma nova ordem constitucional, tem-se que seus representantes no Parlamento, porque limitados pela Constituição, não podem a ela se opor e, se assim o fizerem, seus atos deverão ser extirpados do ordenamento jurídico.

Deste modo, consolidada a teoria da separação de poderes e reconhecida a distinção entre poder constituinte e poder constituído, o último estágio para a afirmação da Constituição como norma superior do ordenamento jurídico se concretiza com o surgimento do controle de constitucionalidade.

Diversas modalidades de controle foram adotadas pelos ordenamentos jurídicos. Uns optaram por um controle preventivo (no qual se impede a entrada em vigor da lei, como ocorre, em regra, no sistema francês); outros, um controle simplesmente opinativo (no qual apenas se instiga o legislador a arrostar a inconstitucionalidade, como é o caso do sistema inglês); finalmente, outros, um controle repressivo e cogente (no qual se extirpa a lei do ordenamento jurídico ou se nega da sua aplicação ao caso concreto, como ocorre nos sistemas concentrado austríaco e difuso norte-americano).

De qualquer modo, o controle de constitucionalidade apresenta-se indispensável para a garantia da Constituição e, ao cabo, para o que se denomina Estado constitucional. Neste sentido, ensina Canotilho:

O Estado constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias da observância, da estabilidade e preservação das normas constitucionais; sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros poderes públicos não conformes com a constituição.

[...]

Globalmente consideradas, as garantias de existência da constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, do executivo e judicial) à constituição; (2) na existência de competências de *controle*, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da constituição.<sup>19</sup>

19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 887-888.

## 2.1 DOS SISTEMAS FRANCÊS (CONTROLE POLÍTICO) E INGLÊS (SUPREMACIA DO PARLAMENTO)

A transição entre a Constituição como simples instrumento de afirmação do poder real (portanto, como documento sem qualquer eficácia normativa) até o *status* de norma fundamental do ordenamento jurídico, em face da qual todas lhe devem respeito (logo, de documento com eficácia normativa ou, nas expressões de Hesse<sup>20</sup>, dotado de “*pretensão de eficácia*” e “*vontade de Constituição*”), não foi percorrida facilmente.

Com efeito, a supremacia da Constituição e sua defesa por um poder estranho ao Legislativo encontraram tenaz oposição com a visão restritiva, nascida com a Revolução Francesa (1789-1799), de que os juízes seriam meros enunciadores da lei (“*bouche de la loi*”)<sup>21</sup>, cabendo-lhes simplesmente aplicar a norma posta mediante um processo puramente silogístico, de mera subsunção.

E assim se justificava pelo fato de a Revolução, pondo fim ao antigo regime, ter por objetivo estabelecer garantias efetivas aos direitos e liberdades individuais. Para tal, elaborou-se a ideia de que, mantida a separação dos poderes, caberia aos legítimos representantes do povo impor limites ao monarca. Partindo-se da premissa de que o povo detinha um poder absoluto<sup>22</sup> (não podendo a vontade geral sofrer limitações), nada mais natural que o Legislativo, como seu representante, passasse a gozar de supremacia, logo seus editos haveriam de ficar imunes ao crivo dos juízes.

Como bem ressalta Max Möller, a soberania do Parlamento, na concepção dos revolucionários franceses, não se amolda ao que hoje se entende por Constituição. Assim pondera o referido autor:

20 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

21 Montesquieu utiliza tal expressão, quando assevera que os juízes não são mais que “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta não podem moderar nem a força e nem o rigor.” (*Do Espírito das Leis*, op. cit., Livro XI, p. 187).

22 O poder ilimitado do povo já havia sido defendido por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), para quem a soberania do povo era inalienável e indivisível. Quanto ao primeiro aspecto, dizia Rousseau que “a soberania, não sendo senão o exercício da vontade geral, não pode jamais alienar-se” e “o soberano, que é um ser coletivo, não pode ser representado senão por si mesmo; o poder bem pode transmitir-se, mas não a vontade.” Quanto à segunda característica, afirmou: “a vontade ou é geral ou não o é; é a de todo o povo ou de apenas de uma parte. No primeiro caso, esta vontade declarada é um ato de soberania e faz lei. No segundo, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura; é um decreto, não mais.” in: *Do Contrato Social: princípios de direito político*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

Todavia, a concessão do governo revolucionário francês, no sentido de que a “vontade geral” do povo soberano pudesse ser revelada através dos representantes reunidos no Poder Legislativo, impede que se encontre nesse modelo uma concepção de constituição tal como hoje concebe o constitucionalismo. Ao contrário, no modelo francês pós-revolucionário, a “constituição” está totalmente absorvida pela ideia de soberania popular manifestada através da lei, onde o legislador, soberano, não é representado como um poder, mas como uma vontade originária. Ao invés de contrapesos, o que se impõe é a primazia do legislador, de modo que não é possível sustentar um modelo claro de separação de poderes, ainda que este estivesse expressamente presente na constituição francesa pós-revolucionária.

[...]

Através do princípio da legalidade, o “legislador soberano” mantém sob seu controle o Poder Executivo. Em relação ao Poder Judiciário, para assegurar o império da lei e a hegemonia do legislador, o sistema francês cria o Tribunal de Cassação, braço do Legislativo que, na definição do próprio Robespierre, é o “protetor da lei e órgão de vigilância e controle dos juízes.”<sup>23</sup>

Tal concepção encontra-se, ainda hoje, tão arraigada no ideário francês, que subsiste em seu ordenamento jurídico, mesmo após a reforma constitucional de 2008. De fato, no sistema jurídico francês, ainda é vedado aos juízes apreciar a constitucionalidade das leis, cabendo-lhes apenas aplicá-las; o Conselho Constitucional<sup>24</sup> é o único órgão competente para a análise da constitucionalidade das leis, exercendo tal atribuição, em regra, após a votação pelo Legislativo e antes da promulgação da lei.

Assim, uma vez aprovada e publicada a norma legal, não é mais possível suscitar sua inconstitucionalidade, devendo todos os poderes de Estado, inclusive o Judiciário, conferir-lhe plena aplicação. Tal procedimento acabou flexibilizado com o advento da Lei Orgânica n.º 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009, que, regulamentando o artigo 61-1 e o artigo 62 da Constituição Francesa, admitiu a denominada “*questão prioritária de constitucionalidade*”.

23 MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo*: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148-149.

24 O Conselho Constitucional francês não integra qualquer dos poderes, sendo, portanto, órgão autônomo. Para informações mais detalhadas, vide: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

Com base na citada questão de constitucionalidade, qualquer pessoa, parte em um processo administrativo ou judicial, passou a ter a faculdade de questionar a constitucionalidade de uma lei que viole os direitos e as liberdades garantidos pela Constituição. Suscitada a questão de constitucionalidade e atendidas as condições de sua admissibilidade, a matéria é remetida ao Conselho Constitucional, o qual poderá, se procedente a impugnação, ab-rogar o dispositivo questionado.<sup>25</sup>

Observe-se que o referido incidente apenas permitiu um controle superveniente de constitucionalidade das leis, mas o manteve distante das instâncias judiciais, pois ainda atribuído, em caráter exclusivo, ao Conselho Constitucional (razão pela qual permanece qualificado como político o controle de constitucionalidade francês).

A supremacia do Parlamento, entretanto, encontrou a mais substancial expressão no ordenamento jurídico inglês, no qual, por mais de 600 anos, coube ao Legislativo apreciar e decidir as questões constitucionais. Com efeito, após a Revolução Gloriosa e a promulgação do “*Bill of Rights*”, ambas as Casas do Parlamento – a Câmara dos Comuns (“*House of Commons*”) e a Câmara dos Lordes (“*House of Lords*”) – tornaram-se os únicos órgãos competentes para receber e julgar as petições oriundas de tribunais inferiores.

Posteriormente, já exercendo a Câmara dos Lordes tal função de modo exclusivo, veio a lume o “*Appellate Jurisdiction Act*” (1876), por intermédio do qual foi criada a figura dos lordes de apelação (“*Lords of Appeal in Ordinary*” ou “*Law Lords*”), juízes altamente qualificados que deveriam se dedicar exclusivamente às questões judiciais submetidas ao Parlamento. Tais juízes passaram a integrar o que veio a ser denominado Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes (“*Appellate Committee*”) e, exercendo apenas a função jurisdicional, deixaram de participar das votações do Parlamento (não obstante tenham permanecido como membros de tal poder).<sup>26</sup>

Deste modo, cabia a uma das Casas do Parlamento decidir, em última instância, sobre questões constitucionais (agindo, assim, como órgão equivalente a uma corte suprema), cujo pronunciamento tornava-

25 Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad/cuestion-prioritaria-de-constitucionalidad.48006.html>>.

26 Livre tradução. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/appellate-committee.html>>.

se vinculante para todos os tribunais. O Judiciário ficava, portanto, alheio ao julgamento de tais matérias, cabendo-lhe, no máximo, decidir conflitos acerca da interpretação de leis, mas nunca declará-las inconstitucionais.

O controle inglês é, como bem observa Canotilho, também um controle de natureza política, já que não atribuído a qualquer órgão judicial. Neste sentido:

Mas a inexistência de um controlo jurisdicional e a acentuação do controlo político não é apenas, como por vezes se defende, uma consequência das concepções rousseauiano-jacobinas. Ela é também típica da doutrina da soberania do Parlamento inglês. A posição paradigmática de Blackstone merece ser referida: «*The Power of Parliament is absolute and without control*».<sup>27</sup>

Tal quadro somente veio a se modificar com a criação da Suprema Corte (2009), órgão colegiado que substituiu a Comissão de Apelação da Câmara dos Lordes e se tornou o mais alto tribunal do Reino Unido.<sup>28</sup> Na nova sistemática, cabe à Suprema Corte (órgão desvinculado do Parlamento) decidir as questões de Direito que ostentem relevância pública, seja em matéria civil (para todo o Reino Unido), seja em matéria criminal (para a Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte).<sup>29</sup>

Nesse instante, consolidou-se no ordenamento inglês um singular controle dos atos legislativos por um órgão externo ao Legislativo. Deveras, tendo em vista a figura da “*declaração de incompatibilidade*”, prevista no “*Human Rights Act*” (1998) – diploma que internalizou a Convenção Europeia de Direitos Humanos –, é possível que os tribunais superiores e, agora, a Suprema Corte, em última instância, declarem uma lei em desconformidade com os direitos assegurados no referido documento.<sup>30</sup>

Diz-se um singular controle, porque, como bem observa André Rodrigues Cyrino, a declaração de incompatibilidade não implica

27 CANOTILHO, op. cit., p. 897.

28 A promulgação do “*Constitutional Reform Bill*”, de 2004, além de criar a Suprema Corte, reestruturou o judiciário inglês, garantindo-lhe independência em relação ao Parlamento. O texto integral está disponível em: <<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200405/cmbills/018/2005018.htm>>.

29 Livre tradução. Obtido em: <<http://www.supremecourt.gov.uk/about/the-supreme-court.html>>.

30 A inovação reside no fato de que, com o “*Human Rights Act*” e a criação da Suprema Corte, a última palavra sobre a compatibilidade da norma legislativa com o ordenamento jurídico deixa de ser da Câmara dos Lordes (“*Appellate Committee*”), passando a caber a um órgão externo ao legislativo, a Suprema Corte.

a nulidade da lei analisada. Com efeito, a manifestação do Judiciário apenas fará pública a violação aos direitos garantidos no “*Human Rights Act*”, gerando constrangimento político e tornando explícito o confronto com as leis comunitárias que tutelam os direitos humanos. Assim afirma o referido autor:

O HRA não altera a soberania do Parlamento. Todavia, tal lei de 1998 confere às cortes inglesas autoridade para que as mesmas possam aferir a juridicidade da legislação eventualmente em conflito com os direitos fundamentais consagrados pelo estatuto. Eis uma grande mudança.

[...]

Em verdade, o que se fez com HRA foi fixar-se um compromisso entre: de um lado, a necessidade de que se atribuísse aos direitos humanos algum significado maior que um mero reconhecimento de sua superioridade axiológica, e, de outro, o princípio da soberania do Parlamento. As leis declaradas incompatíveis poderão ou não ser mantidas pelo Parlamento, detentor da decisão sobre a vigência de seus próprios atos. Porém estará ciente de que seu ato é contrário aos direitos humanos, o que gera, no mínimo, algum constrangimento político interno e externo.

O Parlamento continua sendo o senhor da Constituição. Nada obstante, reconhece-se, diante da novel legislação, que há novas possibilidades. É assim que K. D. Ewing afirma que o HRA “representa uma transferência, sem precedentes, de poderes políticos do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, bem como uma reestruturação fundamental da Constituição britânica”. O resultado inevitável é o aumento das tensões entre Executivo e Judiciário.<sup>31</sup>

Vale observar que o “*Human Rights Act*”, em seu artigo 3º, claramente determina que a interpretação das normas internas deve ser realizada de modo a, na maior abrangência possível, compatibilizar-se com os direitos nele albergados. Todavia, como ressaltado pelo autor acima referido, as normas tidas como incompatíveis não são revogadas.<sup>32</sup>

31 CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel espécie de Judicial Review? *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007 p. 35-36.

32 “3. Interpretation of legislation – (1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (2)

E mais, nos termos do seu artigo 10, cabe ao Legislativo, se entender pertinente, modificar a norma em questão, a fim de lhe retirar a causa de incompatibilidade.<sup>33</sup> À luz de tal sistemática, fica evidente que a declaração de incompatibilidade não interfere na atividade legislativa (no máximo, serve como elemento de persuasão para a futura mudança da lei incompatível com o “*Human Rights Act*”), preservando-se, deste modo, a supremacia do Parlamento.<sup>34</sup>

Nada obstante, não se pode negar que a criação da Suprema Corte, tomando o lugar do “*Appellate Committee*”, retirou do Legislativo o poder de decidir, em última instância, sobre questões constitucionais. Os órgãos inferiores do Judiciário, no exercício da função jurisdicional, não mais estão submetidos às decisões do Parlamento, nem podem ter revistos seus julgados por tal poder.

Cuidou-se, portanto, de estabelecer no Reino Unido um Judiciário independente, em observância ao direito comunitário da União Europeia. O Parlamento deixa de apreciar, com eficácia vinculante para os juízes e tribunais, as questões constitucionais, mas mantém a prerrogativa de, somente ele, derrogar as leis em vigor no ordenamento jurídico.<sup>35</sup> Deste modo, o sistema judiciário do Reino Unido amolda-se ao ideal de um Judiciário livre e independente, mas não põe fim à tradição inglesa da supremacia do Parlamento.

---

This section — (a)applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b)does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; and (c)does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible subordinate legislation if (disregarding any possibility of revocation) primary legislation prevents removal of the incompatibility.” Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/enacted>>.

- 33 “10. Power to take remedial action – (2) If a Minister of the Crown considers that there are compelling reasons for proceeding under this section, he may by order make such amendments to the legislation as he considers necessary to remove the incompatibility.” (idem, *ibidem*).
- 34 Em outra passagem, assevera André Rodrigues Cyrino: “[...] o HRA de 1998 trouxe importante instrumental de controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, o qual, apesar de não poder ser equiparado ao que se entende por controle de constitucionalidade das leis, representa significativa mudança no Direito Constitucional inglês.” *op. cit.*, p. 38.
- 35 Como será visto nos próximos tópicos, o controle jurisdicional de constitucionalidade acarreta a declaração de nulidade da norma inconstitucional (sistema norte-americano) ou sua anulação *ex nunc* (sistema austríaco), independentemente de manifestação do legislativo – o que não ocorre no Reino Unido. Vale ressaltar, nesta oportunidade, que o atual sistema inglês, no qual a declaração de incompatibilidade da norma não atinge sua vigência, cabendo exclusivamente ao Parlamento decidir sobre sua modificação ou revogação, assemelha-se à figura da inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição da República. Nesta, a decisão do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a omissão inconstitucional, restringe-se a dar ciência ao poder competente para adoção das medidas cabíveis, sem a previsão de qualquer sanção no caso de inércia.

## 2.2 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NORTE-AMERICANO

Ressalvado o caso particular do Reino Unido, o reconhecimento do poder dos juízes que, não eleitos, encontram-se alheios às pressões populares e, ao mesmo tempo, livres da influência do Poder Executivo, veio a se consolidar já no início do século XIX, nos Estados Unidos da América, no célebre caso *Marbury versus Madison* (1803).

Ao julgar o pleito de William Marbury de ser diplomado juiz de paz, em obediência à nomeação feita pelo presidente John Adams (procedimento não levado a termo por James Madison, secretário do já presidente Thomas Jefferson), o juiz-presidente da Suprema Corte, John Marshall, de forma inédita, declarou ser competência do referido tribunal o juízo de adequação das leis à Constituição.<sup>36</sup> Nascia, assim, o controle de constitucionalidade, exercido por todo juiz quando da análise de conflitos postos a sua apreciação (sistema difuso).

Tal evolução se fazia necessária, pois não era compatível com os anseios de limitação do poder do Estado conferir-se plena liberdade ao Legislador (teoria da supremacia do Parlamento<sup>37</sup>), como se este nunca incorresse em erro, como se os representantes do povo nunca pudessem legislar em afronta às liberdades individuais.

É evidente que não só o governante (Poder Executivo), mas também os representantes do povo (Poder Legislativo) haveriam de se submeter a um controle, para evitar que extrapolassem suas funções e, assim, violassem os direitos dos cidadãos. Neste ponto, já havia se manifestado Sieyès, ao sustentar que o legislador ordinário encontra limites nos parâmetros estabelecidos pela nação (*i.e.*, pelo poder constituinte originário).

36 Em específico, Marshall analisou a constitucionalidade do § 3º da Lei Judiciária de 1789 que criou mais uma hipótese de competência originária da Suprema Corte, além daquelas previstas no artigo 3º da Constituição (com base em tal lei é que Marbury impetrou o *writ of mandamus* com o fito de ser reconhecido o seu direito ao cargo). Considerando-a inconstitucional, o juiz Marshal entendeu que não caberia à Corte determinar a diplomação de Marbury (vide BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3-8.

37 Vale ressaltar que, segundo Hans Kelsen, não há de se falar em supremacia do parlamento, já que não existe soberania de um órgão estatal em particular, sendo tal qualidade atribuível à própria ordem estatal como um todo. Ademais, o legislativo está submetido à Constituição, pelo fato de esta regular o processo de edição das leis. Assim, "a legislação é subordinada à Constituição exatamente como a jurisdição e a administração o são à legislação" A jurisdição constitucional, in: *Jurisdição Constitucional*, op. cit., p. 150.



Nesta vertente, ensina Canotilho:

A associação do sistema difuso ao constitucionalismo americano é justificada. Foi aí que, divergentemente da doutrina britânica da soberania do Parlamento, se desenvolveu a ideia de *higher Law* como *background* do direito constitucional americano. Cfr., precisamente, Corwin, «*The Higher Law background of American Constitutional Law*», 1928 (4<sup>a</sup> reimp., 1961). A noção jusnaturalista de *higher law* transfere-se para a constituição e daí que a soberania do órgão legislativo ordinário (*absolute and without control*, afirmava Blackstone) tivesse de desaparecer. «Não pode ser soberano – escreve Corwin – um corpo criador de direito que está subordinado a outro corpo criador de direito». Não bastava, porém, afirmar a superioridade da constituição perante a lei: era necessário reconhecer a *judicial review*, ou seja, a faculdade judicial de controlo da inconstitucionalidade das leis.<sup>38</sup>

Impende consignar, por justiça, que a possibilidade de o Judiciário declarar a nulidade das leis contrárias à Constituição já havia sido aventada por Alexander Hamilton, que, em seu artigo LXXVIII, dirigido ao povo do Estado de Nova York, assim ponderou:

A independência completa dos tribunais de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Por Constituição limitada entendo a que contém certas proibições expressas aplicáveis à autoridade legislativa, como, por exemplo, a de não ditar decretos que imponham penas e incapacidades sem prévio julgamento, lei *ipso facto* e outras semelhantes. As limitações desta índole só podem ser mantidas na prática através dos tribunais de justiça, cujo dever tem de ser o declarar nulos todos os atos contrários ao sentido evidente da Constituição. Sem isto, todas as reservas que sejam feitas com respeito a determinados direitos ou privilégios serão letra morta.<sup>39</sup>

Em outra passagem, Hamilton reafirma que a declaração de inconstitucionalidade das leis é inerente à atividade jurisdicional, sustentando que:

A interpretação das leis é própria e peculiarmente da incumbência dos tribunais. Uma Constituição é, de fato, uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. A eles pertence, portanto,

38 CANOTILHO, op. cit., p. 898.

39 HAMILTON, op. cit., artigo LXXVIII, p. 313.

determinar seu significado, assim como o de qualquer lei que provenha do corpo legislativo. E se ocorresse que entre as duas existisse uma discrepância, deverá ser preferida, como é natural, aquela que possua força obrigatória e validade superiores; em outras palavras, deverá ser preferida a Constituição à lei ordinária, a intenção do povo à intenção de seus mandatários.

Esta conclusão não supõe de nenhum modo a superioridade do poder judicial sobre o legislativo. Somente significa que o poder do povo é superior a ambos e que onde a vontade da legislatura, declarada em suas leis, se acha em oposição com a do povo, declarada na Constituição, os juízes deverão ser governados pela última de preferência às primeiras. Deverão regular suas decisões pelas normas fundamentais e não pelas que não o são.<sup>40</sup>

O controle de constitucionalidade norte-americano caracteriza-se, essencialmente, pela possibilidade de todo e qualquer tribunal afastar a aplicação de uma norma legal, quando entendê-la contrária à Constituição. Tais declarações de inconstitucionalidade, no entanto, apenas produzem efeitos para as partes do processo, estando os demais juízes livres para, sobre a mesma questão, pronunciarem-se em sentido contrário – o que, por óbvio, causa insegurança jurídica e permite a prolação de decisões conflitantes.<sup>41</sup>

O referido inconveniente, entretanto, é sanado pela figura do *stare decisis*, segundo a qual, quando a questão de constitucionalidade chegar, pelas vias recursais, ao conhecimento da Suprema Corte, a decisão por esta adotada passa a vincular todos os órgãos jurisdicionais. A partir de tal instante, a declaração de inconstitucionalidade, proferida em um caso concreto, adquire eficácia *erga omnes*, possuindo “na prática quase o mesmo efeito de uma anulação geral da lei.”<sup>42</sup>

Ainda assim, argumenta Kelsen que o grande problema do sistema norte-americano de controle difuso é que, não estando atribuída exclusivamente a uma Corte Constitucional, a revisão judicial da legislação só se torna possível em um processo subjetivo, *i.e.*, em um

40 HAMILTON, op. cit., p. 314.

41 Segundo Kelsen, “a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição” O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. KELSEN, 2007b, p. 303.

42 KELSEN, 2007b, p. 307.

processo no qual a constitucionalidade da lei não é o seu objeto, vindo a ser alegada apenas quando a parte do processo se sinta prejudicada pela norma jurídica aplicada *in concreto*.

Na concepção do ilustre mestre de Viena, o referido procedimento não seria compatível com a magna função de preservação do Texto Constitucional, tendo afirmado:

De acordo com a Constituição dos Estados Unidos, a revisão judicial da legislação só é possível dentro de um processo cujo objetivo principal não seja estabelecer se uma lei é ou não constitucional. Essa questão pode surgir apenas incidentalmente, quando uma das partes sustentar que a aplicação de uma lei num caso concreto viola de modo ilegal os seus interesses porque a lei é inconstitucional. Assim, em princípio, apenas a violação de um interesse de uma parte pode colocar em movimento o procedimento de revisão judicial da legislação. O interesse na constitucionalidade da legislação, contudo, é um interesse público que não necessariamente coincide com o interesse privado das partes envolvidas; trata-se de um interesse público que merece ser protegido por um processo correspondente à sua condição especial.”<sup>43</sup>

Em vista do exposto, Kelsen defende a atribuição do controle de constitucionalidade de forma exclusiva a um só tribunal, não podendo os juízes declarar a inconstitucionalidade das leis, devendo remeter a questão ao Tribunal Constitucional (reforma constitucional de 1929<sup>44</sup>), à qual caberá pronunciar-se com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Sobre a distinção entre os controles norte-americano e austríaco, Canotilho faz as seguintes observações:

43 Ibidem, p. 311-312.

44 Esclarece Binenbojm que “o sistema austríaco, nos seus primórdios, era inteiramente desvinculado dos casos concretos, uma vez que os juízes e tribunais não apenas não tinham competência para decidir, incidentalmente, as questões de constitucionalidade surgidas nos processos de sua alçada, como também não estavam legitimados a submetê-las à Corte Constitucional para que esta exercesse o controle que lhes era vedado.” No entanto, “Com a reforma constitucional de 1929, o art. 140 da Constituição austríaca é alterado para ampliar o elenco de legitimados para a deflagração do controle perante a Corte Constitucional, nele incluindo os tribunais de segunda instância (a Corte Suprema para causas civis e penais e a Corte Suprema para causas administrativas). Tais órgãos jurisdicionais, no entanto, não podem arguir a questão de constitucionalidade mediante ação direta – como os outros legitimados – mas apenas em via incidental, isto é, no curso de um processo que se esteja desenvolvendo e para cuja decisão seja relevante o deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da lei federal ou estadual.” A nova jurisdição constitucional brasileira, op. cit., p. 38.

A concepção kelseniana diverge substancialmente da judicial review americana: o controlo constitucional não é propriamente um fiscalização judicial, mas uma função constitucional autónoma que tendencialmente se pode caracterizar como função de legislação negativa. No juízo acerca da compatibilidade ou incompatibilidade (Vereinbarkeit) de uma lei ou norma com a constituição não se discutiria qualquer caso concreto (reservado à apreciação do tribunal a quo) nem se desenvolveria uma actividade judicial.<sup>45</sup>

Merece destaque, todavia, o fato de que o sistema americano apresenta elementos que o aproximam do controle concentrado. Como bem ensina Gilmar Mendes, o sistema americano prevê instrumentos, tais como a intervenção do *amicus curiae* e o *writ of certiorari*, que asseguram a tutela de um interesse público mais amplo, não mais se limitando à defesa exclusiva de interesses subjetivos. Neste sentido:

A abertura processual largamente adotada pela via do *amicus curiae* amplia e democratiza a discussão em torno da questão constitucional. A adoção de um procedimento especial para avaliar a relevância da questão, o *writ of certiorari*, como mecanismo básico de acesso à Corte Suprema e o reconhecimento do efeito vinculante das decisões por força do *stare decisis* conferem ao processo natureza fortemente objetiva.<sup>46</sup>

### 2.3 DO SISTEMA AUSTRÍACO (CORTE CONSTITUCIONAL) E O EMBA-TE KELSEN VS. SCHMITT

O sistema austríaco é caracterizado pela concentração do controle de constitucionalidade em um órgão de cúpula. Assentando raízes na obra de Hans Kelsen, a Constituição Austríaca de 1º de outubro de 1920, nos termos da reforma constitucional de 1929, atribuiu a análise da constitucionalidade das leis ao Tribunal Constitucional, ao qual caberá verificar a compatibilidade das normas com o Texto Constitucional.

Característica marcante do controle concentrado austríaco é o fato de que a análise da constitucionalidade das leis não pressupõe violação a qualquer interesse subjetivo, bastando a desconformidade com o Texto Constitucional. Explica Gilmar Mendes:

<sup>45</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 898-890.

<sup>46</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 307-338.

O modelo austríaco traduz uma nova concepção de controle de constitucionalidade. Outorgou-se ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) a competência para dirimir as questões constitucionais, mediante requerimento especial (*Antrag*), formulado pelo Governo Federal (*Bundesregierung*), com referência a leis estaduais, ou pelos Governos estaduais (*Landesregierungen*), no tocante às leis federais (art. 140, par. 1º). Não se exige, porém, a demonstração de ofensa a qualquer interesse particular ou situação subjetiva: [...]⁴⁷

Apesar de atribuído exclusivamente ao Tribunal Constitucional, o controle pode ser instaurado por provocação do Supremo Tribunal de Justiça (*Oberster Gerichtshof*) e pelo Tribunal de Justiça Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*), em processos subjetivos nos quais se vislumbra possível inconstitucionalidade. Como bem destaca Gilmar Mendes, a submissão da questão constitucional à Corte justificou a necessidade de se atribuir eficácia retroativa às decisões por ela proferidas:

Competia ao Tribunal apreciar, outrossim, a questão constitucional como pressuposto de uma controvérsia pendente. Inexistia, porém, previsão quanto ao *controle concreto de normas* relativo aos processos pendentes perante outros juízos ou Tribunais. Esse *controle concreto* somente foi introduzido em 1929. Conciliou-se, assim, o sistema de *controle direto* com modalidade de controle concreto, provocado no curso de uma pendência judicial.

E, por isso, reconheceu-se, excepcionalmente, efeito retroativo à decisão proferida no *caso concreto* submetido à Corte pelo Tribunal Superior (*Oberster Gerichtshof*) ou pela Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). O efeito retroativo atribuído à sentença de cassação decorria, segundo Kelsen, de uma necessidade técnica. É que os órgãos legitimados a provocar o Tribunal, no caso concreto, tinham necessidade de saber se aquela provocação, caso procedente, teria efeito imediato sobre a questão em exame.<sup>48</sup>

Deve-se lembrar, entretanto, que a ideia de uma Corte Constitucional já havia sido aventada por Sieyès, durante a Revolução Francesa. Como bem explica Luís Roberto Barroso, Sieyès defendeu a criação de um órgão constitucional, por ele chamado “*jurie constitutionnaire*”:

47 MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

48 *Ibidem*, p. 16.

Coube a Sieyès propor ao constituinte de 1795 a criação de um *jurie constitutionnaire*, composto por 180 membros designados pela Assembleia, ao qual caberia julgar violações à Constituição. A ideia foi rejeitada. Com a Constituição do Ano VII, foi criado o *Sénat Conservateur*, com oitenta membros, nomeados por ou sob influência de Napoleão, e que foi um “corpo sem vida” (Raul Machado Horta, Curso de direito constitucional, 2003, em afirmação baseada em Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et compare*, v. 1, 1921, p. 597). Após a 2ª Guerra Mundial, com a Constituição de 1946, foi criado o *Comité Constitutionnel*, composto pelos Presidentes da República, da Assembleia Nacional e do Conselho da República, sete membros indicados pela Assembleia Nacional e três pelo Conselho da República. Sua função era dizer se uma lei votada pela Assembleia Nacional exigia uma revisão da Constituição.<sup>49</sup>

O objetivo de se criar uma Corte Constitucional era dotar a organização estatal de um órgão imparcial, não interessado na disputa política e que, portanto, estaria habilitado a exercer o controle de adequação das leis aos ditames constitucionais. Em última análise, tratava-se de assegurar a liberdade individual contra a ilegal interferência do Estado (preocupação já presente, como visto, na obra de Locke, Montesquieu e Constant), pela ab-rogação das leis incompatíveis com os direitos assegurados pela Constituição.<sup>50</sup>

Percorrendo tal caminho, Kelsen sustenta que o controle dos atos legislativos deve ser atribuído a outro órgão, exterior ao Parlamento, já que, evidentemente, não há de causar surpresa que aquele responsável pela elaboração das leis tenha natural propensão a mantê-las válidas. Neste sentido:

O órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Constituição, quando teoricamente ele o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que

49 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

50 Segundo Kelsen, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico. Muito embora não se tenha em geral consciência disso, porque uma teoria jurídica dominada pela política não permite tomar tal consciência, uma Constituição e, que os atos inconstitucionais, e em particular as leis inconstitucionais também permanecem válidos – na medida em que sua inconstitucionalidade não permite que sejam anulados – equivale, mais ou menos, do ponto de vista propriamente jurídico, a um anseio sem força obrigatória.” (KELSEN, 2007a, p. 179).

podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional.<sup>51</sup>

Em outra passagem, Kelsen reafirma a importância do controle de constitucionalidade das normas elaboradas pelo Legislativo:

A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria.<sup>52</sup>

Sua teoria contrapõe-se ao princípio monárquico sustentado pelos filósofos e políticos do século XIX, para os quais caberia ao monarca defender a Constituição e, ao cabo, a regularidade dos poderes e a defesa dos direitos individuais. Tal concepção tinha como pano de fundo a manutenção do poder monárquico, quando da transição da monarquia absoluta para a monarquia constitucional. Com efeito, ensina Kelsen:

Quando, portanto, os representantes da teoria constitucional do século XIX, orientados pelo assim-chamado *princípio monárquico*, defendiam a tese de que o natural *guardião da Constituição* seria o monarca, esta não passava – quem poderia hoje duvidar disso! – de uma ideologia muito evidente, umas das tantas que formam a assim chamada doutrina do constitucionalismo, e através da qual essa interpretação da Constituição procuraria mascarar sua tendência básica: a de compensar a perda de poder que o chefe de Estado

51 KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão de: Alexandre Krug, Tradução do italiano de: Eduard Brandão, Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 150.

52 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007c. p. 240.

havia experimentado na passagem da monarquia absoluta para a constitucional. O que em realidade se queria era – por razões cujo valor político não discutiremos aqui – impedir uma eficaz garantia da Constituição, pelo menos contra violações por parte de quem mais a ameaçava, ou seja, o próprio monarca, ou, mais precisamente, o governo, ou seja, o monarca em conjunto com os ministros que assinavam seus atos, pois aquele não podia agir por si só.<sup>53</sup>

Neste ponto, Hans Kelsen trava com o alemão Carl Schmitt (1888-1985) a mais célebre discussão do constitucionalismo contemporâneo. Para Schmitt, o controle de constitucionalidade deveria ser conferido ao Presidente do Reich, porque este se coloca como um poder intermediário, desvinculado de interesses partidários e, portanto, idôneo a defender a totalidade na nação que o elegeu.

Nas suas palavras, o Presidente do Reich é o “*centro de todo um sistema de neutralidade e independência político-partidárias, construído sobre uma base plebiscitária*”<sup>54</sup>, representando ele, à luz da Constituição de Weimar (1919), “*um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal*”.<sup>55</sup>

Para fundamentar seu posicionamento, Schmitt recorre a um dos pronunciamentos realizados pelo jurista e político alemão Hugo Preuß (1860-1925), quando da elaboração da Constituição de Weimar. Vale destaque a seguinte passagem:

Hugo Preuß disse na comissão constitucional (protocolo p. 277) que seria apenas uma das funções do presidente do Reich” formar um contrapeso para o parlamento do Reich. “Além dessa existe a mais importante, formar um centro seguro, um *pólo jacente na Constituição*.”

[...]

Nesse contexto encontra-se tanto a caracterização do presidente do Reich como uma “grandeza intermediária”, um *pouvoir intermédiaire*, quanto a referência à possibilidade, que nesse ínterim se tornou prática de um parlamento do Reich incapaz de atingir a maioria: “O motivo pelo qual eu creio que precisamos de um presidente, reside, sobretudo,

53 KELSEN, 2007c, p. 240-241.

54 Ibidem, p. 232.

55 Ibidem, p. 233.



no fato de que, na Alemanha, diante da pluralidade das jurisdições, não podemos chegar à completa unidade sem o presidente. Temos também que ter alguém que cumpra os deveres representativos, que mantenha relações *com todas as partes do país*, com *todos os partidos* e (!) com os Estados estrangeiros e que represente uma *grandeza intermediária* entre o parlamento e o governo.<sup>56</sup>

Carl Schmitt afirmava, ainda, que a guarda da Constituição tinha natureza política, logo não haveria de ser atribuída ao Judiciário, sob pena de se configurar uma indevida “*politização da justiça*”.<sup>57</sup> E mais, tal magna função não poderia ser atribuída a qualquer um dos poderes constituídos, pois tal competência lhe conferiria ascendência sobre os demais, tornando-se não o guardião, mas o “*senhor*” da Constituição. Afirma Schmitt:

As divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punições por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro *superior* – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares.<sup>58</sup>

Em resposta, Kelsen sustenta que a atribuição de tal competência ao Presidente do Reich não se coaduna com o Estado de Direito, pois o Chefe de Estado nada mais é que um dos poderes constituídos. Neste sentido, pergunta o mestre de Viena:

Ora, então o chefe de Estado não é um dos “poderes existentes”, sobretudo numa Constituição que combina o elemento parlamentar com o plebiscitário e que divide o poder político entre Parlamento

56 SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 202.

57 Ibidem, p. 33.

58 SCHMITT, op. cit., p. 193.

e presidente do Reich (em conjunto com os ministros)? E justo do ponto de vista de uma interpretação da Constituição que se dedica, com todos os meios, a deslocar o centro de gravidade do poder na direção do chefe de Estado! De quem podemos dizer que se coloca como poder especial neutro “ao lado dos outros poderes”: um tribunal destinado a nada mais que exercer um controle constitucional ou o chefe de Estado? É desse tribunal ou do chefe de Estado que devemos dizer que – se chamado a exercer a função de guardião da Constituição – recebe essa função “adicionalmente”, adquirindo destarte uma “preponderância” sobre os outros poderes instituídos pela Constituição, na medida em que assim “poderia, ele mesmo, esquivar-se do controle”? Nem mesmo a ideologia de Benjamin Constant do *pouvoir neutre* do monarca poderia obscurecer tanto essa interrogação a ponto de tornar a resposta seriamente duvidosa.<sup>59</sup>

Criticando diretamente Carl Schmitt, Kelsen assevera em outra passagem:

A tentativa de aplicar a ideologia de Constant (do *pouvoir neutre* do monarca) ao chefe de Estado de uma república democrática torna-se particularmente discutível se estiver relacionada com a tendência de estender a competência deste último para ainda mais adiante do âmbito normal de atribuições de um monarca constitucional. É verdade que, no intuito de que o chefe de Estado apareça como o apropriado “guardião da Constituição”, Schmitt caracteriza o seu *pouvoir neutre* não como uma instância que está acima dos “detentores de direitos de decisão e de influência política”, ou como um “terceiro mais alto”, nem como “senhor soberano do Estado”, mas sim como um “órgão justaposto”, como um poder “que não está acima, mas sim ao lado dos outros poderes constitucionais.”<sup>60</sup>

No tocante à afirmação de Schmitt de que a atribuição do controle de constitucionalidade ao Judiciário implicaria sua indesejável politização, Kelsen sustenta que toda função estatal é, de algum modo, política. A distinção está na intensidade; trata-se de diferença quantitativa e não qualitativa.<sup>61</sup> Com efeito, sempre que houver uma margem de discricionariedade, *i.e.*, sempre que a lei deixar ao juiz o poder de decidir dentro de certos parâmetros, terá este o poder de criação do

59 KELSEN, 2007c, p. 285-286.

60 Ibidem, p. 245-246.

61 Ibidem, p. 251.

Direito; poder este que não se distingue substancialmente do atribuído ao Parlamento, ainda que exercido em menor intensidade.

Destarte, para Kelsen, carece de relevância a discussão quanto ao viés político que eventualmente tenha a Corte Constitucional, pois *“todo conflito jurídico é na verdade um conflito de interesses ou de poder, e portanto toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”*.<sup>62</sup> Como consequência, nada impede que se atribua a um tribunal independente (porque não submetido às ordens do Executivo nem do Legislativo) a função de guarda da Constituição, pois, *“de todos os pontos de vista segundo os quais se possa debater o problema político-jurídico de um tribunal constitucional central e estabelecer seus prós e contras, um ponto é de fato insignificante: o de se tal órgão seria um tribunal e sua função verdadeiramente jurisdicional”*.<sup>63</sup>

Retomando a tese de Schmitt, é de se ressaltar que tem ela por fundamento a ideia de que está no Legislativo – e não no governo – o verdadeiro risco de violação da Constituição. Portanto, ao contrário das monarquias, a república tem no Chefe de Estado o verdadeiro guardião da Constituição contra a indevida interferência do Parlamento. Para isso, o jurista alemão nega a importância das Cortes Constitucionais, como destaca Hans Kelsen:

Para sustentar a tese de que o presidente do Reich seria o guardião da Constituição, Schmitt tem que se voltar contra a instituição, frequentemente reclamada e em muitos Estados também concretizada, de uma jurisdição constitucional, ou seja, contra a atribuição da função de garantia da Constituição a um tribunal independente. Este funciona como um tribunal constitucional central na medida em que, num processo litigioso, deve decidir sobre a constitucionalidade de atos do Parlamento (especialmente leis) ou do governo (especialmente decretos) que tenham sido contestados, cassando tais atos em caso de sua inconstitucionalidade, e eventualmente julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação.<sup>64</sup>

Com o término da Segunda Guerra Mundial e em vista dos horrores causados pelo regime nazista, a tese de Schmitt é vencida definitivamente, ganhando o sistema austríaco de controle de constitucionalidade

62 KELSEN, op. cit., p. 252.

63 KELSEN, 2007c, p. 248.

64 Ibidem, p. 247-248.

relevância internacional. A partir de então, a jurisdição constitucional, ao lado da repartição de poderes e dos mecanismos de controle mútuo, dá forma ao Estado Constitucional de Direito, no qual a Constituição passa a ocupar posição central, como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Destaque-se que a importância atribuída à sistemática de Cortes Constitucionais não afasta a relevância do controle das leis nos termos estabelecidos na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.<sup>65</sup> No entanto, não se pode negar que a sistemática implantada por Kelsen, na Áustria, representou profunda transformação no constitucionalismo contemporâneo, tendo inspirado diversas Constituições, dos mais variados países, a criarem Tribunais Constitucionais ou Cortes Supremas responsáveis, ainda que não só, mas em última ou única instância, pelo controle dos atos legislativos.<sup>66</sup>

No ordenamento constitucional brasileiro, a tese de Kelsen exerceu inequívoca influência quando da introdução, ainda que tardia, da ação direta de inconstitucionalidade, prevista pela Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, editada na vigência da Constituição de 1946.<sup>67</sup> Tal ação permitia a impugnação *in abstracto* de leis federais e

---

65 Tais sistemas apresentam características bem distintas, como analisado por Luís Roberto Barroso: “O modelo americano, cujo marco inicial é a decisão proferida em *Marbury v. Madison* (1803), tem por característica essencial o fato de o controle ser exercido de maneira difusa por todos os juízes e tribunais, no desempenho ordinário de sua função jurisdicional. O modelo austríaco, introduzido pela Constituição daquele país em 1920, e disseminado na Europa após a 2ª Guerra Mundial, sobretudo pelo prestígio do Tribunal Constitucional Federal alemão, tem como elemento característico a criação de um órgão próprio – a Corte Constitucional – ao qual se atribui competência para, concentradamente, manifestar-se acerca da constitucionalidade das leis. Nesse sistema, como regra geral, juízes e tribunais suspenderão o processo no qual tenha sido feita a arguição plausível de inconstitucionalidade de determinada norma, remetendo a questão para ser decidida pelo Tribunal Constitucional. Após o pronunciamento acerca da questão constitucional, retoma-se a tramitação do processo perante o juízo ou tribunal competente.” *op. cit.*, p. 41, nota de rodapé 102.

66 “O modelo se expandiu notavelmente após a 2. Guerra Mundial, com a criação e instalação de tribunais constitucionais em inúmeros países da Europa continental, dentre os quais Alemanha (1949), Itália (1956), Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), Espanha (1978) e Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu (como Polónia, República Tcheca, Hungria) e africanos (Argélia e Moçambique).” BARROSO, Luís Roberto, *op. cit.*, p. 44.

67 Antes, a referência a um controle concentrado apenas ocorreu na frustrada proposta do deputado federal Nilo Alvarenga de criação de uma “Corte de Justiça Constitucional”, apresentada na constituinte de 1934. Para informações mais detalhadas, vide: MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 218-220.

estaduais, cabendo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decidila, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

Antes do advento da ação direta, o controle de constitucionalidade brasileiro era prioritariamente difuso (nos moldes norte-americanos), encontrando previsão já na Carta de 1891, segundo a qual podia o Supremo Tribunal Federal reapreciar, em grau de recurso, decisões judiciais que, em casos concretos, tivessem negado aplicação a normas federais por entendê-las inconstitucionais.<sup>68</sup>

O controle concentrado, por sua vez, era admissível somente com a propositura da representação interventiva, nos termos do artigo 12, § 2º, da Constituição de 1934. Nesta, a lei que decretava a intervenção era submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, por provocação do Procurador-Geral da República, para que fosse declarada sua constitucionalidade. Tratava-se de procedimento destinado a resolver um conflito federativo, condicionando-se a intervenção à prévia análise de constitucionalidade da lei que a decretava.<sup>69</sup>

Mas foi apenas com a Constituição de 1988 que o controle de constitucionalidade pela via direta consolidou-se como mecanismo de efetiva garantia da supremacia da Constituição. De fato, com a ampliação dos legitimados ativos, saindo sua propositura da competência exclusiva do Procurador-Geral da República, as ações diretas de inconstitucionalidade tiveram inegável crescimento, revelando-se como efetivo instrumento de controle dos atos inconstitucionais.<sup>70</sup>

---

68 Vale ressaltar que a Constituição Imperial de 1824 não admitia controle de constitucionalidade algum, estando claramente influenciada pela teoria da supremacia do parlamento. Assim, cabia apenas ao legislativo dizer o sentido das normas, interpretando, suspendendo e as revogando, nos termos do artigo 15, inciso VII. Também o Imperador, como titular do poder moderador, exercia, em certa medida, tal função, já que lhe incumbia velar pela manutenção da independência, equilíbrio, e harmonia dos poderes, nos termos do seu artigo 98.

69 Ressalvado o controle para fins de intervenção, a subsequente Constituição de 1934 mantinha a regra do controle difuso. Tal Carta, entretanto, representou grave retrocesso, ao prever a possibilidade de o Presidente da República submeter ao Parlamento a reapreciação de lei declarada inconstitucional, quando a seu juízo seja ela necessária ao bem-estar do povo e à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta. Nesta hipótese, confirmada sua validade por 2/3 dos votos, a lei retoma validade, tornando-se insubsistente a declaração de inconstitucionalidade. Como afirma Gilmar Mendes, "*Instituíta-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição.*" In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 195.

70 Segundo estatística divulgada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, desde 1988 foram distribuídas 4.716 Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adi>>. Acesso em: 07 jul. 2012.

Como bem destaca Gilmar Mendes, a Constituição de 1988 representou uma mudança de paradigma, por conferir maior destaque ao controle concentrado, ao contrário das anteriores Constituições Republicanas, nas quais sobrepunha-se o controle difuso. Deveras:

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda, no amplo e dominante controle difuso de constitucionalidade. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.<sup>71</sup>

No entanto, o controle concentrado instituído no Brasil guarda algumas diferenças em relação ao sistema austríaco de Kelsen, em especial quanto à atribuição ao Supremo Tribunal Federal de outras funções distintas do controle de constitucionalidade e a sua inserção no Poder Judiciário.

Com efeito, enquanto para Kelsen a Corte Constitucional deve estar restrita à análise da constitucionalidade das leis e à resolução de questões de índole essencialmente constitucional (como, por exemplo, conflitos federativos, tensões entre os poderes constituídos e garantia dos direitos fundamentais albergados na Constituição), o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, exerce diversas outras funções que não guardam correlação com tal atividade (*e.g.*, apreciação de demandas de natureza puramente subjetiva, tais como o julgamento de autoridades e a análise de *habeas corpus* ou mandados de segurança quando envolvidos certos agentes políticos), o que acaba por distanciá-lo das reais funções de uma Corte Constitucional, tornando-o, muitas vezes, mera instância recursal.<sup>72</sup>

71 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*: estudos de direito constitucional. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009 p. 208-209.

72 Corroborar tal assertiva o estudo feito por Joaquim Falcão e Pablo Cerqueira, noticiado no site Consultor Jurídico, em 4 de maio de 2011, sob o título "Estudo mostra que STF é Corte Recursal". Vale relevo o seguinte trecho: "Dos 1,2 milhão de processos que chegaram ao Supremo Tribunal Federal entre 1988 e 2009, só 0,5% tratam do controle de constitucionalidade; 7,8% são de classe ordinária e 91,7 são recursais. De acordo com um estudo feito pela FGV-RJ, a corte constitucional brasileira está muito mais

Outra discrepância diz respeito à inserção do Supremo como órgão de cúpula do Poder Judiciário, sendo responsável pela revisão de decisões de tribunais superiores ou mesmo de órgãos de primeira instância (como as Turmas Recursais dos Juizados Especiais), por intermédio de recursos apresentados em processos subjetivos (*inter partes*). Para Kelsen, a função do Tribunal Constitucional é de legislador negativo, cabendo-lhe a ab-rogação das leis inconstitucionais, com efeitos *erga omnes*.<sup>73</sup>

Sem embargo, o controle efetivo da constitucionalidade das leis, associado à supremacia e à força normativa da Constituição, dá forma ao que hoje se pode denominar Estado Constitucional de Direito – estágio mais recente da evolução política do conceito de Estado, no qual os direitos do cidadão são efetivamente protegidos do arbítrio e o exercício do poder se faz com respeito à Constituição, cuja ascendência sobre todos os atos jurídicos, públicos ou privados, ocorre de forma imediata, sem a necessidade de intervenção da legislação ordinária.

Superada a concepção da soberania do Parlamento (com a ressalva ainda válida do sistema jurídico do Reino Unido), o Texto Constitucional afirma-se como diploma fundamental do ordenamento jurídico, dotado de supremacia e força normativa, sendo os mecanismos de garantia de sua eficácia indispensáveis para a constituição de um verdadeiro Estado de Direito.<sup>74</sup>

---

próxima de ser uma 'corte recursal suprema'." Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-mai-04/estudo-mostra-stf-corte-recursal-uniao-maior-usuario>>. Acesso em: 09 jul 2012.

73 Assevera Kelsen: "A anulação de uma lei é uma função legislativa, um ato – por assim dizer – de legislação negativa. Um tribunal que é competente para abolir leis, de modo individual ou geral – funciona como um legislador negativo" (KELSEN, 2005, op. cit, p. 382). Em outra obra, Kelsen reitera que "[...] o órgão a que é confiada a anulação das leis inconstitucionais não exerce uma função verdadeiramente jurisdicional, mesmo se, com a independência de seus membros, é organizado em forma de tribunal. Tanto quanto se possa distingui-las, a diferença entre função jurisdicional e função legislativa consiste antes de mais nada em que esta cria normas gerais, enquanto aquela cria unicamente normas individuais. Ora, anular uma lei é estabelecer uma norma geral, porque a anulação de uma lei tem o mesmo caráter de generalidade que sua elaboração, nada mais sendo, por assim dizer, que a elaboração com sinal negativo e portanto ela própria uma função legislativa." KELSEN, 2007a, p. 151-152.

74 Segundo Kelsen, "a busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal." KELSEN, 2007c, p. 239.

### 3 CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi analisar o longo caminho percorrido pelo constitucionalismo, desde o nascimento da teoria da separação dos poderes (com Locke e Montesquieu) até a superação da tese da soberania do Parlamento e a consolidação do controle de constitucionalidade, visto este como mecanismo indispensável para assegurar a supremacia e a força normativa da Constituição.

Destacou-se que mesmo sendo o Legislativo órgão representante do povo, exatamente porque formado por parcela da coletividade (em virtude da impossibilidade prática de participação direta dos cidadãos na tomada das decisões políticas), nada assegurava que também tal poder incorresse no vício de atuar em causa própria, interferindo ilegitimamente nos direitos assegurados pela Constituição.

Assim, fazia-se necessário complementar o intrincado regime de controle mútuo, com a possibilidade de se atribuir a órgão externo ao Legislativo – e também não integrante do Executivo – o poder de ab-rogar as normas incompatíveis com a Constituição. Nasce, então, o controle de constitucionalidade, contrapondo-se tanto à teoria da supremacia do Parlamento, quanto à tese do poder neutro de Benjamin Constant.

Cuidou-se de destacar os principais sistemas de controle, fazendo-se o confronto entre suas características marcantes. Neste ponto, ganharam relevo os sistemas norte-americano (controle difuso), austríaco (controle concentrado) e francês (político, realizado pelo Conselho Constitucional). Também mereceu referência o atual sistema inglês, no qual, apesar de mantida a soberania do Parlamento, tem-se retirado do Legislativo o poder de declarar a compatibilidade de uma norma legal com a Constituição, passando tal função a ser exercida, em última instância, pela Suprema Corte (cujo pronunciamento, no entanto, não atinge a vigência da norma impugnada).

A contenta entre Kelsen e Schmitt – este último, reavivando a teoria do poder neutro, conferia a guarda da Constituição ao Presidente do Reich e não a um tribunal ou órgão autônomo – apresentou-se igualmente relevante para a consolidação do controle jurisdicional de constitucionalidade, na modalidade concentrada, que se espalhou pelo continente europeu e por diversos outros ordenamentos jurídicos (dentre eles, ainda que com marcantes discrepâncias, o brasileiro).



Ao cabo, concluiu-se que, com o reconhecimento da supremacia da Constituição associado à criação de mecanismos de garantia da sua eficácia (controle de constitucionalidade), toma forma o que hoje se entende como Estado Constitucional de Direito, no qual a Carta Magna figura como norma suprema, não derogável pela legislação ordinária (*i.e.*, pelos poderes constituídos) e que, de forma imediata, condiciona todos os atos jurídicos, assegurando, por conseguinte, o respeito aos direitos e liberdades do cidadão.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REBECQUE, Henri Benjamin Constant de. *Princípios Políticos Constitucionais: princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França (1814)*. Tradução de Maria do Céu Carvalho, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1989.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CYRINO, André Rodrigues. Revolução na Inglaterra? Direitos Humanos, Corte Constitucional e Declaração de Incompatibilidade das Leis. Novel espécie de Judicial Review? *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado*, Rio de Janeiro, v. 62, 2007.
- FALCÃO, Joaquim; CERQUEIRA, Pablo. *Estudo mostra que STF é Corte Recursal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-maio-04/estudo-mostra-stf-corte-recursal-uniao-maior-usuario>>.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista: um comentário à Constituição Americana*. Tradução de Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão,

Tradução do Francês de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. O controle judicial de constitucionalidade: um estudo comparativo das Constituições austríaca e americana. In: *Jurisdição Constitucional*, Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug, Tradução do italiano Eduard Brandão, Tradução do Francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges, 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outros escritos*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. 4. Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. O Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade. In: *Tratado de Direito Constitucional, v. I*. coordenação de MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. São Paulo: Saraiva, 2010.

MÖLLER, Max. *Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, São Paulo: Brasil, 1960.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*: princípios de direito político. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SCHMITT, Carl. *O Guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa – Qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo, 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.



# O DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE PROMOVER A JUSTIÇA: EFICIÊNCIA, MORALIDADE E JURIDICIDADE NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

*THE PUBLIC ADMINISTRATION DUTY TO PROMOTE JUSTICE:  
EFFICIENCY, MORALITY AND LEGALITY IN CONFLICTS  
RESOLUTION*

*Marina França Santos*

*Procuradora do Município de Belo Horizonte<sup>1</sup>*

*Doutoranda em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio*

*Mestra em Direito Processual Civil pela UFMG*

*Especialista em Advocacia Pública pelo IDDE em parceria com a Universidade de Coimbra*

**SUMÁRIO:** 1 Ao Judiciário, um pedido de desculpas; 2 Para além dos Tribunais: autocomposição como alternativa de acesso à justiça; 3 A Administração Pública e o interesse público de promover a justiça: eficiência, moralidade e juridicidade na resolução dos conflitos; 4 Experiências de mecanismos alternativos de solução de conflitos na Administração Pública brasileira; 4.1 Junta Administrativa

---

<sup>1</sup> Professora. Diretora Presidente da Escola Superior da Associação dos Procuradores de Belo Horizonte.

de Indenizações; 4.2 Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde; 4.3 Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo central discutir a importância do investimento em formas autônomas de resolução de conflitos pela Administração Pública. Parte-se da notória constatação de que o Poder Judiciário, por si só, não é capaz de atender a toda a demanda por justiça da pluralista sociedade contemporânea, o que inaugura ao Estado a obrigação de contribuir com a busca de mecanismos alternativos de desfazimento pacífico de suas próprias controvérsias. Cuidou-se, por essa razão, de conhecer e examinar os fundamentos, justificativas e as experiências brasileiras na idealização de métodos extrajudiciais de resolução de dissensos envolvendo o Estado, com foco nos mecanismos de auto composição, em que os sujeitos envolvidos sejam capazes de pôr fim, eles mesmos, aos seus próprios litígios. O resultado dessa análise é a apresentação de um suporte jurídico e uma convocação da Administração Pública ao dever de promover o acesso à justiça e ao exercício, também em seus conflitos, dos postulados constitucionais da eficiência, moralidade e juridicidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Administração Pública. Resolução extrajudicial de conflitos.

**ABSTRACT:** This article aims to discuss the central importance of investment in autonomous forms of conflict resolution by the Public Administration. It starts with the remarkable observation that the judiciary, itself, is not able to respond to the entire demand for justice of the contemporary pluralistic society, what inaugurated to the State the duty to contribute to the search for alternative dispute resolution to its own controversies. Therefore, this article examines the reasons, justifications and Brazilian experiences on the idealization of alternative dispute resolution methods involving the State, focusing on mechanisms where those involved are able to end their own disputes by themselves. The result of this analysis is a legal foundation and a recall of the Public Administration duty to promote access to justice and exercise, also in its own conflicts, the constitutional principles of efficiency, morality and legality.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Public Administration. Alternative Dispute Resolution (ADR).

## 1 AO JUDICIÁRIO, UM PEDIDO DE DESCULPAS

Tem início a audiência judicial. Diante do juiz, os advogados, lado a lado com seus clientes, pedem rapidamente a palavra. Apesar de atuarem em lados opostos, ambos os profissionais têm, preambularmente, uma mesma coisa a dizer, algo considerado de extrema relevância, sem o qual os trabalhos no Judiciário não devem sequer ser começados: eles pedem desculpas ao Juiz.

Desculpas ao Juiz pelo próprio fato de se dar início a uma nova audiência judicial. Desculpas por não terem tido a capacidade de compor aquele conflito, por si sós, como pessoas dotadas de autocrítica e aptas à comunicação. Desculpas por terem que expor ao público questões privadas e por entregarem a um terceiro estranho, o Juiz, o poder de solucionar problemas que não lhe dizem respeito. Pedem desculpas, afinal, pela própria – e embaraçosa – impotência. E assim se dá início ao processo judicial.

A cena acima descrita, embora revestida de caráter figurado, não apresenta conteúdo puramente ficcional e distanciado das preocupações dos juristas. A representação da audiência judicial, facilmente tida como pitoresca no Brasil, é, em um *locus* cultural e geográfico bem distinto, o Japão, cotidiana e tranquilamente reconhecida como realidade social e jurídica.

Para o povo do extremo oriente, ir ao Poder Judiciário constitui, socialmente, atitude condenável e digna de vergonha:

Ir aos tribunais continua a ser, aos olhos dos japoneses, um comportamento condenável. Antes de se resolverem a isso, procurarão, recorrendo a mediadores de todas as espécies, resolver amigavelmente o conflito que se gerou<sup>2</sup>.

No Japão, a necessidade de intervenção coercitiva do juiz para a finalização de litígios é sinal de perturbadora desagregação social e somente se justifica uma vez fracassados os instrumentos idôneos de que dispõem os indivíduos para resolver suas próprias controvérsias.

---

2 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 493.

A realidade japonesa, decerto, não pode ser comparada, sem ressalvas, à brasileira<sup>3</sup> (cuidado que se deve ter, aliás, diante das perniciosas tentativas de reprodução de qualquer modelo estrangeiro, por mais eficiente que seja em seu *habitat* natural, já que a construção civilizacional de um povo não se faz à revelia de toda a sua cultura e história). A presente confrontação com a sociedade brasileira, no entanto, não deixa de ser uma alegoria proveitosa.

Os últimos dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>4</sup> demonstram que em 2011 mais de 7 milhões de processos (7.441.955) foram ajuizados na Justiça Comum em primeiro grau de jurisdição, crescendo-se aos quase 20 milhões já pendentes de julgamento<sup>5</sup> desde o ano anterior (19.222.491). Desse total de quase 27 milhões de processos em tramitação somente na primeira instância da Justiça Estadual, menos de 1/3 foram baixados no período<sup>6</sup> (8.047.323).

3 Convém anotar que dentre os fatores da baixa litigiosidade da sociedade japonesa está, segundo alguns autores, o baixo desenvolvimento da própria noção de direito na sociedade. Segundo René David, “os japoneses continuam a ver no direito o aparelho de repressão que o Estado emprega para impor a vontade mais ou menos arbitrária dos dirigentes” (DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 493). Outros estudos, no entanto, apontam para caminhos distintos. Kritzer, por exemplo, comparou a propensão ao litígio em países culturalmente próximos e com sistema jurídico semelhante - como, por exemplo, os Estados Unidos e a Inglaterra e os Estados Unidos e o Canadá - e encontrou diferenças significativas, reconduzíveis a fundamentais diferenças de cultura jurídica. (KRITZER, Herbert M. (1989), “A Comparative Perspective on Settlement and Bargaining in Personal Injury Cases”. *Law & Social Inquiry*, 14, 1: 167-85, citado por SANTOS, Boaventura et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em 20 de dezembro de 2012). Sugerem-se, assim, a existência de outras razões como determinantes de uma cultura litigiosa, como um número excessivo de advogados na sociedade e o enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida coletiva. (SANTOS, Boaventura et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 20 dez. 2012)>.

4 Justiça em Números. *Conselho Nacional de Justiça*, 2011. p. 160- 164. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_estadual\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2013.

5 Processos pendentes de julgamento são os processos de conhecimento, cautelares, mandamentais e ações constitucionais que ingressaram ou foram protocolizados na Justiça Estadual de 1º Grau até o final do período anterior ao período-base (semestre) e que não foram baixados até o final do período anterior ao período-base (semestre), incluídos os embargos do devedor na execução de título extrajudicial e na execução fiscal e os embargos de terceiros. Excluem-se os embargos à execução de título judicial, as impugnações aos cálculos e ao cumprimento de títulos judiciais, os recursos internos (embargos de declaração), as cartas precatórias e de ordem recebidas e outros procedimentos passíveis de solução por despacho de mero expediente. (Justiça em Números. Conselho Nacional de Justiça, 2011. p. 165. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel\\_completo\\_estadual.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/rel_completo_estadual.pdf)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2013).

6 “Consideram-se baixados os processos: a) remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) remetidos para as instâncias superiores; c) arquivados definitivamente; d) em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação,



Em 2010, quase 8 milhões de processos novos ingressaram no primeiro grau de jurisdição na Justiça Estadual (7.665.688), somando-se, por sua vez, a aproximadamente 18 milhões de processos (17.869.409), pendentes de julgamento, na mesma instância. No entanto, o total de processos encerrados, por ano, não atingiu a marca dos 9 milhões, um pouco mais de 1/3 do volume total de processos que aguardavam julgamento (8.971.513)<sup>7</sup>.

Trata-se, sem dúvidas, de números significativos, que indicam, de plano, pelo menos dois fatos dignos de ser considerados em qualquer análise sobre a efetividade da Jurisdição brasileira e do cumprimento, pelo Estado, de seu dever de promover o acesso à justiça. São eles o alto índice de litigiosidade da sociedade brasileira e a incapacidade do Estado de atender eficientemente o atual número de ações encaminhadas ao Judiciário.

O primeiro fato a se considerar é a existência de uma sociedade em que um número extremado de controvérsias sobre direitos tem seu desenlace buscado no Judiciário. Sobre esse dado, é preciso, inicialmente, desfazer a confusão que tende a considerar positivas altas taxas de litigiosidade por se compreendê-las como um indicativo de acesso à justiça. Em sentido contrário ao que uma análise apressada permitiria concluir, no entanto, o exagerado patamar de litigiosidade em uma sociedade não significa, necessariamente, proporcional sensação de justiça pelos seus membros.

No Brasil, essa ausência de relação fica clara dado que o acesso ao Judiciário não é uniforme entre as classes sociais e as regiões brasileiras. O diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, em 2006, indicou que 60,3% da população brasileira não tem acesso a seus serviços (em um universo social em que mais de 85% da população brasileira é cliente potencial da Defensoria Pública)<sup>8</sup>. Dados do Informe Latinobarómetro

---

cumprimento ou execução. Não se constituem por baixas as remessas para cumprimento de diligências e as entregas para carga/vista. Havendo mais de um movimento de baixa no mesmo processo, apenas o primeiro deve ser considerado" (Justiça em Números. *Conselho Nacional de Justiça*, 2010. p. 168. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_estadual\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf)>. Acesso em: 06 de janeiro de 2013).

7 Justiça em Números. *Conselho Nacional de Justiça*, 2010. p. 156- 164. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_estadual\\_jn2010.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_estadual_jn2010.pdf). Acesso em: 06 de janeiro de 2013.

8 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. II Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil. Brasília: 2006.

de 2007, por sua vez, revelaram que apenas 10% da população brasileira acredita que todos têm iguais oportunidades de acesso à justiça.<sup>9</sup>

Há que se notar, ainda, que a constatação do alto número de processos judiciais, em si, não permite tecer qualquer consideração quanto à qualidade dos provimentos dados pelo Judiciário. Em sentido contrário, o que os números do CNJ indicam ao apresentar um acervo de 80% de processos pendentes em relação ao total de casos novos e encerrados é que, independentemente do conteúdo da tutela prestada, o Judiciário sequer tem sido capaz de responder às ações na proporção em que elas são ajuizadas. Em outras palavras, os dados demonstram que a resposta dada aos conflitos pela via judiciária (mesmo em se considerando que os números abranjam apenas parte das contendas sociais, dado que o acesso ao Judiciário não é homogêneo, nem substancialmente universal) ainda hoje carece de eficiência.

Ora, por meticuloso que seja o processo na tentativa de apreender as peculiaridades do caso concreto e garantir a mais justa tutela possível, de nada valerá se, ao final, seu provimento já não for útil à parte (justiça intempestiva, nas sempre lembradas palavras de Rui Barbosa, não é justiça, mas injustiça manifesta e qualificada<sup>10</sup>). Ressalte-se que a demora excessiva no processo é, além disso, importante fonte de injustiça social, já que se apresenta tanto mais insuportável quanto menos resistente economicamente é a parte<sup>11</sup>.

E mais: o elevado número de processos resulta na perda de recursos econômicos que poderiam ser empregados em outras políticas públicas prioritárias para o próprio exercício dos direitos, como é a educação, ou mesmo para o alcance efetivo da justiça, como a melhoria do acesso à saúde, à moradia e a outros direitos fundamentais.

Ao lado da demora no encerramento dos processos, a resolução dos litígios pelo processo encontra como óbice, paradoxalmente, a

---

9 <sup>8</sup>LATINOBARÔMETRO. Informe Latinobarômetro de 2007. Disponível em: <<http://www.latinobarometro.org>>. Citado por JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* /Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 255.

10 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Discurso de paraninfo dos formandos da Faculdade de Direito de S. Paulo, em 1920. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 40.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. p. 57.

ausência de garantia de que a decisão judicial transitada em julgado implicará a extinção da conflituosidade entre os sujeitos envolvidos. Deve-se tal fragilidade à heteronomia desse mecanismo de atuação, por meio do qual um terceiro (estranho e distante) assume o encargo de pôr fim a um embate que não conhece profundamente e cujos efeitos não recairão sobre ele. São claros os riscos, pois, de a sentença pôr fim ao litígio processual, mas não encerrar a pendência real, acirrando, em vez de reduzir, as tensões originárias.

Esse o caminho natural de um procedimento que se baseia em uma lógica adversarial, pautada pela existência de partes (“*ex adversas*”), que devem agir em paridade “de armas” e cuja relação, sempre intermediada por advogados e magistrados, é definida por uma solene declaração final de vencedores e vencidos. Não raro restará a incerteza quanto à efetividade prática do comando judicial e a exasperação da contenciosidade no espaço da vida social em que o dissenso teve palco.

A via judicial se mostra, por conseguinte, impactante, onerosa e não necessariamente eficaz e duradoura, o que permite compreender o alerta que havia sido feito por Cappelletti há mais de duas décadas - e que até hoje não despertou a atenção devida -, de que “as Cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada”<sup>12</sup>. Talvez, acrescente-se, não seja sequer a melhor. Motivos certamente suficientes para que se passe a investir, em todas as esferas, em alternativas de acesso à justiça.

## 2 PARA ALÉM DOS TRIBUNAIS: AUTOCOMPOSIÇÃO COMO ALTERNATIVA DE ACESSO À JUSTIÇA

Frank Sander e Lucasz Rozdeiczer<sup>13</sup> sistematizam três questões centrais que devem ser levadas em consideração para se decidir qual a forma mais apropriada para o desfazimento de determinada controvérsia. A primeira delas são os objetivos que as partes desejam atingir na dissolução do conflito. Em segundo lugar, o motivo pelo qual não se consegue chegar a consenso e qual a forma de finalização da disputa poderia superar esse obstáculo. Por fim, a existência de alguma contraindicação à utilização de métodos alternativos de solução, o que tornaria, consequentemente, necessária e inevitável a via judicial.

12 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

13 SANDER, Frank E. A. & RODZDEICZER. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach, *11 Harvard Negotiation Law Review*, V. 11, p. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.hnlr.org>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2013.

A sequência de análise sugerida, para além de ajudar a definir a melhor forma, *in concreto*, de conclusão de um litígio, apresenta grande valia exatamente por chamar atenção para o fato de que não é apenas a reparação de lesão, ou a cessação de sua ameaça, o que se espera de um processo de resolução de conflitos. A identificação dessas expectativas, basilares para uma compreensão mais plena da demanda de acesso à justiça, permite tanto identificar as fragilidades do processo formal oferecido pelo Judiciário, quanto vislumbrar as alternativas possíveis a esse caminho, ajudando no dimensionamento do papel a ser atribuído à Jurisdição em uma sociedade de direitos.

A própria evolução da ciência do processo, especialmente nas últimas décadas do século XX, revelou que o anseio social relativo à justiça vai muito além de uma simples resposta dada pelo Judiciário<sup>14</sup>, atingindo, entre outras, a necessidade de instrumentos de tutela adequados ao objeto do pedido e capazes de ser utilizados por todos os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou recomposição se cogita; as condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes ao litígio e o gozo pleno, pela parte vitoriosa, da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento jurídico<sup>15</sup>.

Tais invocações levaram a uma sensível evolução do processo civil brasileiro, que passou a reconhecer como acesso à justiça o direito à adequada tutela jurisdicional<sup>16</sup>, o que vai além do simples pronunciamento do Judiciário acerca do pleito levado a juízo. Tornou-se irrecusável a persecução da finalidade e da concretude da jurisdição, alicerçadas em um procedimento garantista que forneça às partes previsibilidade, proteção e possibilidade de controle em caso de desvios, advertindo-se, ainda, que a atividade será essencialmente inócua se descompromissada com o direito material, a realidade social em que atua e a participação dos destinatários da decisão.

14 Como lembra Humberto Theodoro Júnior, "Superada a enorme crise político-social da Segunda Guerra Mundial, as atenções dos estudiosos do direito voltaram-se para problemas da prestação jurisdicional até então não cogitados. Depois de um século de extensos e profícuos estudos sobre os conceitos e as categorias fundamentais do direito processual civil, os doutos atentaram para um fato muito singular e significativo: a sociedade como um todo continuava ansiosa por uma prestação jurisdicional mais efetiva" (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, 2007. p. 162).

15 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 17 e 18.

16 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 82.

Avultam-se, também, brados mais dificilmente satisfeitos pelo processo judicial como uma maior rapidez na finalização da desavença, um menor custo para sua instauração e prosseguimento, a preservação da relação das partes, procedimentos mais simplificados e um ganho, não de participação, mas de autonomia na definição das soluções que recairão sobre os sujeitos.

São pretensões que podem e devem ser absorvidas, em determinada medida, pelo Judiciário, mas que vão mais diretamente ao encontro de uma emancipação dos sujeitos no reconhecimento e proteção de seus direitos, e se realizam, de forma plena, pela autocomposição dos conflitos.

A autocomposição consiste no encerramento dos confrontos pelas próprias partes neles envolvidas e apresenta como mais destacada vantagem – pelo contraponto direto com a maior queixa direcionada ao Judiciário – a obtenção de soluções mais rápidas, capazes de responder tempestivamente ao antagonismo instaurado e reduzir a angústia e o descrédito nas instituições estatais decorrentes da permanência da ameaça e lesão aos direitos.

A solução autônoma de controvérsias se beneficia, igualmente, de um menor custo financeiro para obtenção dos mesmos resultados, uma atuação prospectiva para a preservação da relação entre os sujeitos e a redução da conflituosidade, uma maior confidencialidade no trato das questões particulares, bem como da garantia de arranjos mais certos, uma vez que construídos pelos interessados diretos e maiores conhecedores de todas as nuances da divergência.

Há vantagem, inclusive, na utilização de procedimentos mais simplificados e compreensíveis pelos sujeitos em litígio, que têm o condão de empoderar as partes, aproximando-as da vivência do direito e, conseqüentemente, valorizar a cidadania e contribuir para uma maior sensação de justiça.

Se os objetivos primordialmente buscados forem prestação, privacidade, custo baixo, preservação da relação entre os sujeitos e contribuição de terceiro para o término da controvérsia, a alternativa mais adequada é a conciliação<sup>17</sup>, considerada, entre as formas autocompositivas, como a menos onerosa e mais célere.

---

17 A conciliação consiste na solução alternativa de conflitos em que há participação ativa de um terceiro que, diferente do juiz sentenciador, apenas sugere propostas de acordo, com o fim de “induzir as pessoas em

Se além de rapidez, não exposição da intimidade, menores despesas e não degradação da relação com a parte na contenda, houver interesse na ausência completa de interferência externa na busca de desfazimento da disputa, mas se considerar importante o auxílio de um terceiro para sanar eventuais dificuldades de comunicação ou evidenciar sentimentos subjacentes ao embate, a mediação é a alternativa mais adequada<sup>18</sup>.

Não se pode esquecer, ainda, da negociação, método que deveria ser necessária e primariamente utilizado diante de qualquer dissenso<sup>19</sup>. A negociação consiste na tentativa de se elucidar pendências intersubjetivas sem a intervenção de terceiros e se vale inteiramente do diálogo entre os sujeitos e da disposição para a obtenção de acordo, potencializando os ganhos de autonomia e de privacidade e reduzindo custos.

Independentemente do método utilizado, a autocomposição se realizará por meio da transação, processo de concessões recíprocas entre os sujeitos, da renúncia ao direito por uma das partes ou, reciprocamente, do reconhecimento do direito da outra parte. O que importa é a possibilidade de construção, pelos próprios interessados, da melhor forma de se efetivar o acesso à justiça ansiado e de pôr fim ao litígio. Ou seja, a postura competitiva, a não disposição para cooperação, o interesse em fragilizar ou deteriorar a relação intersubjetiva ou a intenção de se beneficiar da morosidade da solução da disputa são as maiores contraindicações ao bom uso dos métodos alternativos.

Ao Judiciário, *ultima ratio*, restam, portanto, os confrontos cujos sujeitos assumam o seu desinteresse na definição autônoma— o que reforça, aliás, a necessidade de se coibir a utilização do aparato estatal, por meio do processo, com finalidade abusiva e desleal<sup>20</sup> –, e outros cuja natureza ou condições das partes torne inevitável a intervenção estatal

---

conflito a ditar a solução para a sua pendência” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34).

18 Na mediação, as partes também são auxiliadas por um terceiro neutro, sem poder de decisão, mas mais focado na função de colaborador das partes na obtenção de um consenso. Enquanto na conciliação a intervenção se dá sobre o objeto do litígio com sugestões de eventual acordo, na mediação, o terceiro atua precipuamente para estabelecer a comunicação entre os envolvidos, de forma a favorecer a resolução completamente autônoma do conflito.

19 “Processo bilateral de resolução de impasses ou de controvérsias, no qual existe o objetivo de alcançar um acordo conjunto, através de concessões mútuas”. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.363).

20 CARVALHO, Gabriel Freitas Maciel Garcia de. A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, ano 15, n. 59, jul./set. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 157-183.

para garantir os seus interesses, como no caso de existir entre elas relevante desigualdade que impeça uma negociação horizontal, estiverem envolvidos direitos indisponíveis ou sujeitos incapazes.

Necessário ficar evidenciado, desse modo, que é definida a margem de atuação da Jurisdição civil. Sua limitação já é explícita, de plano, no condicionamento do exercício do direito de ação ao prévio requisito do interesse de agir - exigência à qual por vezes não se dá a importância devida -, que estabelece ser a provocação do oneroso aparato estatal possível somente nos casos em que seja efetivamente necessário, adequado e útil ao término da controvérsia.

O resultado dessa constatação, como se vê, não é a mitigação ou a obstaculização do acesso à justiça, mas justamente o contrário: é a compreensão de que o acesso à justiça é a vivência, por todos, de uma ordem jurídica justa, o que transcende, largamente, a faculdade de ter a lesão ou ameaça a direito apreciada pelo Poder Judiciário. O direito fundamental de acesso à justiça exige, portanto, do Estado, investimento em eficiência, efetividade e eficácia de todas as vias hábeis a fornecer, a cada um dos conflitos, a melhor solução possível.

### **3 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO DE PROMOVER A JUSTIÇA: EFICIÊNCIA, MORALIDADE E JURIDICIDADE NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

Se o reconhecimento dos limites da jurisdição na realização dos fins a que se propugna exige do Estado o investimento em soluções, dentro e fora do Judiciário, direcionadas a não tornar letra morta o direito de acesso à justiça, essa mesma causa tem, ainda, implicações especiais para a Administração Pública, já no que diz respeito à resolução de seus próprios descompassos.

A verificação do sobrecarregamento de processos no Judiciário e de seu impacto na redução da efetividade da jurisdição, o desenvolvimento de métodos alternativos capazes de garantir uma resposta mais rápida e adequada aos conflitos e o compromisso constitucional do Estado de promover a solução pacífica das controvérsias<sup>21</sup> são justificativas suficientes para também o Poder Público se engajar na busca de vias mais hábeis ao deslinde das contendas em que é parte.

21 Preceitos expressamente previstos no preâmbulo da Constituição de 1988 e, novamente, no seu art. 4º, VII (este, conquanto se dirija diretamente às relações internacionais da República Federativa do Brasil, reforçam a diretriz que deve pautar coerentemente toda a ação estatal).

A atuação extrajudicial da Administração Pública na resolução dos próprios conflitos, no entanto, ainda encontra no Brasil pesadas resistências embasadas, precipuamente, no receio de que a abertura para negociação e a consequente dispensa da decisão heterônoma, imperativa e definitiva apresentada pelo Judiciário ensejem a violação ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da sua supremacia sobre os interesses particulares.

A resolução alternativa dos desacordos protagonizados pelo Estado representaria, para essa corrente, a admissão do risco da livre disposição, pela Administração Pública, dos bens e dos interesses públicos, com afronta não só às suas prerrogativas, como aos direitos da coletividade como um todo<sup>22</sup>.

A preocupação não é de todo desarrazoada. Os princípios que cingem a atuação da Administração Pública, conquistas civilizatórias do Estado de Direito, convergem e são cogentes no sentido de que “os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade”<sup>23</sup>, sendo a Administração Pública deles exclusivamente gestora. Isto é, a representação política e todos os órgãos que a ela dão suporte não são mais, nem menos, do que uma procuração para o exercício de interesses alheios, e, sendo esses interesses necessariamente de um todo (da sociedade, do povo), são essencialmente públicos os seus “fundamentos, fins e limites”<sup>24</sup>.

Ocorre que a representatividade, instrumentalizadora da soberania popular e vinculada ao exercício do interesse público, posto que fundamental, não é mais bastante à configuração democrática do Poder Público.

A democracia inaugurada pelo Estado Democrático de Direito centra-se na proposição de que o poder que emana do povo e é exercido em seu proveito deve ser concretizado de forma o mais participativa e pluralista possível, tanto no processo decisório e na formação dos atos

22 Entre outros: WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. et al. *O direito de parceria e a lei de concessões*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 268.

23 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 72.

24 DESWARTE, Marie-Pauline. Intérêt general, bien commun. *Revue du droit public*. Paris, set.-out. 1988. p. 1309, citado por BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005. p. 68.



de governo, quanto na convivência de formas de organização e interesses distintos em sociedade<sup>25</sup>.

Sua plenitude exige da Administração Pública que todos os preceitos que a regem sejam qualificados pela participação dos cidadãos, pela sua aproximação aos serviços prestados e pela desburocratização administrativa<sup>26</sup>, o que representa um imprescindível abandono de uma concepção histórica de Administração autoritária e inflexível à realidade em que atua.

Tal processo deve-se ao progresso do constitucionalismo<sup>27</sup> – esse “*locus* privilegiado para o acontecer da democracia<sup>28</sup>” – que, no seu estágio mais avançado, na contemporaneidade, vem trazendo ao direito completas mudanças paradigmáticas, sintetizadas em três marcos fundamentais: como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de Direito (Estado Constitucional Democrático ou Estado Democrático de Direito), redefinindo a posição da Constituição nos ordenamentos jurídicos e a sua influência sobre as instituições contemporâneas; como marco filosófico, o pós-positivismo, com foco nos direitos fundamentais e na reaproximação entre Direito e ética; e como marco teórico, a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional<sup>29</sup>.

25 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 120.

26 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 65.

27 O constitucionalismo constitui-se como “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos” (CANOTILO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 51). No mesmo sentido, Lênio Luiz Streck: “pelas suas características contratualistas, vai se firmar como uma teoria que tem a Constituição como lei fundamental apta a limitar o poder, mas, mais do que isto, limitar o poder em benefício dos direitos” (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 225).

28 OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, 2004. p. 285-328, p. 291.

29 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265-289.

Para a Administração Pública, toda essa reconfiguração do direito e do Estado vem exigindo mudanças tão centrais - remetendo à necessidade de reestruturações tão profundas em seus dogmas, diretrizes e estruturas -, que, embora a crise que a assola não seja algo novo, permanece limitada a sua percepção e tímida a reação e adaptação à contemporaneidade. Isso se deve, essencialmente, ao fato de ter o processo de constitucionalização do direito administrativo confrontado, de forma direta, dois de seus paradigmas clássicos, longamente tidos como seus alicerces primários: o princípio da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o privado.

A legalidade tradicionalmente é vista no ordenamento jurídico brasileiro como a determinação de que “na Administração não há liberdade nem vontade pessoal<sup>30</sup>”. O preceito, como expõe Gustavo Binjenbojm, “costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescreve<sup>31</sup>”. Ou, nos consagrados termos da doutrina, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza<sup>32</sup>”.

A assunção da Constituição como centro do referencial normativo retirou da lei, no entanto, este posto privilegiado de vinculação e submissão completa à Administração, tornando-se necessário admitir que a atividade administrativa não está mais “sujeita a uma legalidade-em-si, mas ao Direito construído, desvelado e aberto a partir da pluralidade de indícios formais-constitucionais, materializados em valores, princípios e preceitos constitucionais<sup>33</sup>”.

As implicações imediatas são, a um só tempo, a ampliação do espaço de decisão da Administração Pública e o aprofundamento da limitação de sua conduta, ambos agora qualificados por um rico conjunto de princípios e direitos constitucionais com força normativa e aplicabilidade imediata. Impõe-se, assim, o aumento dos poderes do Estado, de modo a se tornar possível a tomada de soluções e de posições concretas para

30 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82-83.

31 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005. p. 55.

32 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82-83.

33 OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, 2004. p. 285-328, p. 320.

a plena realização dos objetivos constitucionais, e das responsabilidades estatais que, transcendendo os limites restritos e setorializados da lei, passam a ser integradas, em todos os seus atos, pela observância da isonomia, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, moralidade, eficiência e dos direitos e garantias fundamentais. A reconfiguração e expansão da noção de legalidade tende, logo, a “restringir a ação da Administração Pública não apenas pela lei, mas também pelos valores e princípios constitucionais<sup>34</sup>” e a “permitir a sua atuação quando, mesmo diante da ausência de lei infra-constitucional específica, os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação<sup>35</sup>”.

À saída do postulado da legalidade como padrão normativo supremo segue-se, portanto, a entrada do parâmetro constitucionalmente densificado da juridicidade (ou constitucionalidade). Supera-se, por conseguinte, a ideia limitada de sujeição positiva do administrador à lei, decorrente de uma “leitura convencional do princípio da legalidade<sup>36</sup>” e se reconhece que “o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário<sup>37</sup>”. Constata-se, finalmente, que “a função administrativa não tem o fim único de executar a lei, desempenhando amplo rol de atividades que propiciam serviços, bens, utilidades, dificilmente ‘enquadráveis’ nesta rubrica<sup>38</sup>”.

Não é por outra razão que o princípio da supremacia do interesse público, do mesmo modo que o da legalidade, passa a carecer de completa reformulação no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Quanto a ele, é de se questionar, na verdade, a sua própria sustentação no direito público brasileiro<sup>39</sup>.

34 ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n. 236, p. 51-64, p. 63.

35 Ibid.

36 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 399.

37 Ibid.

38 MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993. p. 53.

39 Como têm feito vários estudiosos, neste trabalho referenciados: ABOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 907, maio 201. p 61-119; ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O direito público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos*

A tradicional doutrina administrativista pátria sempre adotou a supremacia do interesse público, que proclamaria “a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular<sup>40</sup>”, como “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público<sup>41</sup>”.

De início, é de se notar, entretanto, a ausência de qualquer previsão constitucional que explicita o acolhimento, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do referendado princípio. A Constituição prescreve a moralidade e a impessoalidade – o que impede que se patrocine qualquer interesse particular ilegítimo, não só em prejuízo do interesse público, mas em qualquer circunstância – e até mesmo a restrição a alguns direitos individuais em prol de outros coletivos (normas comumente tidas como fundamentos implícitos para uma suposta supremacia do público sobre o particular)<sup>42</sup>. Em momento algum, contudo, o texto constitucional estabelece a premissa, ínsita ao princípio formulado, de que os interesses públicos devem preponderar sobre os privados<sup>43</sup>.

---

fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265-289; BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005.

40 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 58.

41 Ibid. No mesmo sentido, CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, jan. dez. 1968. p. 268; DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63-66; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007. p. 24 e 25.

42 Este o entendimento, por exemplo, de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual”. (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65) e de Fábio Medina Osório “Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa (...). De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais igualmente retrata um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular” (OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, v.1, n. 220. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2000. p. 69-107, p. 86 e 87).

43 Fábio Medina Osório, confrontando os que criticam o princípio, replica sustentando que “ninguém sustenta, salvo melhor juízo, a existência de um apriorístico e absoluto princípio de supremacia do interesse público sobre o privado”. Conclui, no entanto, afirmando que “a ação administrativa é pautada, finalisticamente, pela perseguição, inafastável do interesse público, que é, nessa medida, superior ao interesse privado notadamente quando se trata de restringir direitos individuais”. (Ibid, p.81 e 103). Ao que parece, portanto, o autor permanece sustentando a genérica sujeição dos interesses individuais aos coletivos. Caso contrário, admitindo-se a existência de regras e princípios no ordenamento jurídico suficientes a estabelecer quais direitos (coletivos ou individuais) incidem em cada caso, não parece restar fundamento para a sustentação do princípio.

Reside aí, aliás, uma falsa oposição. O contrário de se buscar, sempre, o interesse público como finalidade da ação estatal não é priorizar, a todo custo - e em afronta a qualquer exigência de proporcionalidade -, a suplantação do direito individual pelo coletivo.<sup>44</sup>

A própria dicotomia individual/coletivo, subjacente ao princípio, apresenta-se falha por ignorar que direitos individuais também são protegidos quando se protegem direitos coletivos - e vice-versa -, e, mais importante, por implicar a afirmação da ausência de interesse público na proteção dos direitos individuais. Nenhuma dessas assertivas, no contexto do constitucionalismo contemporâneo, sustenta-se. Afinal:

[...] a garantia e o exercício dos direitos fundamentais estão caracterizados por um entrecruzamento de interesses públicos e interesses individuais. A tutela da vida, da liberdade e da propriedade no Estado Constitucional é uma exigência legítima tanto do indivíduo como da comunidade, ou seja, existe no interesse público e no interesse privado. Esta conclusão é de fundamental importância para se impedir que a restrição a direito fundamental possa ser realizada com fundamento no interesse público. Deste modo, se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade. Tão logo algum direito fundamental seja lesionado também e sempre será afetado o interesse público<sup>45</sup>.

Nesses termos, não pode o interesse público, “partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional<sup>46</sup>”, ser senão a soma de ambos, conformando assim um rico feixe normativo de obrigações a serem observadas pela Administração Pública.

44 Como pontuou Gustavo Binbenojm “[...] não há como conciliar no ordenamento jurídico um ‘princípio’ que, ignorando as nuances do caso concreto, preestabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público.” (BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005. p. 65).

45 ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 907, maio 2011. p 61-119, p. 97.

46 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005. p. 68.

Abre-se, assim, à Administração Pública, novos parâmetros que devem servir de guia a todos os seus passos. A legalidade, antes obstáculo a qualquer vontade autônoma dos órgãos administrativos, convola-se em juridicidade, densificando e expandindo, em relação à Administração, o binômio poder/dever, e a conformação do interesse público afasta-se do inteiro arbítrio do administrador (no “velho dogma absolutista da verticalidade”<sup>47</sup> que pautaria a relação entre Administração Pública e particulares - ou, entre o soberano e seus súditos) e se perfaz, necessariamente, a partir dos direitos fundamentais e princípios constitucionalmente consagrados.<sup>48</sup>

Diante de tudo isso, a concepção de indisponibilidade do interesse público como insuscetibilidade de negociação, alienação ou renúncia de bens e direitos pela Administração Pública perde suas bases.

De fato, abandonando a clássica contraposição entre interesses individuais e coletivos e os paradigmáticos axiomas da supremacia do interesse público e da total subordinação do agir administrativo à lei<sup>49</sup>, não há como se estabelecer, em abstrato, uma vedação à transação de direitos públicos sem inviabilizar a concretização, pela Administração Pública, dos seus deveres constitucionais, malferindo, conseqüentemente, o próprio interesse público.

Ora, a própria definição completa do interesse público em uma sociedade pluralista e regida por uma constituição prolixa e eclética como a de 1988 só poderá ser conhecida, sob o influxo da obrigação do Estado de dar máxima eficácia aos direitos e garantias fundamentais, diante do caso concreto. Desse modo, não havendo como se declarar, aprioristicamente, a supremacia de alguns bens e direitos sem que se esvaziem preceitos constitucionais de igual porte<sup>50</sup> (já que inexistente

47 BINENBOJM, op. cit., p. 55.

48 Ibid., p. 54 a 56.

49 Ibid., p. 55.

50 Como concluiu Paulo Ricardo Schier, “também pela compreensão da Constituição como sistema, então, interesses (ou direitos) públicos e privados equiparam-se. Os interesses públicos não são superiores aos privados. Os privados não são superiores aos públicos. Ambos são reconhecidos na Constituição em condição de igualdade. Ambos encontra-se no mesmo patamar de hierarquia. Repise-se, pois, que se a Lei Fundamental, em algumas situações, ponderando princípios e direitos in abstrato, reconhece previamente a prevalência (jamais supremacia) de alguns interesses públicos, aí não está a autorizar a extração de um princípio geral de supremacia do interesse público sobre o privado. Se assim fosse, isto não explicaria os casos em que o Texto Fundamental faz a opção diversa; quando, ponderando in abstrato, reconhece previamente a prevalência dos direitos, liberdades e garantias individuais perante o Estado, como parece ser a regra. Em tais situações por que então não se falar de um princípio geral da

hierarquia entre direitos constitucionais<sup>51</sup>), inexistente sentido em afirmar que são todos eles insuscetíveis de negociação, alienação ou renúncia (sob pena de, aí sim, renunciar-se ao interesse público). Seria admitir, de plano, que a Constituição nem sempre será respeitada e concretizada.

A noção mais moderna de indisponibilidade do interesse público, nesse sentido, tem o condão apenas de asseverar a titularidade pública dos bens e direitos – o que, na verdade, já está consagrado como fundamento da República no art.1º da Constituição –, e de lembrar ao Poder Público, por conseguinte, que ele não tem a mesma liberdade que os particulares, no que diz respeito ao uso e gozo de bens e direitos exclusivamente privados, na gestão dos interesses de titularidade pública – o que, por sua vez, já se explicita nos princípios que regem a Administração Pública, no art. 37 do texto constitucional.

O que se espera da Administração Pública é a capacidade de fazer frente eficazmente às demandas da sociedade consolidadas no texto constitucional e, para tanto, a disponibilidade de bens e direitos é mais uma ferramenta possível, quando qualificada pelos critérios da necessidade, utilidade e razoabilidade, devendo ser ressaltado o equívoco que é confundir disponibilidade de direitos patrimoniais, sejam eles geridos pelo Estado ou pelo particular, com ofensa ao interesse público<sup>52</sup>.

Em suma, não há justificativa para se impedir o Estado de dar a melhor resposta a um embate pelo simples fato de ser coletiva a titularidade do interesse por ele gerido, já que tal imobilização irrestrita pode se mostrar justamente derogadora dos mandamentos constitucionais.

É dizer, se “a proclamada ‘supremacia do interesse público’ cede diante dos direitos fundamentais, porque estes constituem limites à atuação dos três poderes tanto na sua defesa como na sua promoção<sup>53</sup>”, ordena-se ao Estado que, caso cometa lesão a direito (individual ou

---

supremacia do interesse privado sobre o público?” (SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 845, mar. 2006. p. 22-36, p. 30).

51 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 181-198.

52 GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 313, p. 303-314.

53 ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 907, maio 2011. p 61-119, p. 103.

coletivo), renuncie ao direito de ação ou a seus interesses secundários<sup>54</sup> e concretize, autonomamente, o direito fundamental do cidadão de acesso à justiça.

Nesse contexto, se a busca por soluções mais céleres, autônomas e efetivas dos conflitos é vantajosa aos particulares, para o Estado ela não só não ofende qualquer postulado do direito administrativo como se traduz em mandamento expressamente posto pela Constituição brasileira, que impõe à Administração Pública a moralidade, a eficiência e a juridicidade como parâmetros necessários de sua conduta.

Uma Administração proba não é, em uma realidade em que todas as instituições são formadas por humanos (demasiadamente humanos), aquela que não comete equívocos no exercício cotidiano de seus atos (embora deva ser cada vez mais fortalecida e assessorada para que não o faça), mas aquela que os identifica e atua eticamente no sentido de corrigi-los ou repará-los, quando cabível.

Uma Administração eficiente, por sua vez, é aquela que não apenas está atenta aos custos da execução dos serviços públicos e do poder de polícia, mas aquela que ativamente busca a “melhor maneira pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos sejam aplicados da forma mais racional possível”<sup>55</sup>.

Como resultado, em se tratando da finalização dos confrontos de que faz parte, uma Administração ética e eficiente deve se voltar, primariamente, à plena restauração e reparação dos direitos por ela lesados, e buscar, diante dos constatados ônus de movimentação da máquina judiciária, alternativas que tornem essa tarefa menos custosa possível para todas as partes.

O respeito ao direito pelo Estado, que o simboliza, mais do que dever ordinário, é mandamento de execução pedagógica e exemplar e deve ser perseguido tanto de modo a não violá-lo, quanto a imediata e devidamente repará-lo em caso de lesão, sob pena de grave descrédito de todo o sistema jurídico.

---

54 Lembrando que o denominado interesse público ainda se multiplica em interesses primários, “o plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” e secundários, tipicamente “patrimoniais e instrumentais aos primeiros” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 55).

55 CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 70.



Nesses termos, se ao particular a provocação do Judiciário somente se justifica quando fracassados os instrumentos idôneos de que dispõe para resolver autonomamente e pacificamente suas próprias controvérsias, é qualificado o condicionamento à utilização dessa via pelo Estado, já que se dispor à melhor conclusão de seus litígios é decorrência da moralidade, eficiência e juridicidade, além de reforço à cidadania, a que o Poder Público tem a função de defender e promover.

Conclui-se que o Estado deve sempre buscar, primordialmente, e de forma modelar, a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, clamor que, aliás, não é novidade internacionalmente, como demonstra Resolução datada de 28-12-2001 do Conselho de Ministros Português (nº 175/2001) que dispõe:

Exigem [a democracia e a cidadania] que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitraré quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa.

Certamente, essa busca não deve autorizar, em nenhum momento, o abandono, pelo Estado, de seu papel de tutor do interesse público. À Administração é vedada a realização de acordos e concessões espúrias, ofensivas ao interesse público, não por ser a transação incompatível com a supremacia desse interesse, mas porque nenhuma escolha administrativa pode se dar em violação à impessoalidade e à moralidade. Por outro lado, o Poder Público, em caso de lesão a direito, não pode deixar de oferecer a solução mais eficiente e efetiva para o conflito justamente por ser público o interesse no respeito à juridicidade e na concretização da justiça.

Em suma, não ultrapassando os limites, nem desprezando os fundamentos e fins que regem os atos da Administração Pública, a autocomposição dos litígios no âmbito do direito público apresenta-se em harmonia com um direito administrativo constitucionalizado, em franca realização do Estado Democrático de Direito. Trata-se do abandono tanto dos resquícios de um regime liberal, definidor da Administração Pública como uma instância de ameaça e restrição constante à liberdade

dos indivíduos<sup>56</sup>, quanto de uma dogmática clássica fundada no ato de autoridade e no arbítrio. Inaugura-se, pois, uma feliz – para o público, para a sociedade – evolução do modo de agir da Administração Pública<sup>57</sup>.

#### 4 EXPERIÊNCIAS DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA<sup>58</sup>

Apesar da resistência de parcela dos administrativistas, que prosseguem apegados a uma visão estrita de legalidade e ao postulado da supremacia do interesse público, a compreensão do nexo existente entre a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos no âmbito do direito público e a realização da democracia constitucional já tem se expandido e gerado efeitos no direito brasileiro.

No campo legislativo, são várias as previsões expressas nesse sentido, como as atinentes aos contratos administrativos, em que tem se estabelecido a possibilidade de inclusão de cláusulas que prevejam o emprego de mecanismos de encerramento amigável das disputas contratuais (Lei 8.987 de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, art. 23-A; Lei 9.472 de 1997, voltada à organização dos serviços de telecomunicações, art. 93, XV; Lei 10.233 de 2001, disciplinadora dos transportes aquaviário e terrestre (art.35, XVI), entre outras).

Além de normas gerais como essas, identifica-se, igualmente, uma série de autorizações para composição e extinção de pendências em situações concretas, como a Lei federal 10.667 de 2003 que autorizou a Fundação Nacional de Saúde a realizar transação com os substituídos em processo coletivo para a sua reintegração e pagamento dos vencimentos atrasados (art. 23).

56 OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, 2004. p. 285-328, p. 290.

57 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v.8, n.32, p. 31-50, abr. 2008. p. 110.

58 Os exemplos de atuação da Administração Pública na prevenção de litígios aqui citados encontram-se descritos no site do Prêmio Innovare, projeto que visa a identificação, premiação e disseminação de práticas inovadoras realizadas por magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e advogados voltadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e do acesso à justiça no Brasil. Nos três casos apresentados, foram relatados como relevantes obstáculos à implementação das respectivas ideias a cultura da judicialização existente internamente à própria Administração Pública e o desconhecimento da importância da advocacia pública preventiva. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

Trata-se de aberturas normativas que sinalizam o reconhecimento, pelo Estado, das formas de resolução alternativa de conflitos e a opção pela atuação consensual. Sem embargo, são, ainda, soluções acanhadas, mormente por se apresentarem desacompanhadas de desenhos institucionais que viabilizem estruturas permanentes, capazes não só de atender a demanda pela desjudicialização como de estimulá-la e instigá-la.

É essencial, portanto, a esses modelos a permeabilidade a uma atuação mais direta da Administração Pública, consagrando-lhe o poder/dever de conferir soluções mais eficientes e adequadas aos casos concretos.

Como elucida Onofre Alves Batista Júnior:

As transações administrativas pressupõem a possibilidade de verificação das peculiaridades do caso concreto para a formatação de solução de maior eficiência, em face das dificuldades decorrentes da aplicação mecânica da lei mais genérica. Não deve ser o Legislativo, à luz da doutrina mais moderna da separação dos poderes, o órgão mais adequado para verificação das minúcias dos casos concretos<sup>59</sup>.

Importa conhecer e divulgar, nesse sentido, as experiências práticas brasileiras em que houve efetiva opção, por parte da Administração Pública, pela estruturação de aparato voltado à prevenção e terminação de litígios, em observância aos ditames da eficiência, moralidade e juridicidade.

#### 4.1 JUNTA ADMINISTRATIVA DE INDENIZAÇÕES

O Município de Porto Alegre foi pioneiro ao instituir, em 28 de dezembro de 1999, uma estrutura administrativa voltada para o término de conflitos, por meio da Junta Administrativa de Indenizações (JAI). Instalada na Procuradoria-Geral do Município e constituída exclusivamente por advogados públicos, o órgão tem competência para analisar e deferir pedidos de indenizações formulados pelos cidadãos, decorrentes de danos causados por agentes vinculados à Administração Direta do Município, em observância aos termos do art. 37, § 6º da Constituição da República.

59 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 508

O deferimento administrativo, que não tem limite de valor, está condicionado à apuração da responsabilidade incontroversa do Município, feita pela própria JAI, que tem poderes de diligenciar junto aos demais órgãos municipais, requisitar auxílio técnico pericial e promover a oitiva de testemunhas<sup>60</sup>.

Os pedidos de indenização, ensina o ex-Procurador Geral do Município de Porto Alegre e idealizador da Junta, Rogério Favreto, são apresentados pelo interessado, de quem não se exige a constituição de advogado, bastando a apresentação de formulário padrão disponibilizado pelo Município<sup>61</sup>, acompanhado da documentação referente ao pedido<sup>62</sup>.

A solução extrajudicial do conflito pode se dar por meio de transação, com o oferecimento de indenização parcial pela JAI caso haja algum impedimento à apuração integral da responsabilidade do Município ou seja constatada culpa concorrente da vítima, ou por meio do reconhecimento do pedido, pela Administração Pública, com o deferimento do pagamento do valor pleiteado, mediante a assinatura de termo de quitação pelo cidadão, que renuncia a qualquer outro eventual direito de indenização decorrente do fato objeto da indenização administrativa<sup>63</sup>.

A iniciativa é um exemplo de disponibilização pelo Poder Público de um mecanismo alternativo ágil (decorre uma média de 90 dias entre a protocolização do pedido até o efetivo pagamento), desburocratizado e gratuito de acesso à justiça<sup>64</sup>.

O benefício patrimonial ao interesse público, segundo João Batista Linck Figueira, é evidenciado na diminuição dos pleitos judiciais ajuizados em face do Poder Público, com conseqüente economia no pagamento de

---

60 FAVRETO, Rogério. Indenização Administrativa: Dever do Estado na Defesa do Interesse Público e da Cidadania. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, n.18, out. 2004. p. 143-163, p.151.

61 Requerimento entregue no Protocolo central da Prefeitura, contendo instruções no verso sobre sua formalização e documentação a ser anexada.

62 FAVRETO, Rogério. Indenização Administrativa: Dever do Estado na Defesa do Interesse Público e da Cidadania. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, n.18, out.2004. p. 143-163, p. 152.

63 *Ibid.*, p. 152

64 FIGUEIRA, João Batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações - justiça cêlere no Município de Porto Alegre*. Projeto enviado à VII Edição do Prêmio Inovare, Porto Alegre, 2010.

custas processuais, honorários advocatícios e juros<sup>65</sup>. (até hoje, cerca de 70% dos pedidos foram considerados legítimos e deferidos pela Junta<sup>66</sup>).

A medida contribui, além disso, para a autotela da Administração Pública e para o aperfeiçoamento das políticas públicas, ofertando um diagnóstico dos serviços e das ações e omissões dos agentes públicos.

Ao mesmo tempo, propicia maior rigor no controle interno dos atos administrativos, bem como orienta uma atuação preventiva junto aos servidores responsáveis pelos erros e falhas diagnosticadas em áreas de maior incidência de lesão aos direitos dos particulares, gerando também, economia aos cofres públicos<sup>67</sup>.

Seguindo o exemplo de Porto Alegre, a Junta Administrativa de Indenizações (JAI) já foi criada em Belo Horizonte, por meio do Decreto nº 14.971, de 6 de agosto de 2012, e no município de São Paulo, pelo Decreto municipal nº 53.066 de 04 de abril de 2012.

#### 4.2 COMITÊ INTERINSTITUCIONAL DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE DEMANDAS DA SAÚDE

Iniciativa que envolveu, no Rio Grande do Norte, a Procuradoria e a Defensoria Pública da União, a Procuradoria Geral do Estado e do Município do Natal, a Secretaria de Estado da Saúde Pública e a Secretaria Municipal de Saúde do Natal, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (CIRADS), criado em 22 de julho de 2009<sup>68</sup>, é outra tentativa de se promover a resolução alternativa de conflitos pela Administração Pública. Consistiu em um acordo de cooperação técnica entre órgãos jurídicos e do Poder Executivo da área da saúde, com o objetivo de buscar soluções estatais conjuntas para o atendimento do cidadão insatisfeito com as políticas públicas de saúde.

O procedimento inicia-se com a provocação da Defensoria Pública da União, precipuamente, ou de qualquer órgão parceiro, por parte de cidadão que, por algum motivo, não teve a sua postulação atendida pelo

65 FIGUEIRA, op. cit.

66 Disponível em: < [http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=11886](http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=11886)>. Acesso em: 19 de dezembro de 2012.

67 FAVRETO, op. cit., p. 150.

68 PINHEIRO, Thiago Pereira. *Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – Cirads*. Projeto com menção honrosa na VII Edição do Prêmio Inovare. Natal, 2010.

Sistema Único de Saúde. Verificando a possibilidade de falha no serviço ou de existência, no próprio SUS, de alternativa viável ao pleito, o órgão suscitado submete a reclamação, por endereço eletrônico, diretamente aos membros do CIRADS.

Caso se verifique a possibilidade de atendimento imediato do pedido, a Secretaria de Saúde responsável dá o encaminhamento necessário para que o cidadão seja imediatamente atendido. Outros casos são resolvidos em reuniões, normalmente quinzenais, nas quais são sugeridas alternativas dentro do SUS.

O projeto resultou em uma média de definição extrajudicial de 50% dos casos analisados<sup>69</sup>, com a correspondente redução do número de ações judiciais para a prestação de serviços de saúde que poderiam ter sido efetivados espontaneamente pelo Estado e não o foram por circunstâncias que por vezes fogem ao controle dos agentes diretamente envolvidos nas áreas fins das políticas públicas.

A maior inovação da prática, conforme relata o seu primeiro coordenador, o Advogado da União Thiago Pereira Pinheiro, foi o desenvolvimento de um “ambiente democrático de diálogo” dentro do próprio Poder Público, o que estimulou a criação de soluções gerais para os problemas identificados no SUS local e uma cultura de conciliação administrativa em benefício dos usuários do sistema público de saúde.

#### **4.3 CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL**

Na esfera federal, aqui envolvendo exclusivamente órgãos estatais, foi criada pelo Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007 e estruturada pelo Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010 a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF)<sup>70</sup>.

---

69 PINHEIRO, op. cit.

70 As ações voltadas para a conciliação na Administração Pública iniciaram-se com a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e com a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, que trouxeram disposições destinadas a evitar que a solução de controvérsias se transferisse para a esfera judicial. Em seguida, a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, em seu art. 11, incumbiu o Advogado-Geral da União do dever de adotar todas as providências necessárias a que se deslinem os conflitos em sede administrativa. Em 3 de outubro de 2002, por meio da Medida Provisória nº 71, foi criada a Câmara de Conciliação da Administração Federal na Advocacia-Geral da União. A concretização do projeto se deu com a criação, em 2007, da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF.

Trata-se de órgão da Consultoria-Geral da União voltado à resolução de controvérsias por meio de cooperação entre órgãos e entidades públicas federais, ou entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios<sup>71</sup>.

Para início das atividades conciliatórias, é encaminhado pedido de atuação da Advocacia-Geral da União por Ministros de Estado, dirigentes de entidades da Administração Federal Indireta, Consultor-Geral da União, Procurador-Geral da União, Procurador Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários Gerais de Contencioso e de Consultoria e Governadores ou Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (art. 2º Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008). O processo realiza-se por meio da identificação dos pontos conflituosos entre os sujeitos interessados e da busca, com auxílio de terceiro conciliador, de uma solução acordada entre os sujeitos envolvidos, com a elaboração final de termo subscrito pelo Advogado-Geral da União e pelos representantes jurídicos máximos dos entes federados envolvidos (Art. 9º da Portaria citada).

A proposta, segundo a Advogada da União e ex-Diretora da CCAF, Helia Maria de Oliveira Bettero, proporcionou uma maior interação entre os diversos órgãos e entidades da Administração Federal, disseminando a cultura de pacificação dentro da Administração Pública, evitando a judicialização e retirando do Poder Judiciário outras ações já judicializadas. Foi relatado, por fim, ganho de eficiência na comunicação, gestão e execução dos serviços dentro da Administração Federal<sup>72</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

A composição autônoma de controvérsias, por todos os sujeitos sociais, configura exercício da autonomia em seu sentido radical: a criação do direito pelos próprios destinatários das normas. Esse o fundamento da democracia, da liberdade e da própria conformação contemporânea do Estado brasileiro. Significa a atuação direta e dialógica na busca de um melhor termo, no que diz respeito à titularidade de direitos, para os dissensos e disputas naturalmente verificados nas relações intersubjetivas.

71 Art.18, III Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

72 BETTERO, Helia Maria de Oliveira. *Conciliação na Administração Pública Federal*. Projeto com menção honrosa na V Edição do Prêmio Inovvare, Brasília, 2008.

A adoção desse mecanismo pelo Estado, no que concerne aos embates em que esteja diretamente envolvido, não é nada mais do que a realização do interesse público na promoção da justiça, um tributo à eficiência, à moralidade e à juridicidade na atuação administrativa.

Sua possibilidade está condicionada a uma superação da clássica dicotomização entre direitos individuais e coletivos, que não mais se sustenta diante de um direito administrativo constitucionalizado, cujo sustentáculo no interesse público só se dá a partir da sua densificação pelos direitos fundamentais.

Nesse contexto, a negociação, a transação, a renúncia e o reconhecimento do direito do particular pela Administração Pública deixam de ser vistos como males a serem evitados, ou mesmo como faculdades ao puro arbítrio do administrador, para se constituírem em instrumentos de utilização cogente quando se está diante de falha do Estado ou de situação em que a máxima efetividade constitucional se dará pela escolha de via alternativa à judicial para o encerramento dos antagonismos.

A importância do Judiciário, relevante que é na consolidação da democracia, certamente não deixa de existir, seja para o desfazimento de desavenças que não poderão prescindir da atuação do Estado-juiz ou para a utilização de mecanismos coercitivos ou cautelares que dependam da atuação estatal. Igualmente relevante é a postura do advogado que, consciente da litigiosidade e dos seus males, deve atuar como propulsor de acordos, em vez de litígios, e como braço técnico às vezes indispensável na viabilização do diálogo em pé de igualdade entre os indivíduos.

Sem dúvidas, a mudança de uma sociedade litigiosa para uma sociedade pautada por métodos emancipados de se viver o direito é sinal de amadurecimento do próprio Estado e constitui inestimável ganho de cidadania. Conduz a ambos, sociedade e Estado brasileiros, finalmente, à realização da cara autoafirmação, já há 25 anos estampada na folha de rosto da Carta da República, de que se está diante de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias.

Para tanto, impõe compreender que uma Administração Pública pautada pela eficiência, ética e juridicidade é aquela que, republicaneamente, assume como sua a responsabilidade – primária e exemplar – pela solução efetiva de seus conflitos.



**REFERÊNCIAS**

- ABBOUD, Georges. O mito da supremacia do interesse público sobre o privado: a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para se autorizar restrição a direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 100, v. 907, maio 2011.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n. 236.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *O direito público em tempos de crise: Estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. [discurso de paraninfo dos formandos da Faculdade de Direito de S. Paulo, em 1920]. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BETTERO, Helia Maria de Oliveira. *Conciliação na Administração Pública Federal*. Projeto com menção honrosa na V Edição do Prêmio Inovvare, Brasília, 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./dez. 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Processual Geral*, Rio de Janeiro, v. 59, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Consultoria-Geral da União*. Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF: cartilha. Brasília: AGU, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

CARVALHO, Gabriel Freitas Maciel Garcia de. A aplicabilidade da multa por litigância de má-fé aos advogados atuantes no processo. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte: Fórum, ano 15, n. 59, jul./set. 2007.

CHIAVENATO, Idalberto. *Recursos humanos na Empresa: pessoas, organizações e sistemas*. São Paulo: Atlas, 1994.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números – Série Histórica 2004-2008*.

CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, jan./dez. 1968.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008.

FAVRETO, Rogério. Indenização Administrativa: Dever do Estado na Defesa do Interesse Público e da Cidadania. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*. Porto Alegre: CEDIM: Unidade Editorial da Secretaria Municipal da Cultura, n.18, out. 2004.

FIGUEIRA, João Batista Linck. *Junta Administrativa de Indenizações - justiça célere no Município de Porto Alegre*. Projeto enviado à VII Edição do Prêmio Inovvare, Porto Alegre, 2010.

- JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o poder judiciário brasileiro. In: *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior* / Coordenadores: Ada Pellegrini Grinover et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *II Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: 2006.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 231, jan./mar. 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da Justiça: alguns mitos*. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Uma Nova Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, abr./jun. 2002.
- NETTO, Luisa Cristina Pinto e. Interesse público e administração concertada. *Revista de direito municipal*. Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./mar. 2003.
- OHLWEILER, Leonel. O contributo da jurisdição constitucional para a formação do regime jurídico-administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, 2004.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: *Direitos humanos e democracia*. CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (coordenadores.) Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI:

fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, v.8, n.32, abr. 2008.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo Brasileiro? *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, v.1, n. 220, abr./jun. 2000.

PINHEIRO, Thiago Pereira. *Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde – Cirads*. Projeto com menção honrosa na VII Edição do Prêmio Inovvare. Natal, 2010.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANDER, Frank E. A. & RODZDEICZER. Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach. *11 Harvard Negotiation Law Review*, v. 11, 2006. Disponível em: <<http://www.hnlr.org>>. Acesso em: 03 jan. 2013.

SANTOS, Boaventura et al. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_30/rbcs30\\_07.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_30/rbcs30_07.htm)>. Acesso em: 20 dez. de 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 95, v. 845, mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica. *Uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista da Academia Mineira de Letras Jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, 2007.

WALD, Arnold; MORAES, Luiza Rangel de. et al. *O direito de parceria e a lei de concessões*. São Paulo: Saraiva, 2004.

# FEDERALISMO FISCAL EM PERSPECTIVA COMPARADA

*FISCAL FEDERALISM IN COMPARATIVE PERSPECTIVE*

*Matheus Carneiro Assunção*

*Procurador da Fazenda Nacional*

*Mestre em Direito Econômico e Financeiro e Especialista em Direito Tributário  
pela Universidade de São Paulo – USP*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Modelos internacionais de Federalismo Fiscal; 1.1 Estados Unidos; 1.2 Canadá; 1.3 Alemanha; 1.4 Itália; 1.5 Espanha; 1.6 Argentina; 1.7 México; 1.8 Austrália; 2 O Federalismo Fiscal no Brasil; 3 Conclusões; Referências.

**RESUMO:** Este artigo explora diferentes experiências internacionais de federalismo fiscal, relacionando os principais aspectos dos modelos adotados nos Estados Unidos, no Canadá, na Alemanha, na Itália, na Espanha, na Argentina, no México, na Austrália e no Brasil, em uma perspectiva comparativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Federalismo Fiscal. Transferências Intergovernamentais. Equalização. Receitas Tributárias.

**ABSTRACT:** This article explores different international experiences of fiscal federalism, relating the main aspects of the models adopted in the United States, Canada, Germany, Italy, Spain, Argentina, Mexico, Australia and Brazil, in a comparative perspective.

**KEYWORDS:** Fiscal Federalism. Intergovernmental Transfers. Equalization. Tax Revenues.

## INTRODUÇÃO

O federalismo atualmente é parâmetro de formatação de pelo menos 25 países no mundo, que juntos representam cerca de 40% da população mundial, incluindo as maiores e mais complexas democracias do planeta<sup>1</sup>. Um vasto leque de modelos de financiamento dos entes federados pode ser, pois, observado.

Conquanto existam arranjos financeiros próprios em cada um desses países, é possível identificar traços comuns e sublinhar aspectos interessantes para uma abordagem comparativa entre diferentes experiências internacionais de federalismo fiscal, inclusive a brasileira.

Nas linhas seguintes, procuraremos cotejar alguns dos principais aspectos dos modelos de federalismo fiscal adotados nos Estados Unidos, no Canadá, na Alemanha, na Itália, a Argentina, no México, na Austrália, e no Brasil.

## 1 MODELOS INTERNACIONAIS DE FEDERALISMO FISCAL

### 1.1 ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, berço do federalismo dualista (*dual federalism*), o padrão das relações federativas foi redesenhado a partir do governo Roosevelt, com o incremento da ajuda federal aos Estados, construindo os pilares do chamado “novo federalismo” (*new federalism*), de caráter mais cooperativo.

O auxílio aos entes subnacionais aumentou consideravelmente a partir da década de 1930 (pós-crise de 1929). Conforme destaca Bruce Wallin<sup>2</sup>, em 1932 os governos municipais tinham nas transferências federais e estaduais 9,2% das suas receitas, ao passo que em 1972 este percentual já era de 33%, chegando ao patamar de 39,6% em 1977, circunstância que denota a mudança de uma posição de independência financeira para uma extrema dependência de transferências de outros níveis de governo.

---

1 FORUM OF FEDERATIONS. Federalism by country. Disponível em: <<http://www.forumfed.org/en/federalism/federalismbycountry.php>>. Acesso em: 19 jul. 2012.

2 WALLIN, Bruce A. *From revenue sharing to deficit sharing: revenue sharing and cities*. American Governance and Public Policy Series. Washington: Georgetown University Press, 2007. p. 3.

Os Estados passaram a contar com substanciais parcelas das receitas federais, sob a forma de transferências intergovernamentais de caráter geral ou de propósito específico (*general and program-specific grants-in-aid*), sendo permanente o papel do governo federal na assistência aos Estados e governos locais: desde o início da República, em virtude do *Hatch Act* de 1887, o Congresso proporcionou o fornecimento de auxílios federais para financiar os governos estaduais<sup>3</sup>.

A maioria das transferências (*grants-in-aid*) tinha destinação específica, gerando baixo grau de autonomia das entidades locais para decidir a forma do gasto. Em reação a esse modelo, o governo Nixon propôs um novo federalismo (*new federalism*), lastreado na premissa de que os governos locais são mais próximos da população, e a descentralização poderia permitir o surgimento de soluções criativas para problemas específicos de cada localidade. O povo, por meio dos seus representantes eleitos, teria o poder de determinar, conforme suas demandas, quais funções e serviços públicos seriam mais adequados para o bem-estar da coletividade.

Com o *State and Local Fiscal Assistance Act of 1972*, conhecido como *General Revenue Sharing Program*, significativa parte das receitas federais passaram a ser destinadas para distribuição aos governos locais, automaticamente (“por fórmula”) e de forma incondicionada, ou seja, estes eram livres para gastar os valores transferidos da como bem entendessem.

Em 1983, o então presidente Ronald Reagan propôs mais um “novo federalismo”, destinado a restabelecer o papel dos Estados e dos governos locais de “laboratórios dinâmicos de mudança numa sociedade criativa”, mediante: (i) transferência de programas importantes empreendidos pelo governo federal para os governos estaduais; (ii) substituição de “subvenções categóricas” (*categorical grants*), concedidas

---

3 De acordo com J. BLACKMUN: “On the one hand, States have been able to direct a substantial proportion of federal revenues into their own treasuries in the form of general and program-specific grants in aid. The federal role in assisting state and local governments is a longstanding one; Congress provided federal land grants to finance state governments from the beginning of the Republic, and direct cash grants were awarded as early as 1887 under the Hatch Act.” (Supreme Court of the United States. *Garcia v. San Antonio Transit Authority*, 469 U.S. 528, p. 552). In: LANDMARK PUBLICATIONS. *Federalism: historic US Supreme Court decisions*. Kindle Edition, 2011.



para fins delimitados e condições específicas, por “subvenções em bloco” (*block grants*), que possuam restrições menores<sup>4</sup>.

O federalismo fiscal norte-americano estrutura-se atualmente com base na legislação infraconstitucional e na interpretação jurisprudencial, não havendo disposição sobre repartições de receitas e transferências intergovernamentais no texto constitucional, o qual é bastante objetivo e sintético. Daí a maior facilidade de adaptações e ajustes dinâmicos, em compasso com as necessidades conjunturais da sociedade.

## 1.2 CANADÁ

No Canadá, a Seção 36 do Ato Constitucional (*Constitution Act*) de 1982, sob o título “Equalização e Disparidades Regionais” (*Equalization and Regional Disparities*), prevê o compromisso dos entes federados de promoverem conjuntamente a igualdade de oportunidades para os cidadãos, o desenvolvimento econômico para reduzir as disparidades existentes, e o fornecimento de serviços públicos essenciais em níveis razoáveis de qualidade para todos os canadenses. A realização de transferências financeiras equalizadoras é colocada como princípio a ser observado pelo Parlamento e pelo governo, visando ao alcance desses objetivos<sup>5</sup>. Segundo Robin Boadway<sup>6</sup>, trata-se de pré-requisito tanto para a eficiência econômica interna quanto para o objetivo da equidade, consubstanciado no tratamento igual entre iguais em todas as partes da Federação.

4 SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano atual*. Tradução de: Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984. p. 65.

5 Dispõe a Constituição do Canadá:“(1) Without altering the legislative authority of Parliament or of the provincial legislatures, or the rights of any of them with respect to the exercise of their legislative authority, Parliament and the legislatures, together with the government of Canada and the provincial governments, are committed to (a) promoting equal opportunities for the well-being of Canadians; (b) furthering economic development to reduce disparity in opportunities; and (c) providing essential public services of reasonable quality to all Canadians. (2) Parliament and the government of Canada are committed to the principle of making equalization payments to ensure that provincial governments have sufficient revenues to provide reasonably comparable levels of public services at reasonably comparable levels of taxation.” In: CANADA. Constitution Act, 1982. Disponível em: <[http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const\\_index.html](http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const_index.html)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

6 Nas palavras do autor: “As such, it is a prerequisite for both efficiency in the internal economic union and the important equity objective of equal treatment of equals in all parts of Canada. Equalization should facilitate the decentralization of fiscal responsibilities to provincial and local governments, which is a defining characteristic of federations.” In: BOADWAY, Robin. *How well is the equalization system reducing fiscal disparities?* Queen’s University, Kingston, 2004. p. 1. Disponível em: <<http://www.econ.queensu.ca/pub/faculty/boadway/PEI-equalization.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

A busca da equidade é um dos aspectos essenciais do federalismo fiscal canadense<sup>7</sup>, e as transferências equalizadoras (*equalization transfers*) o principal instrumento utilizado para essa finalidade. No contexto de uma Federação com assimetrias culturais intensas (diversidade de tradições e mesmo de idioma), o êxito no alcance dessa finalidade é determinante para a coesão e harmonia interna.

Historicamente, as transferências intergovernamentais tornaram-se parte importante do sistema federativo canadense a partir da década de 1950, após a Segunda Guerra Mundial, quando o governo federal passou a instituir vários programas sociais, destinando receitas para subsidiá-los. Ao longo das décadas seguintes, o sistema de transferências foi sendo aperfeiçoado e reestruturado. Na década de 1990, as transferências de propósito geral (*general purpose transfers*) e finalidade equalizadora pautavam-se em três critérios: população, capacidade fiscal e necessidade, levando em consideração 33 (trinta e três) diferentes fontes de receita<sup>8</sup>.

Em 2002, a Comissão de Quebec sobre Desequilíbrio Fiscal (*Quebec's Commission on Fiscal Imbalance*) argumentou que, em virtude de pressões demográficas, algumas províncias enfrentavam crescentes despesas em áreas como saúde e educação, mas falta de acesso suficiente às fontes de recursos para cobrir tais necessidades, concluindo que a disjunção entre a capacidade de arrecadação (*revenue-raising capacity*) e as despesas públicas obrigatórias ensejam vários problemas<sup>9</sup>.

Uma nova reforma (*New Framework*) foi feita em 2004, criando um sistema de transferências com valores fixos (*fixed-sum program*) e patamares mínimos globais. O modelo acabou sendo duramente criticado, principalmente por privilegiar as regiões ricas em recursos naturais. Isto porque a fórmula de equalização levava em conta vários elementos, mas não a capacidade de algumas províncias de obtenção de receitas oriundas da exploração de recursos naturais, agravando o desequilíbrio horizontal (*horizontal imbalance*).

7 Cf. SOSSIN, Lorne. Is vertical equity a virtuous end? In: CHOUDHRY, Sujit et al. (ed.). *Dilemmas of solidarity: rethinking redistribution in the canadian federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006. p. 116-123.

8 KRELOVE Russell et. al. Canada. In: TER-MINASSIAN, Teresa *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997. p. 213-215.

9 CHOUDHRY, Sujit et al. *Dilemmas of solidarity: rethinking redistribution in the canadian federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006. p.3.

Se, por um lado, a solidariedade expressa por meio de transferências equalizadoras é insuficiente para proporcionar verdadeira autonomia financeira para as províncias, por outro, considerando que elas possuem diferentes realidades, soluções “one size fits all” revelam-se totalmente inapropriadas<sup>10</sup>. Especificidades típicas do arranjo federativo canadense não poderiam ser desprezadas na definição da partilha de receitas.

Em meio às críticas do sistema de transferências instituído em 2004, o governo anunciou logo em 2005 a criação de um grupo de especialistas para realizar uma revisão do programa de equalização. Os critérios de equalização foram amplamente discutidos em painéis de experts (Expert Panel on Equalization and Territorial Formula Financing), que resultaram em um relatório final consolidado pelo Ministério das Finanças<sup>11</sup>.

O relatório elenca os seguintes princípios como diretrizes para a melhoria do sistema de transferências equalizadoras: a) consistência (consistency); b) justiça (fairness); c) adequação (adequacy); d) capacidade de resposta (responsiveness); e) neutralidade política (policy neutrality); simplicidade (simplicity); f) transparência (transparency); g) previsibilidade (predictability); h) estabilidade (stability); i) responsabilidade fiscal (accountability).

No ano de 2007, novos standards de equalização foram fixados, desta feita levando em consideração as receitas decorrentes de royalties do petróleo<sup>12</sup> na definição da capacidade fiscal das províncias. A capacidade fiscal é calculada com base em uma estimativa de quanto cada província poderia gerar de receitas tributárias per capita. O sistema de transferências incondicionais para províncias com baixa capacidade fiscal pauta-se, a seu turno, na receita auferida (capacidade fiscal per capita).

10 CHOUDHRY, Sujit et al. (ed.). *Dilemmas of solidarity: rethinking redistribution in the canadian federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006. p.9.

11 Cf. CANADA. *Department of Finance*. Achieving a national purpose: putting equalization back on track. Expert panel on equalization and territorial formula financing. Executive summary. Disponível em: <[http://www.eqtf-pfft.ca/epreports/EQ\\_Summary\\_e.pdf](http://www.eqtf-pfft.ca/epreports/EQ_Summary_e.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

12 O Canadá possui grandes reservas de petróleo concentradas em apenas parcela do seu território, e muitas províncias utilizam a cobrança de royalties como relevante instrumento de obtenção de receitas públicas. Contudo, a dispersão geográfica desses recursos naturais – privilegiando somente algumas províncias – e a volatilidade dos preços das commodities dificultam sobremaneira a previsibilidade e a homogeneidade na arrecadação de tais espécies de receitas.

O programa de equalização reflete os valores canadenses de partilha de recursos e suporte mútuo<sup>13</sup>. O Estado é comprometido com o princípio de que a população, como parte de uma vasta e diversificada Federação, deve ter acesso a serviços públicos razoavelmente equivalentes em todo o território nacional. Nesse sentido, a equalização é vista como a liga que mantém a Federação unida<sup>14</sup>.

As transferências equalizadoras destinam-se, nessa medida, a estabelecer um equilíbrio federativo, complementando as receitas necessárias para que as províncias com menor capacidade de arrecadação tributária ou de recursos naturais possam desempenhar os serviços públicos necessários à população. O financiamento parte inteiramente de recursos do ente central (transferências verticais), uma vez que o sistema não incorpora transferências horizontais.

### 1.3 ALEMANHA

A Alemanha adota um modelo de federalismo fiscal cooperativo de longa data. Para evitar diferenças entre serviços prestados pelo poder público na esfera de cada Estado (*Länder*), a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) estabelece em seu art. 104b, a possibilidade de transferências de recursos da Federação ao *Länder* ou às municipalidades. Tais transferências, regulamentadas pela legislação federal, têm por finalidade financiar investimentos necessários para: (i) evitar distúrbios no equilíbrio econômico geral; (ii) equalizar diferentes capacidades econômicas dentro do mesmo território federal; ou (iii) promover o crescimento econômico<sup>15</sup>.

A distribuição das receitas tributárias é o cerne da constituição financeira do Estado Federal germânico<sup>16</sup>. Ao lado das transferências, é

13 CANADA. *The Council of the Federation*. Reconciling the irreconcilable: addressing Canada's fiscal imbalance. Disponível em: <[http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/Report\\_Fiscalim\\_Mar3106.pdf](http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/Report_Fiscalim_Mar3106.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

14 CANADA. *Department of Finance*. Achieving a national purpose: putting equalization back on track. Expert panel on equalization and territorial formula financing. Executive summary. Disponível em: <[http://www.eqtf-pfft.ca/epreports/EQ\\_Summary\\_e.pdf](http://www.eqtf-pfft.ca/epreports/EQ_Summary_e.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

15 ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>. Acesso em: Acesso em: 10 jul. 2011.

16 LAUFER, Heinz. O ordenamento financeiro no Estado Federativo Alemão. In: FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Centro de Estudos. *O federalismo na Alemanha*. Traduções, n. 7, São Paulo, 1995. p. 149.

previsto constitucionalmente o compartilhamento da receita de impostos entre o ente central e os Estados.

Segundo o art. 106 (3), a Federação e os Estados participam da receita do imposto de renda de pessoas físicas e do imposto de renda de pessoas jurídicas em partes iguais, sendo as participações nas receitas do imposto sobre mercadorias e serviços (IVA) fixadas por lei federal. As necessidades de cobertura da Federação e dos Estados devem ser harmonizadas entre si de forma a que se alcance uma compensação equitativa, evite-se uma sobrecarga dos contribuintes e se mantenha a uniformidade das condições de vida no território federal. É também prevista a partilha entre a Federação e os Estados da receita do imposto industrial.

Se uma lei federal impuser aos Estados gastos adicionais ou lhes reduzir a receita, a sobrecarga poderá ser compensada por dotações financeiras do ente central, limitadas a curto espaço de tempo, conforme previsão do art. 106 (4).

Os municípios recebem uma parte da receita do imposto de renda de pessoas físicas, transferidas pelos Estados, bem como uma parte da receita resultante do imposto sobre mercadorias e serviços, conforme critério que considere as circunstâncias locais e econômicas, estabelecido em lei federal.

Da participação do Estado na receita total dos impostos comuns, é destinado conjuntamente aos municípios um determinado percentual, fixado pela legislação estadual, de acordo com a previsão do art. 106 (7).

No federalismo fiscal alemão, estabelecem-se nitidamente relações cooperativas entre os entes federados, com base na partilha de receitas tributárias e em transferências intergovernamentais. Há transferências verticais específicas do governo Federal para cada *Länder*, destinadas ao financiamento de projetos relacionados à uniformidade de condições de vida (*Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse*) no território nacional, bem como transferências equalizadoras horizontais, que instrumentalizam o repasse de recursos de *Länders* mais ricos para outros mais pobres.

#### 1.4 ITÁLIA

A Constituição italiana, no artigo 119, alterado pela *Legge Costituzionale n. 3 del 2001*, dispõe que as comunidades, as províncias, as cidades metropolitanas e as regiões possuem autonomia financeira

de arrecadação e de despesa. Assim, tais entes estabelecem e arrecadam tributos em harmonia com a Constituição, segundo os princípios de coordenação das finanças públicas e do sistema tributário, e compartilham receitas fiscais relacionadas com seu território<sup>17</sup>.

Embora a Itália seja historicamente considerada um Estado unitário dividido regionalmente, pode-se afirmar que a sua Constituição, após algumas reformas, passou a fixar figuras próprias do federalismo fiscal para o financiamento dos entes autônomos, incorporando o princípio da subsidiariedade<sup>18</sup>. A tendência de descentralização, intensificada entre os anos de 1997 e 2001, em contraponto à quase total centralização feita no início da década de 1970, relaciona-se à percepção de que o federalismo fiscal é um modo eficaz de potencializar a racionalização e o controle democrático das finanças públicas, e estreitar os vínculos de solidariedade<sup>19</sup>.

Nesse sentido, é previsto no texto constitucional o estabelecimento de um fundo de equalização (fondo perequativo), sem restrições de alocação, para os territórios com menor capacidade fiscal por habitante. Trata-se de mecanismo que permite às regiões mais pobres receberem recursos necessários ao financiamento de níveis essenciais de direitos de todos os cidadãos<sup>20</sup>.

17 "Art. 119. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di partecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio. La legge dello Stato istituisce un fondo perequativo, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante. Le risorse derivanti dalle fonti di cui ai commi precedenti consentono ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni di finanziare integralmente le funzioni pubbliche loro attribuite. Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni." In: ITALIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

18 Cf. MARIQUETO, Andrea. O "federalismo" na Constituição italiana. In: SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha e AVILA, Marta Marques (Coord.). *Coleção direito do Estado: estudos sobre federalismo*. v. 1, Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. p. 158-163.

19 Cf. ITALIA. *Relazione del Governo alle Camere in ottemperanza alla disposizione dell'art. 2, comma 6, della legge 5 maggio 2009, n. 42*. 2010. Disponível em: <[http://www.mef.gov.it/primo-piano/documenti/24716\\_relazione.pdf](http://www.mef.gov.it/primo-piano/documenti/24716_relazione.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2011.

20 Na definição de Luca Antonini, perequazione "si tratta del meccanismo che consente alle Regioni più povere, cioè quelle con minore capacità fiscale, di ricevere risorse dallo Stato da un fondo, detto appunto

A teor da disposição constitucional do aludido art. 119, os recursos provenientes das fontes de receitas referenciadas (arrecadação própria e fundo de equalização) devem permitir aos municípios, províncias, cidades e regiões financiar integralmente as funções públicas que lhes são atribuídas.

Para promover o desenvolvimento econômico, a coesão e a solidariedade social, bem como eliminar as disparidades econômicas e sociais e facilitar o exercício efetivo dos direitos humanos, ou viabilizar outros fins concernentes ao exercício normal das suas funções, a Constituição italiana prevê que devem ser alocados recursos adicionais e feitas intervenções especiais em favor de municípios, províncias, cidades metropolitanas e regiões. São transferências voltadas a estimular as regiões conforme objetivos de política equalizadora, que concretizam a cidadania social, evitando discriminações ligadas à simples localização territorial<sup>21</sup>.

A previsão equalizadora do art. 119 guarda relação com o disposto no art. 117, parágrafo segundo, alínea “m” da Constituição italiana<sup>22</sup>, que fixa competência legislativa exclusiva para a determinação de níveis essenciais de prestações concernentes a direitos sociais que devem ser garantidos em todo o território nacional.

Passaram a ser definidos como critérios de equalização (perequazione):

- (i) a parcela da população residente;
- (ii) capacidade fiscal, definida como a diferença entre a receita per capita regional de tributos próprios, calculada pela aplicação de uma alíquota padrão, e a receita per capita de escala nacional;

---

‘fondo perequativo’, per poter finanziare i livelli essenziali dei diritti a tutti i cittadini. Con il nuovo federalismo fiscale è garantita la trasparenza riguardo alle Regioni che prendono e a quelle che danno risorse al fondo perequativo”. In: ANTONINI, Luca. La prospettiva del nuovo federalismo fiscale. Disponível a partir de: <<http://www.legautonomie.it/>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

21 COVINO, Fabrizia. *Costituzione e federalismo fiscale in nove ordenamenti dell’unione europea*. Disponível em: <<http://www.federalismi.it/federalismi/document/08092005101806.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

22 “Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie: [...] m) determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale”. In: ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

- (iii) necessidades de saúde, definidas com base na diferença entre a despesa per capita regional (quota estabelecida pelo Plano Nacional de Saúde) e a exigência média nacional (despesa per capita nacional);
- (iv) dimensão, estimada com base na relação entre a despesa não-sanitária per capita regional e a média nacional.<sup>23</sup>

Tais critérios são reproduzidos em fórmulas econômicas, que definem o montante do fundo a ser destinado a cada ente, com possibilidade de modificações periódicas<sup>24</sup>.

O “Dossier del 13 settembre 2008” do governo italiano menciona uma série de princípios do federalismo fiscal adotado naquele país, dentre os quais:

- (i) autonomia e responsabilidade financeira de todos os níveis de governo;
- (ii) atribuição de recursos autônomos às Regiões e aos entes locais, segundo o princípio da territorialidade;
- (iii) supressão gradual do critério da despesa histórica, a favor da adoção de requisitos padrões para níveis de financiamento das funções essenciais e básicas e da equalização da capacidade fiscal para outras funções, respeitando a divisão de competências legislativas e a coordenação regional nas finanças públicas e do sistema de tributação<sup>25</sup>.

23 Cf. CERIANI, Vieri. *Federalismo, perequazione, e tributi*, p. 7. Disponível em: <<http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Archivio-2/Ceriani-Federalismo-perequaz-tributi.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

24 Cf. TOSI, Filippo. *Il federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*. Osservatorio regionale sull'attuazione del federalismo fiscale. Disponível a partir de: <<http://www.irpet.it>>. Acesso em: 16 mai. 2012.

25 Tradução livre. Original: “Principi e criteri per l'attuazione del federalismo fiscale: autonomia e responsabilizzazione finanziaria di tutti i livelli di governo; attribuzione di risorse autonome alle Regioni e agli enti locali, secondo il principio di territorialità; superamento graduale del criterio della spesa storica a favore: 1) del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali e delle funzioni fondamentali; 2) della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni; rispetto della ripartizione delle competenze legislative fra Stato e Regioni sul coordinamento finanza pubblica e sistema tributario; [...]”. In: ITALIA. *Presidencia del Consiglio dei Ministri*. Dossier del 13 settembre 2008 aggiornato al 23 giugno 2011. Disponível em: <[http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo\\_fiscale/principi.html](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo_fiscale/principi.html)>. Acesso em: 12 jul. 2011.



Observa-se que as novas disposições constitucionais italianas espelham um modelo de federalismo solidário (federalismo solidale), baseado na cooperação para a equalização entre as regiões. Nesse viés, guardam consonância com os princípios fundamentais da solidariedade política, econômica e social (art. 2º da Constituição italiana<sup>26</sup>) e da igualdade econômica e social (uguaglianza economica e sociale), previsto no art. 3º, segundo parágrafo, da Constituição da Itália<sup>27</sup>.

A Corte Constitucional italiana reconheceu que os procedimentos atinentes à equalização regional consubstanciam modalidade de intervenção a favor da coletividade economicamente mais frágil, e caracterizam a escolha legislativa de uma equalização vertical (perequazione verticale)<sup>28</sup>. As medidas equitativo-solidárias, previstas no art. 119 da Constituição italiana, como já precisou a Corte costituzionale, representam intervenções destinadas a garantir serviços indispensáveis à tutela dos direitos fundamentais<sup>29</sup>. Elas consagram a ideia de que o acesso a serviços públicos básicos deve ser oferecido aos cidadãos de maneira equitativa, sendo imperioso buscar minimizar as distorções existentes entre as regiões.

## 1.5 ESPANHA

A Espanha pode ser considerada um Estado formalmente unitário, em progressiva descentralização por meio de unidades políticas (Comunidades Autónomas) que se inter-relacionam mediante arranjos jurídicos típicos do federalismo fiscal.

26 “Art. 2. La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.” In: ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

27 “Art. 3. Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [XIV] e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso [292, 371, 481, 511, 1177], di razza, di lingua [6], di religione [8, 19], di opinioni politiche [22], di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.” In: ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/costituzione/costituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

28 ITALIA. *Corte costituzionale*. Sentenza 176/2012. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 07 set. 2012.

29 ITALIA. *Corte costituzionale*. Sentenza 71/2012. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 07 set. 2012.

O artigo 158.1 da Constituição espanhola estabelece a possibilidade de alocações de recursos para as comunidades autônomas em função do volume dos serviços e atividades estatais que tenham assumido, e da garantia de um nível mínimo na prestação dos serviços públicos fundamentais em todo o território espanhol<sup>30</sup>.

Em observância ao art. 158.1 da Constitución española, o objetivo do Fondo de Garantía (Fondo de Garantía) é assegurar que cada comunidade autônoma receba, nos termos fixados em lei, os mesmos recursos por habitante, ajustados em função de suas necessidades diferenciais, garantindo a cobertura do nível mínimo de serviços fundamentais em todo o território nacional<sup>31</sup>.

O art. 158.2, a seu turno, prevê a criação de um fundo de compensação (Fondo de Compensación), com a finalidade de corrigir desequilíbrios econômicos interterritoriais e tornar efetivo o princípio da solidariedade, com recursos distribuídos entre as comunidades autônomas e províncias<sup>32</sup>.

## 1.6 ARGENTINA

A Argentina organiza-se sob a forma federativa desde 1853, embora tenha passado por períodos históricos de acentuada centralização, caracterizados por um “unitarismo prático” típico dos regimes ditatoriais<sup>33</sup>. Há três níveis de governo: nacional (*Nación*), provincial (*Provincias*) e municipal (*Municipios*). Contudo, os municípios não são previstos constitucionalmente como entes autônomos integrantes da Federação.

30 “158. 1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español”. In: ESPANHA. Constitución española. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em: 07 set. 2012.

31 QUERALT, Juan Martín et. al. *Curso de derecho financiero y tributario*. Madrid: Tecnos, 2010. p. 205.

32 “158.2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso”. In: ESPANHA. Constitución española. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em: 07 set. 2012.

33 Cf. FERNANDEZ, Carlos R. El federalismo fiscal argentino. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares e SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *A Federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 192-193.

A Constituição argentina (*Constitución de la Nación Argentina*), reformada em 1994, fixa em seu art. 123, de forma bastante concisa, a autonomia das províncias nos sentidos político, administrativo, econômico e financeiro<sup>34</sup>. A cidade de Buenos Aires é considerada um território de governo autônomo, com legislação e jurisdição próprias (art. 129), e também integra a Federação.

No art. 75, inc. 2, encontra-se disciplinada a competência do Congresso para instituir “contribuições indiretas”, como faculdade concorrente com as províncias, e “contribuições diretas”, por tempo determinado, sempre que a defesa, a segurança comum ou o bem geral do Estado o exijam. Tais contribuições caracterizam-se pela coparticipação: uma “*ley convenio*”, elaborada com base em acordos entre a Nação e as províncias, deverá instituir regimes de participação conjunta, garantindo a transferência automática dos fundos. De acordo com o referido dispositivo constitucional, a distribuição dos recursos entre os entes federados (Nação, Províncias e cidade de Buenos Aires) será efetuada em relação direta com as competências, os serviços e as funções de cada um deles, contemplando critérios objetivos de repartição. Ademais, deverá a distribuição ser equitativa e solidária, e priorizar a realização de um grau equivalente de desenvolvimento, qualidade de vida, e igualdade de oportunidades em todo o território nacional<sup>35</sup>.

Nota-se nítida preocupação do constituinte argentino com o problema das desigualdades sociais e regionais, e com a necessidade de equidade e solidariedade no regime de coparticipação na arrecadação tributária.

Sob o *Regímen de Coparticipación Federal*, instrumentalizam-se no plano infraconstitucional diversas transferências intergovernamentais (*transferencias intergubernamentales*), tanto na forma de fundos de

34 “Artículo 123.- Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el art. 5° asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”. In: ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

35 “Art. 75. [...] Una ley convenio, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, instituirá regímenes de coparticipación de estas contribuciones, garantizando la automaticidad en la remisión de los fondos. La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”. In: ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

origem nacional, destinados às Províncias, quanto na forma de regimes adicionais, com destinação específica de recursos.

As transferências em regime de coparticipação, baseadas em coeficientes fixos, acabam gerando uma redistribuição horizontal em certa medida arbitrária, e não se adaptam às mudanças ocorridas na realidade social. Isto contrasta com a própria finalidade constitucional em virtude da qual foram concebidas.

A Argentina é uma Federação com severas desigualdades socioeconômicas, que espelham um quadro de desequilíbrios horizontais resultantes de divergências de potencial entre as regiões<sup>36</sup>. Os fundos de coparticipação deveriam ser projetados como ferramentas para diminuir essas disparidades, primando pela equalização inter-regional, mas não é o que se observa na prática.

### 1.7 MÉXICO

A Constituição do México estabelece a organização estatal sob a forma de uma República representativa, democrática e federal (art. 40). No art. 115, prevê a autonomia dos municípios para administrarem livremente suas rendas, de origem patrimonial ou decorrentes de contribuições ou das “participações federais”, espécie de transferência intergovernamental cujas bases, montantes e prazos são anualmente determinados pelas legislaturas dos Estados<sup>37</sup>.

Existe um crescente reclamo de diversas regiões mexicanas por um novo federalismo fiscal que modifique as formas de arrecadação e distribuição de recursos financeiros na Federação, com maior transparência e menor discricionariedade política nos critérios distributivos<sup>38</sup>.

36 ASENSIO, Miguel Angelo. In: *PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESAROLLO*. La construcción del federalismo argentino: perspectivas comparadas. Buenos Aires: PNUD, 2004. p. 61.

37 “Artículo 115. IV. Los municipios administrarán libremente su hacienda, la cual se formará de los rendimientos de los bienes que les pertenezcan, así como de las contribuciones y otros ingresos que las legislaturas establezcan a su favor, y en todo caso: b) Las participaciones federales, que serán cubiertas por la Federación a los Municipios con arreglo a las bases, montos y plazos que anualmente se determinen por las Legislaturas de los Estados”. In: MEXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

38 VEGA, Carlos Alba. Federalismo, centralismo y regionalismo en México. In: AFFONSO, Rui de Brito Álvares e SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *A Federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995. p. 100.

O modelo de federalismo fiscal mexicano possui raízes históricas centralizadoras e dualistas. Os resultados da centralização foram excessivamente negativos: acentuados desequilíbrios regionais (Estados relativamente ricos no norte, e outros bastante pobres no sul do país), distribuição desigual de riquezas, baixos níveis de eficiência na prestação de serviços públicos e gargalos impeditivos do desenvolvimento sustentável<sup>39</sup>.

Desde a década de 1970, medidas descentralizadoras foram sendo paulatinamente realizadas, mas ainda se percebe uma forte concentração de competências na figura da União (*Unión*).

Essa concentração se reflete na repartição das receitas tributárias, disciplinada pela *Ley de Coordinación Fiscal* de 1980, que instituiu o *Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*. De acordo com tal sistema, o governo federal arrecada os tributos de bases impositivas mais amplas, como o imposto sobre a renda e o imposto sobre valor agregado (IVA). Os valores arrecadados são destinados a um fundo federal de participações (*Fondo Federal Participable*), cujo rateio é feito com base no percentual de 80% para a União e 20% para a composição de um fundo geral de participações dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (*Fondo Geral de Participaciones*). A União, portanto, fica com a maior parte da arrecadação. Além disso, há uma forte dependência financeira dos Estados e Municípios, que não possuem mecanismos de arrecadação tributária suficientes para fazer frente à demanda local por bens e serviços públicos.

Na década de 1980, realizaram-se algumas reformas no sistema de participações, com o objetivo de incentivar o esforço fiscal dos Estados. Foram estabelecidos percentuais maiores de participação para os Estados que aumentassem a arrecadação interna (tributos de competência estadual). Entretanto, as medidas geraram um agravamento das desigualdades entre as regiões, pois os Estados mais desenvolvidos economicamente eram aqueles que tinham maior capacidade tributária, sendo os mais beneficiados pelos critérios de esforço fiscal.

A partir de 1990, objetivando adequar as participações na arrecadação às necessidades dos entes federados, ocorreram novas

39 MIZRAHI, Yemile. Mexico: Decentralization from Above. In: SELEE, Andrew e TULCHIN, Joseph S. (Ed.). *Decentralization and democratic governance in Latin America*. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2004, p. 137. Disponível em: <<http://www.wilsoncenter.org/topics/pubs/ACF18E5.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

modificações nos critérios de distribuição, passando o rateio a ser realizado da seguinte forma:

- (i) 45,17% proporcionalmente à população;
- (ii) 45,17% com base nas contribuições atribuídas a cada entidade e
- (iii) 9,66% distribuídos em proporção inversa às participações por habitante que possua cada entidade<sup>40</sup>. Todavia, a falta de critérios de equidade ainda é levantada como um dos principais problemas do desenho das transferências intergovernamentais mexicanas<sup>41</sup>.

Em julho de 1900, um ato constitucional (*The Constitution Act*<sup>42</sup>) estabeleceu a *Commonwealth of Australia*, organizada sob a forma federativa. Marcada por um federalismo fortemente centralizador, notadamente no que tange aos aspectos da repartição de receitas e dos mecanismos de transferências intergovernamentais<sup>43</sup>, a Austrália vem passando nos últimos anos por pressões em prol de uma maior descentralização e de reformas no sistema de financiamento dos governos estaduais e locais.

O financiamento dos entes subnacionais ocorre fundamentalmente por meio da distribuição de parcelas da arrecadação do imposto sobre bens e serviços (*Goods and Services Tax - GST*), e de transferências nacionais condicionadas, com propósitos específicos (*Nacional Specific Purpose Payments*).

Desde sua criação, em 2000, o sistema de repartição das receitas do GST realizou a distribuição de recursos para os Estados e Territórios conforme critérios definidos pela Comissão de Transferências (*Commonwealth Grants Commission*), com base no princípio da equalização fiscal horizontal (*horizontal fiscal equalization - HFE*), necessária para a

40 MEXICO. *Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República*. El federalismo fiscal en Mexico. Disponível em: <[http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo\\_Fiscal.pdf](http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo_Fiscal.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2011.

41 Cf. MERINO, Gustavo. *Federalismo fiscal: diagnóstico y propuestas*. Disponível em: <<ftp://ftp.itam.mx/pub/academico/inves/CEA/Capitulo4.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

42 Disponível em: <<http://www.aph.gov.au/>>. Acesso em: 14 jul. 2011.

43 Cf. FENNA, Alan. The character of Australian Federalism. *eJournal of Tax Research*, v. 10, n. 1, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.asb.unsw.edu.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

estabilidade da federação<sup>44</sup>. Esse sistema foi desenhado para proporcionar aos entes subnacionais capacidade fiscal suficiente para a manutenção de níveis equivalentes de serviços para os cidadãos em toda a Federação.

O Conselho dos Governos Australianos (*Council of Australian Governments – COAG*), composto pelo Primeiro Ministro (representando a *Commonwealth*), pelos *Premiers* dos seis Estados e dos dois Territórios e pelo Presidente da Associação Australiana de Governos Locais (*Australian Local Government Association*), é o principal fórum de debates sobre relações intergovernamentais<sup>45</sup>.

Em novembro de 2008, o COAG firmou um pacto intergovernamental sobre relações financeiras federais (*Intergovernmental Agreement on Federal Financial Relations*), prevendo um novo modelo para vigorar a partir de 2009. O acordo assentou como objetivo a melhoria do bem-estar dos cidadãos Australianos, por meio de:

- (i) mecanismos de cooperação intergovernamental para o desenvolvimento de políticas públicas e a prestação de serviços;
- (ii) otimização das ferramentas de controle (*accountability*), com a utilização de critérios simples, padronizados e transparentes;
- (iii) incentivos para reformas econômicas e sociais;
- (iv) transferências de receitas do GST com base na equalização fiscal horizontal;
- (v) transferências com propósitos específico e outros programas de financiamento<sup>46</sup>.

Malgrado o sistema de partilha de receitas e transferências equalizadoras Australiano seja tido como bastante sofisticado, incorporando inclusive o critério da capacidade fiscal *stantard* ou média

44 ERGAS, Henry; PINCUS, Jonathan. *Reflections on fiscal equalisation in Australia*. Disponível em: <<http://www.gstdistributionreview.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

45 Cf. COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS. Disponível em: <<http://www.coag.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

46 COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS. *Intergovernmental agreement on federal financial relations*. Disponível em: <<http://www.federalfinancialrelations.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

do país (*revenue needs* ou “necessidades de receita”)<sup>47</sup>, várias críticas vinham sendo formuladas contra os critérios de equalização utilizados.

Em junho de 2010, foi anunciada uma comissão do Senado (*Senate Select Committee on the Reform of the Australian Federation*) para rever as relações financeiras entre os governos federal, estaduais e locais. Em 2011, o governo federal australiano acenou que haveria uma revisão dos critérios de distribuição de recursos na Federação, com o propósito de aperfeiçoá-lo para lidar com mudanças estruturais na economia, as quais vêm ocorrendo de maneira cada vez mais célere e intensa.

Após meses de debates e estudos técnicos, foi publicado em outubro de 2012 o relatório final que deverá subsidiar os novos critérios de repartição de receitas tributárias e transferências equalizadoras na Austrália, contendo sugestões para o aumento da transparência, o fortalecimento dos arranjos de governança, a simplificação do sistema e uma maior estabilidade para os entes subnacionais<sup>48</sup>.

## 2 O FEDERALISMO FISCAL NO BRASIL

No caminhar histórico do federalismo fiscal brasileiro, houve movimentos pendulares de centralização e descentralização federativa, de maiores e menores ritmos de cooperação, com diferentes intensidades e impactos diretos no grau de concentração de recursos financeiros na figura da União. Marcado por um dualismo de tendências conflitantes e crises de transição<sup>49</sup>, o federalismo fiscal brasileiro é uma realidade plural, expressa atualmente no seio de uma ordem democrática e idealmente cooperativa, trazida pela Constituição Federal de 1988.

Pode-se afirmar que o modelo de federalismo fiscal inaugurado pela Constituição de 1988 possui fortes influências políticas em sua origem. Conforme destaca Fernando Facury Scaff, a Constituição atual é produto histórico de um movimento de oposição a um regime militar autoritário, que havia implantado um modelo de centralização de competências, reforçando os poderes da União e reduzindo a autonomia

47 Cf. PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada* (Alemanha, Índia, Canadá, Austrália). Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006. p. 282-285.

48 COMMONWEALTH OF AUSTRALIA. *GST Distribution Review: final report*. Disponível em: <<http://www.gstdistributionreview.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

49 Cf. DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972. p. 10.



dos entes subnacionais, mas que não foi suficiente para debelar os problemas econômicos e de finanças públicas existentes<sup>50</sup>.

Comparativamente ao modelo anterior, a nova ordem constitucional instaurada em 1988 operou, no que concerne à discriminação de competências tributárias, uma considerável descentralização, consubstanciada no aumento do número de tributos estaduais e municipais, com bases econômicas fortalecidas<sup>51</sup>. A descentralização fiscal empreendida, pelo lado da receita, decorreu da pressão subnacional por maior participação no “bolo tributário”<sup>52</sup>, com impactos no aprofundamento dos mecanismos do federalismo financeiro no plano regional<sup>53</sup>.

Todavia, a discriminação de competências tributárias para todos os níveis de governo não é requisito indispensável do sistema federativo: o que se exige é a existência de mecanismos que assegurem a autonomia financeira dos entes federados<sup>54</sup>. O elenco de esferas de competência tributária, isto é, de regras constitucionais que estabelecem critérios para a criação de outras regras, no desencadeamento de processos legislativos, expressam tão somente uma “aptidão para criar normas jurídicas que, direta ou indiretamente, disponham sobre a instituição, arrecadação ou fiscalização de tributos”<sup>55</sup> por parte dos entes federados. É perfeitamente possível que entes federados tenham autonomia financeira sem competências impositivas ou, inversamente, tenham competências impositivas, mas não possuam autonomia financeira, pois estes dois conceitos (competência tributária e autonomia financeira), apesar de manterem intenso diálogo, não se confundem<sup>56</sup>.

---

50 SCAFF, Fernando Facury. *Equilíbrio orçamentário e sustentabilidade financeira: anotações sobre o Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 925, nov. 2012.

51 PONTES, Helenilson Cunha. Federalismo e repartição tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 15, abr. 1996.

52 ANDRADE FILHO, Luiz Marques de; SANTOS, Reginaldo Souza. O federalismo fiscal e as finanças públicas no Brasil dos anos noventa. *Revista de Desenvolvimento Econômico*, Salvador, ano 2, n. 3, jan. 2000. p. 30.

53 Cf. HORTA, Raul Machado. Tendências atuais da federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, jul. 1996. p. 7.

54 SCHOUERI, Luís Eduardo. Discriminação de competências e competência residual. In: SCHOUERI, Luís Eduardo e ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998. p. 83.

55 GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 61.

56 GAMA, op. cit., 200.

A competência tributária é indelegável, e tampouco se confunde com a capacidade para arrecadar tributos, designada capacidade tributária ativa, passível de delegação, conforme previsão do art. 7º do CTN<sup>57</sup>. No Brasil, a discriminação das competências tributárias é rígida, segregando-se os campos de atuação da União, dos Estados e dos Municípios<sup>58</sup>. Mas a capacidade tributária é modelável infraconstitucionalmente, permitindo o compartilhamento de arrecadações mediante atuações conjuntas.

A trajetória que o federalismo brasileiro assumiu no período pós-1988 aponta para uma tentativa de aperfeiçoar a conjugação entre a descentralização fiscal e a promoção do bem-estar social<sup>59</sup>, mediante a utilização conjugada de diferentes técnicas do federalismo fiscal.

No que tange ao financiamento, visando a garantir os direitos de liberdade, o texto constitucional brasileiro discriminou exaustivamente as competências tributárias, estipulando limites ao poder de tributar, sob a égide de um federalismo fiscal cooperativo, que pressupõe a discriminação de rendas não somente baseada na fonte (repartição de competências tributárias), mas também na distribuição do produto arrecadado<sup>60</sup>. Neste compartilhamento tributário, traduz-se o princípio da solidariedade, pela comunicação vivificante de recursos<sup>61</sup>.

Ao lado de competências exclusivas, adotou-se a técnica de atribuição de competências administrativas comuns, a fim de que os entes federados se articulem para exercício em conjunto de tarefas públicas, sendo estabelecidas, para o desempenho desse mister, fontes de receitas próprias (competências tributárias previstas nos artigos 149, 153, 154, 155, 156 e 195 da CF/88), participações diretas na arrecadação de tributos

57 "Art. 7º A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra, nos termos do § 3º do artigo 18 da Constituição". In: BRASIL. *Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 14 fev. 2011.

58 SOUZA, Hamilton Dias de. A competência tributária e seu exercício: a racionalidade como limitação ao poder de tributar. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, p. 31, out. 1993.

59 SOARES, Márcia Miranda. Federalismo e desigualdades sociais no Brasil atual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, p. 143-175, jul./set. 2011.

60 TÔRRES, Heleno Taveira. Direitos fundamentais e conflitos de competências tributárias no federalismo fiscal brasileiro: o caso dos municípios. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 33, ano 6, maio/jun. 2008.

61 BITAR, Orlando. Federalismo solidário e desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, n. 42, abr./jun. 1974, p. 53.

de competência alheia (art. 157, I, e art. 158, I e II) e transferências constitucionais compulsórias (art. 153, §5º, art. 158, III, e IV, art. 159 e art. 212). Essa discriminação de rendas “consubstancia peça-chave para o equilíbrio federativo, porquanto inviável aos membros da Federação, sem a fonte de financiamento, dar concretude aos objetivos constitucionais que lhe são atribuídos”<sup>62</sup>.

A previsão de competências tributárias em círculos exclusivos possui a vantagem de instrumentalizar a autonomia financeira dos entes federados, mas não serve para redistribuir rendas ou promover equalizações, de modo que sua utilização isolada tende a estimular o agravamento dos desníveis econômicos<sup>63</sup>. É que, apesar da distribuição de competências tributárias entre níveis de governo viabilizar a geração de receitas, disparidades socioeconômicas causam grandes diferenças na capacidade de arrecadação tributária das unidades de governo do mesmo nível<sup>64</sup>, o que enseja a previsão de instrumentos de equalização.

Em virtude disso, estabeleceu-se um sistema misto, que além da outorga de competências tributárias exclusivas prevê participações na arrecadação tributária de outros entes, de forma a assegurar às unidades federativas mais pobres recursos suficientes para impedir a ampliação das disparidades existentes e, se possível, sua atenuação<sup>65</sup>. Destarte, busca-se a superação das desigualdades por mecanismos essencialmente financeiros, com transferências assimétricas de recursos, beneficiando os entes menos favorecidos<sup>66</sup>. O federalismo solidário exige tal cooperação, mas de certo modo a transcende<sup>67</sup>.

62 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4597*. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2011, DJe de 02/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2011.

63 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61.

64 COSSÍO, Fernando Andrés Blanco. *Disparidades econômicas inter-regionais, capacidade de obtenção de recursos tributários, esforço fiscal e gasto público no federalismo brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. p. 123. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

65 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61.

66 CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos A. Faraco (Coord.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010. p. 20.

67 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; GRECO, Marco Aurelio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 2, jul/dez 1998. p. 97.

O aperfeiçoamento do federalismo fiscal é crucial para o desenvolvimento nacional<sup>68</sup>. Mas é necessário haver cooperação para que se promova um desenvolvimento nacional equilibrado<sup>69</sup>. Um dos aspectos centrais nesse rumo é busca de uma melhor equalização entre encargos e recursos. No Brasil, nota-se uma severa disparidade entre os encargos atribuídos constitucionalmente aos entes subnacionais e as bases financeiras disponíveis para custear as despesas públicas. Tais desequilíbrios refletem-se tanto verticalmente (entre diferentes níveis de governo) quanto horizontalmente (no mesmo nível de governo).

Tendo em conta que a capacidade autônoma dos governos para fazer frente aos encargos que lhes cabem difere na medida das disparidades em termos de desenvolvimento econômico, torna-se necessário criar instrumentos que viabilizem o acesso de cada cidadão da Federação a um padrão mínimo de serviços semelhante, sem que precise arcar com custos tributários mais elevados<sup>70</sup>.

Para corrigir a brecha fiscal vertical (vertical fiscal gap), resultante do desnível entre a capacidade de arrecadação de receitas próprias e as necessidades de gastos dos entes políticos<sup>71</sup>, bem como os desequilíbrios horizontais (horizontal imbalances), inevitáveis no contexto de uma estrutura federativa, podem ser utilizados diversos modelos de transferências intergovernamentais<sup>72</sup>.

A existência de sistemas de transferência de recursos entre esferas de governo é fundamental para o atendimento das demandas sociais em um país de grandes dimensões territoriais como o Brasil, pois elas permitem não somente a correção entre o volume de arrecadação e as despesas nas jurisdições intermediárias e locais, mas também a redução

---

68 AFONSO, José Roberto Rodrigues; SERRA, José. Federalismo fiscal à brasileira: Algumas Reflexões. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999. p. 4.

69 RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 323.

70 PRADO, Sérgio. *A questão fiscal na Federação brasileira: diagnóstico e alternativas*. Disponível em: <<http://www.eclac.org/brasil/publicaciones/xml/9/28329/LCBRSR179SergioPrado.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

71 Cf. BOADWAY, Robin; SHAH, Anwar. *Fiscal federalism: principles and practices of multiorder governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 293.

72 Cf. AHMAD, Ehtisham; CRAIG, Jon. Intergovernmental transfers. In: TER-MINASSIAN, Teresa (Coord.). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997. p. 73-74.

das disparidades entre os entes subnacionais<sup>73</sup>. Conforme acentua José Maurício Conti, as partilhas de receitas tributárias “permitem promover ajustes na distribuição de recursos entre os entes da federação por meio da criação de regras que aperfeiçoam o sistema de arrecadação”<sup>74</sup>.

A técnica de redistribuição de receitas arrecadadas pela via da tributação, em parcelas destinadas a fortalecer, sobretudo, as disponibilidades financeiras dos Estados e dos Municípios mais carentes de recursos, insere-se no campo dinâmico das relações intergovernamentais do federalismo cooperativo<sup>75</sup>.

Deveras, as necessidades de desenvolvimento nacional, de planejamento econômico e de redução das desigualdades sociais e regionais levam ao encadeamento de um federalismo financeiro<sup>76</sup>, refletido no atual modelo de repartição de receitas tributárias adotado país, de viés idealmente participativo.

Nada obstante a tônica participativa expressa no texto constitucional de 1988, pautado na instituição de mecanismos financeiros de redução dos desequilíbrios socioeconômicos presentes na realidade nacional, observa-se que a força centralizadora da União no campo da repartição de receitas e do controle dos gastos subnacionais, de certa maneira, tem mitigado o potencial de efetiva participação dos Estados e dos Municípios. Em paralelo à ampliação de bases tributárias federais que não se submetem à repartição (contribuições sociais previstas nos artigos 149 e 195 da CF/88), acentuou-se a dependência de muitos entes subnacionais em relação às transferências constitucionais, especialmente aquelas previstas no art. 159, gerando situações de vulnerabilidade permanente, haja vista as oscilações a que estão submetidos esses repasses.

---

73 DUARTE, Ângelo J. M. et. al. *Transferências fiscais intergovernamentais no Brasil: uma avaliação das transferências federais, com ênfase no Sistema Único de Saúde*. Texto para discussão IPEA n. 1451. Rio de Janeiro: IPEA, dezembro de 2009.

74 CONTI, José Maurício. Considerações sobre o federalismo fiscal em uma perspectiva comparada. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos A. Faraco (Coord.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010. p. 25.

75 HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, n. 64, São Paulo, out./dez. 1982. p. 25.

76 BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 293.

Nas palavras de Fernando Facury Scaff, atualmente é a federação brasileira “fortemente centralizada na União, que cumpre um papel de tutor dos Estados e Municípios no âmbito financeiro”<sup>77</sup>. Essa força centralizadora, presente no sistema de repartição das receitas tributárias, tolhe a capacidade de voz ativa dos entes subnacionais em matéria de finanças públicas, moldando um federalismo fiscal de participação passiva e frequentemente conflituoso, na contramão do ideal de cooperação federativa sedimentada em planos de igualdade, originalmente arquitetado pelo texto constitucional de 1988. Essa deturpação no sistema de repartição de receitas tributárias tem comprometido a saúde das relações federativas, fazendo do federalismo fiscal atual um enfermo debilitado. Para agravar o quadro, distorções nos critérios de distribuição de transferências intergovernamentais somatizam a vulnerabilidade dos entes subnacionais.

### 3 CONCLUSÕES

As diversas experiências de federalismo fiscal no mundo ilustram a complexidade dos sistemas de financiamento de muitos dos Estados contemporâneos. Conquanto cada realidade federativa seja única, o cotejamento entre modelos internacionais de federalismo fiscal permite a identificação de semelhanças e diferenças que podem se revelar úteis à melhor compreensão dos mecanismos utilizados no Brasil.

A análise comparativa revela que o federalismo fiscal pode apresentar inúmeras especificidades, dependendo da realidade política, econômica e financeira do Estado. Nenhum modelo é imune a críticas. Mas aspectos positivos de experiências estrangeiras podem ser replicadas no Brasil, com as devidas adaptações. Nesse sentido, reformas recentes como as que ocorreram na Itália e na Austrália revelam-se úteis à identificação de pontos críticos aplicáveis à realidade brasileira.

O aperfeiçoamento do sistema nacional passa pela necessidade de reformular o atual modelo de transferências para estímulos a regiões de acordo com objetivos de política equalizadora (a exemplo da Itália), e pela busca de fórmulas que possam refletir as mudanças estruturais que ocorrem na economia de forma dinâmica, observando-se a necessidade de aumento da transparência, de fortalecimento dos instrumentos

---

77 SCAFF, Fernando Facury. Aspectos financeiros do sistema de organização territorial do Brasil. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; FERNÁNDEZ, Itziar Gómes (org.). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005. p. 235.

de governança, de simplificação e de maior estabilidade para os entes subnacionais (a exemplo da Austrália).

O federalismo fiscal brasileiro vivencia um momento propício para reformulações. É preciso repensar o pacto federativo à luz dos objetivos constitucionais de redução das desigualdades inter-regionais e busca do desenvolvimento nacional, promovendo-se ajustes que fortaleçam os laços de cooperação entre os entes federados. Uma visão comparativa internacional pode contribuir para esse desiderato.

## REFERÊNCIAS

- AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.). *A Federação em perspectiva: ensaios selecionados*. São Paulo: FUNDAP, 1995.
- AFONSO, José Roberto Rodrigues; SERRA, José. Federalismo fiscal à brasileira: Algumas Reflexões. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999.
- ANDRADE FILHO, Luiz Marques de; SANTOS, Reginaldo Souza. O federalismo fiscal e as finanças públicas no Brasil dos anos noventa. *Revista de Desenvolvimento Econômico*, Salvador, ano 2, n. 3, jan. 2000.
- ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Disponível em: <[http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues\\_PDF.pdf](http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- ANTONINI, Luca. *La prospettiva del nuovo federalismo fiscale*. Disponível em: <<http://www.legautonomie.it/>>. Acesso em: 12 jul. 2011.
- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/consnac/consnac.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4597*. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/2011, DJe de 02/09/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2011.
- BITAR, Orlando. Federalismo solidário e desenvolvimento. *Revista de Informação Legislativa*, v. 11, n. 42, abr./jun. 1974.

BOADWAY, Robin. *How well is the equalization system reducing fiscal disparities?* Queen's University, Kingston, 2004. Disponível em: <<http://www.econ.queensu.ca/pub/faculty/boadway/PEI-equalization.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

BOADWAY, Robin; SHAH, Anwar. *Fiscal federalism: principles and practices of multiorder governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

CANADA. *Constitution Act, 1982*. Disponível em: <[http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const\\_index.html](http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const_index.html)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Department of Finance. *Achieving a national purpose: putting equalization back on track*. Expert panel on equalization and territorial formula financing. Executive summary. Disponível em: <[http://www.eqttf-pfft.ca/epreports/EQ\\_Summary\\_e.pdf](http://www.eqttf-pfft.ca/epreports/EQ_Summary_e.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. The Council of the Federation. *Reconciling the irreconcilable: addressing Canada's fiscal imbalance*. Disponível em: <[http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/Report\\_Fiscalim\\_Mar3106.pdf](http://www.councilofthefederation.ca/pdfs/Report_Fiscalim_Mar3106.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2011.

CERIANI, Vieri. *Federalismo, perequazione, e tributi*. Disponível em: <<http://www.astrid-online.it/il-sistema1/Studi-e-ri/Archivio-2/Ceriani-Federalismo-perequaz-tributi.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2011.

CHOUDHRY, Sujit et al. (ed.). *Dilemmas of solidarity: rethinking redistribution in the canadian federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006.

COMMONWEALTH OF AUSTRALIA. *GST Distribution Review: final report*. Disponível em: <<http://www.gstdistributionreview.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury; BRAGA, Carlos A. Faraco (Coord.). *Federalismo fiscal: questões contemporâneas*. Florianópolis: Conceito Editorial - IBDF, 2010.

COUNCIL OF AUSTRALIAN GOVERNMENTS. Disponível em: <<http://www.coag.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Intergovernmental agreement on federal financial relations*. Disponível a partir de: <<http://www.federalfinancialrelations.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.



- COSSÍO, Fernando Andrés Blanco. *Disparidades econômicas inter-regionais, capacidade de obtenção de recursos tributários, esforço fiscal e gasto público no federalismo brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em de: <<http://www.bndes.gov.br>>. Acesso em: 10 jul. 2011.
- COVINO, Fabrizia. *Costituzione e federalismo fiscale in nove ordenamenti dell'unione europea*. Disponível em: <<http://www.federalismi.it/federalismi/document/08092005101806.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2012.
- DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Discriminação de rendas tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1972.
- DUARTE, Ângelo J. M. et. al. *Transferências fiscais intergovernamentais no Brasil: uma avaliação das transferências federais, com ênfase no Sistema Único de Saúde*. Texto para discussão IPEA n. 1451. Rio de Janeiro: IPEA, dez. 2009.
- ERGAS, Henry; PINCUS, Jonathan. *Reflections on fiscal equalisation in Australia*. Disponível em: <<http://www.gstdistributionreview.gov.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.
- ESPAÑA. *Constitución española*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/>>. Acesso em: 07 set. 2012.
- FENNA, Alan. The character of Australian Federalism. *eJournal of Tax Research*, v. 10, n. 1, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.asb.unsw.edu.au>>. Acesso em: 05 nov. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio e GRECO, Marco Aurelio. Desafios do federalismo fiscal brasileiro. *Revista do IASP*, São Paulo, v. 2, jul./dez. 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FORUM OF FEDERATIONS. *Federalism by country*. Disponível em: <<http://www.forumfed.org/en/federalism/federalismbycountry.php>>. Acesso em: 19 jul. 2012.
- FUNDAÇÃO KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Centro de Estudos. *O federalismo na Alemanha*. Traduções, n.º. 7, São Paulo, 1995.
- GAMA, Tácio Lacerda. *Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. São Paulo: Noeses, 2009.

HORTA, Raul Machado. Reconstrução do federalismo brasileiro. *Revista de Direito Público*, São Paulo n. 64, out./dez. 1982.

\_\_\_\_\_. Tendências atuais da federação brasileira. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 16, jul. 1996.

ITALIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Disponível em: <<http://www.governo.it/governo/constituzione/constituzionerepubblicaitaliana.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Presidencia del Consiglio dei Ministri. *Dossier del 13 settembre 2008 aggiornato al 23 giugno 2011*. Disponível em: <[http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo\\_fiscale/principi.html](http://www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/federalismo_fiscale/principi.html)>. Acesso em: 12 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *Relazione del Governo alle Camere in ottemperanza alla disposizione dell'art. 2, comma 6, della legge 5 maggio 2009, n. 42*. 2010. Disponível em: <[http://www.mef.gov.it/primo-piano/documenti/24716\\_relazione.pdf](http://www.mef.gov.it/primo-piano/documenti/24716_relazione.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. *Corte costituzionale*. Sentenza 71/2012. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 07 set. 2012.

\_\_\_\_\_. *Corte costituzionale*. Sentenza 176/2012. Disponível em: <<http://www.cortecostituzionale.it>>. Acesso em: 07 set. 2012.

LANDMARK PUBLICATIONS. *Federalism: historic US Supreme Court decisions*. Kindle Edition, 2011.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; FERNÁNDEZ, Itziar Gómes (org.). *Ordenamiento territorial en Brasil y España*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

MERINO, Gustavo. *Federalismo fiscal: diagnóstico y propuestas*. Disponível em: <<ftp://ftp.itam.mx/pub/academico/inves/CEA/Capitulo4.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

MEXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2011.

\_\_\_\_\_. Instituto de Investigaciones Legislativas del Senado de la República. *El federalismo fiscal en Mexico*. Disponível em: <[http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo\\_Fiscal.pdf](http://www.senado.gob.mx/iilsen/content/lineas/docs/varios/Federalismo_Fiscal.pdf)>. Acesso em: 13 jul. 2011.

PONTES, Helenilson Cunha. Federalismo e repartição tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 15, abr. 1996.

PRADO, Sergio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada (Alemanha, Índia, Canadá, Austrália)*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

\_\_\_\_\_. *A questão fiscal na Federação brasileira: diagnóstico e alternativas*. Disponível em: <<http://www.eclac.org/brasil/publicaciones/xml/9/28329/LCBRSR179SergioPrado.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *La construcción del federalismo argentino: perspectivas comparadas*. Buenos Aires: PNUD, 2004.

QUERALT, Juan Martín et. al. *Curso de derecho financiero y tributario*. Madrid: Tecnos, 2010.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCAFF, Fernando Facury. *Equilíbrio orçamentário e sustentabilidade financeira: anotações sobre o Brasil*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 925, nov. 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.

SCHWARTZ, Bernard. *O Federalismo Norte-Americano atual*. Tradução de Elcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

SELEE, Andrew; TULCHIN, Joseph S. (Ed.). *Decentralization and democratic governance in Latin America*. Washington: Woodrow Wilson International Center for Scholars, 2004. Disponível em: <<http://www.wilsoncenter.org/topics/pubs/ACF18E5.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2011.

SOARES, Márcia Miranda. Federalismo e desigualdades sociais no Brasil atual. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, ano 5, n. 19, jul./set. 2011.

SOUZA, Hamilton Dias de. A competência tributária e seu exercício: a racionalidade como limitação ao poder de tributar. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 5, out. 1993.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha; AVILA, Marta Marques (Coord.). *Coleção direito do Estado: estudos sobre federalismo*. v. 1, Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007.

TER-MINASSIAN, Teresa (Ed.). *Fiscal federalism in theory and practice*. Washington: International Monetary Fund, 1997.

TÔRRES, Heleno Taveira. Direitos fundamentais e conflitos de competências tributárias no federalismo fiscal brasileiro: o caso dos municípios. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, n. 33, ano 6, maio/jun. 2008.

TOSI, Filippo. *Il federalismo fiscale a due anni dalla legge delega*. Osservatorio regionale sull'attuazione del federalismo fiscale. Disponível em: <<http://www.irpet.it>>. Acesso em: 16 maio 2012.

WALLIN, Bruce A. *From revenue sharing to deficit sharing: revenue sharing and cities*. American Governance and Public Policy Series. Washington: Georgetown University Press, 2007.s

**PARECER Nº 01 /2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEP CONSU/PGF/AGU**

**TEMAS RELACIONADOS A CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES CONGÊNERES TRATADOS NO ÂMBITO DO GRUPO DE TRABALHO DESIGNADO POR MEIO DA PORTARIA/PGF Nº 467, DE 08 DE JUNHO DE 2012 E COM PROSSEGUIMENTO COM BASE NA PORTARIA/PGF Nº 98, DE 26 DE FEVEREIRO DE 2013**

*Rui Magalhães Piscitelli*  
*Procurador Federal*

**PROCESSO Nº:** 00407.001856/2013-52

**INTERESSADO:** Procuradoria-Geral Federal

**ASSUNTO:** Temas relacionados a convênios e demais ajustes congêneres tratados no âmbito do Grupo de Trabalho designado por meio da Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013.

#### EMENTA

DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS JURÍDICOS UTILIZADOS COMO CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO NAS ATIVIDADES-MEIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL, NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 97 DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO: DE UM LADO, OS CONTRATOS; DE OUTRO, OS CONVÊNIOS, E OS TERMOS DE PARCERIA, CONSIDERANDO-SE A APLICAÇÃO DE TERMOS DE COOPERAÇÃO QUANDO, A DESPEITO DA CONTRAPRESTAÇÃO DIRETA, O AJUSTE ENVOLVER ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DIRETA, EM FACE DA IMPOSSIBILIDADE DE O MESMO ENTE POLÍTICO FIGURAR COMO CONTRATANTE E CONTRATADO NA MESMA OCASIÃO.

I. Os contratos seguem a contraposição de interesses e a contraprestação entre as partes; já, os convênios e os termos de parceria visam à consecução da realização de objetos em comum, em prol da coletividade, e não diretamente para os partícipes envolvidos, aplicando-se o termo de cooperação quando, a despeito da contraprestação direta entre as partes, o ajuste envolver órgãos da Administração Direta, pela impossibilidade de o ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.

II. Os documentos exigidos para os convênios devem seguir, no que couber, para observância, também, aos termos de parceria.

III. Diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos utilizados como concreção do princípio da descentralização administrativa nas atividades-meio de contrato administrativo,

convênio e termo de parceria, bem como semelhanças entre estes últimos.

Sr. Diretor do Departamento de Consultoria,

1 A manifestação em exame decorre de projeto institucionalizado no âmbito da Procuradoria-Geral Federal que, por intermédio da Portaria/PGF nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, criou Câmaras Permanentes que, no âmbito de seu núcleo temático, têm por objetivo:

I -identificar questões jurídicas relevantes que são comuns aos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas federais;

II -promover a discussão das questões jurídicas identificadas, buscando solucioná-las e uniformizar o entendimento a ser seguido pelos Órgãos de Execução da Procuradoria-Geral Federal; e

III -submeter à consideração do Diretor do Departamento de Consultoria a conclusão dos trabalhos, para posterior aprovação pelo Procurador-Geral Federal.

2. Após identificados os temas controversos e relevantes, foram realizados estudos e debates em reuniões mensais. Passou-se, então, à etapa de elaboração de Pareceres, cujo objetivo é o esclarecimento das controvérsias identificadas, de forma a orientar a atuação de Procuradores Federais por todo o país, reduzindo a insegurança jurídica.

3. Ressalve-se que o presente Parecer, inicialmente produzido em 2012, voltou à discussão na reunião do dia 07 de março de 2013, agora sob a égide da Portaria nº 98, de 26 de fevereiro de 2013, também do Exmo. Procurador-Geral Federal, desta feita, nesta novel Câmara Permanente de Convênios e demais ajustes congêneres desta PGF.

4. O presente Parecer abordará as diferenças estruturantes entre os institutos jurídicos de contrato administrativo, convênio e termo de

parceria, bem como semelhanças entre estes últimos, deixando-se de analisar minuciosamente o instituto do termo de cooperação em face de legislação superveniente, qual seja, a Portaria Conjunta nº 8, de 7 de novembro de 2012, dos Ministérios do Planejamento, Orçamento e Gestão, da Fazenda e da Controladoria-Geral da União.

5. É o relatório, anotando que o tema específico dos termos de cooperação está na pauta de análises desta Câmara para o exercício de 2013.

## 6. DA PRÉVIA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO:

6.1. No Direito Administrativo Contemporâneo, o sistema vetusto das regras vem ser substituído pela interpretação aberta das normas jurídicas, compondo estas não somente aquelas, mas, sobretudo, os princípios, estes a fim de guiar a visão do aplicador da norma. Assim da pena de OTERO<sup>1</sup>:

Um sistema tendencialmente fechado de legalidade é substituído por um sistema predominantemente aberto: a legalidade administrativa, à semelhança do que sucede com o sistema constitucional, torna-se predominantemente principialista em certos sectores de actividade.

6.2. Nesse sentido, destaque-se a importância da leitura principiológica do Direito Administrativo Contemporâneo, destacada por MENDES e outros<sup>2</sup>:

Muito embora os princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF/88 sejam de evidente importância, tanto que aí estão inseridos, existem também princípios implícitos, como o do interesse público, também chamado de finalidade pública, que merece destaque, nesse contexto, por ser fundamental para toda discussão administrativo-constitucional. [...] O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins.

1 OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 167.

2 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 875-876.



6.3. Acerca dessa visão integrada entre regras e princípios, que denominou-se juridicidade, o princípio que veio a substituir a legalidade no Direito Administrativo Contemporâneo, pós-Constituição de 1988, é curial trazeremos sua densidade das palavras de MOREIRA NETO<sup>3</sup>:

O princípio da juridicidade corresponde ao que se enunciava como um 'princípio da legalidade', se tomado em sentido amplo, ou seja, não se restringindo à mera submissão à lei, como produto das fontes legislativas, mas de reverência a toda a ordem jurídica. (grifo aposto)

6.4. A propósito, veja-se que a própria Administração Pública já expressou sua adesão formal à interpretação principiológica do Direito Administrativo, mormente no sentido de que à legalidade como regra devem ser agregados os princípios fundantes do Direito Administrativo, dentre eles a moralidade, a impessoalidade, a eficiência, o interesse público, dentre outros, a fim de se obter a verdadeira norma jurídica, sendo, pois, não somente as regras, mas também os princípios, cogentes, formando, essas duas espécies, o gênero da norma jurídica. Nesse seara, digno de nota é, no Direito Administrativo Contemporâneo, notadamente com os valores trazidos pela Constituição Federal de 88, a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade, esposado no Parecer nº 1.087 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de 19.07.2004<sup>4</sup>:

26. Na magistral lição de Germana de Oliveira Moraes, acerca da 'substituição da idéia nuclear de legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade da Administração Pública', a constitucionalização dos princípios gerais de Direito ocasionou o declínio da hegemonia do princípio da legalidade, que durante muito tempo reinou sozinho e absoluto, ao passo em que propiciou a ascensão do princípio da juridicidade da Administração, o que conduziu à substituição da idéia do Direito reduzido à legalidade pela noção de juridicidade, não sendo mais possível solucionar os conflitos com a Administração Pública apenas à luz da legalidade estrita. (grifo aposto)

6.5. Dessa maneira, já no presente tópico, chegamos à seguinte conclusão: o Direito Administrativo deve ser interpretado não somente à luz das regras, senão, também, ao farol dos princípios, sendo que o gênero

3 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 87.

4 Aprovado por Despacho do Exmo. Ministro da Fazenda, de 17/08/2004 – DOU de 23/08/2004.

norma jurídica é composto pelos princípios e regras, essas duas espécies com força cogente aos intérpretes. Essa a essência do princípio da juridicidade.

## 7. DA EVOLUÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:

7.1. A fim de podermos nos situar seguramente na matéria atinente aos presentes autos, necessário se faz incursionarmos através da evolução da Administração Pública, desde o seu nascedouro até presentemente, estágio no qual as entidades privadas paraestatais – no caso, as organizações da sociedade civil de interesse público – passam a ocupar local de destaque no cenário administrativista<sup>5</sup>.

7.2. Da Administração patrimonialista podemos exemplificar características como a pessoalidade, a inexistência de fronteira entre a coisa pública e os interesses pessoais dos governantes e a praticamente ausência de controle. Predominantemente, a escola patrimonialista poderia ser associada aos antecedentes da 1<sup>a</sup>-dimensão dos direitos fundamentais.

7.3. Sucessivamente, da Escola burocrática, podemos trazer a introdução dos controles nos negócios públicos, a segregação entre os interesses privados dos públicos e o respeito aos princípios da impessoalidade e moralidade; todavia, para isso, em face das agruras experimentadas pelo modelo anterior, acaba centralizando os negócios administrativos.

7.4. Max Weber, sociólogo alemão, inaugura o termo burocracia no início do século XX, que, na sua gênese, foi um modelo criado visando a dotar o Estado-Administração Pública de racionalidade. Nesse viés, não há como dispensar de seguir alguns de seus princípios, quais sejam, o da legalidade, o da impessoalidade, o da publicidade, o da hierarquia, o da especialização de funções, com a alta capacitação da Administração Pública, que passa a ser profissional, e o do controle dos atos estatais, visto que não mais toleraria a sociedade do início do século XX a não-transparência da coisa pública

7.5. Contudo, a Administração Pública precisava acompanhar a evolução ainda maior da sociedade, do que, com o final da 2<sup>a</sup>-e início da 3<sup>a</sup>-dimensão dos direitos fundamentais, a escola gerencial foi sendo introduzida nos temas do Estado.

---

5 PISCITELLI, Rui Magalhães. *Contratações e demais ajustes da administração pública: a teoria aplicada à prática com enfoque na área federal*. Brasília, DF: [s. n.], 2011. p 31 e seguintes.

7.6 No Brasil, o conhecido Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967, readequou vários conceitos até então praticados. Tomemos o controle, que, na visão burocrática era voltado aos meios, o qual se transformou em medição de resultados. Ademais, a Administração Pública ganhou cinco novos princípios, quais sejam, o planejamento, o controle, a coordenação, a descentralização e a delegação de competência. Notadamente com esses dois últimos, a Administração passou a delegar funções altamente especializadas às entidades que iam sendo criadas, componentes da Administração Indireta, o que visava a que os procedimentos fossem feitos cada vez de forma menos centralizada na Administração Direta. Assim, cria-se a tecnocracia. Mais recentemente, com a Emenda Constitucional nº-19, de 04 de junho de 1998, introduzindo aos quatro princípios constitucionais da Carta de 88 (legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade) o lume da eficiência, a possibilidade de demissão, mesmo dos servidores estáveis por insuficiência de desempenho, e, ao que nos toca mais diretamente, a possibilidade do controle popular sobre a Administração Pública, de forma mais detalhada do que o previsto no texto originário de 88, vê-se, pouco a pouco, a consolidação do modo gerencial de administrar a coisa pública.

7.7. É sempre bom repetir que a Reforma Administrativa implementada no Brasil mediante o DL 200, de 1967, em um modelo gerencial e reforçada que o foi pela EC 19, de 1998, assim já o previa quanto à necessidade de se realizar, com o desencargo pelo Estado das atividades-meio no âmbito administrativo, mediante instrumentos que especificou, as atividades não-essenciais, quer via contrato com entidades privadas com fins lucrativos, quer mediante convênios, entre Entes Políticos e administrativos, como se constata da redação de seu art. 10.

7.8. Nesse sentido, destacamos pensamento de GONÇALVES, acerca da busca dos Entes Públicos a formarem parcerias com os agentes privados. Em suas palavras<sup>6</sup>:

Infere-se, pois, que a implantação da ideia de parceria entre o público e o privado essencialmente se realiza e se viabiliza mediante a contratualização das relações do Estado com os particulares, embora haja outras formas de parceria, como gestão associada dos entes federados através de convênios e consórcios, além de franquias, terceirização, cooperativas prestadoras de serviços públicos, entre outras.

---

6 GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Contrato administrativo*. Tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p 133.

7.9. Tem-se, em conclusão deste tópico, que o Estado-Administração, na sua evolução, saiu do conceito tradicional de Administração Pública para novas formas de colaboração com a sociedade, via concreção do princípio da descentralização, ora mediante contratos, ora mediante convênios e ajustes congêneres (dentre eles, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor); todavia, nem contratos, nem convênios podem descentralizar as atividades que sejam estatutariamente finalísticas do órgão ou entidade públicos, bem como aquelas para as quais há cargos específicos nas referidas carreiras funcionais<sup>7</sup>. Dessa maneira, pois, aplicam-se aos ajustes congêneres como os Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis aos convênios. Outra não foi a intenção do Decreto-Lei nº 200, de 1967, ao prever a colaboração como forma de descentralização da Administração Pública para entidades públicas ou, mesmo, entidades privadas sem fins lucrativos (excluindo-se, pois, os contratos, de natureza contraprestacional).

#### **8. DOS CONTRATOS E DOS CONVÊNIOS E DEMAIS AJUSTES A ESTES ÚLTIMOS CONGÊNERES COMO MEIO DE CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO: DIFERENÇAS ESTRUTURANTES ENTRE OS INSTITUTOS:**

8.1. Nesse cenário de descentralização das atividades estatais, remonta a importância dos contratos e dos convênios, bem como de ajustes congêneres, repetindo, como, nos presentes autos, os termos de parceria com as entidades do terceiro setor.

8.2. Entretanto, é extremamente importante para evitar-se o desvirtuamento de tais institutos, a clarificação de seus conceitos, e, sobretudo, de suas diferenças, haja vista que, nos contratos, por sua natureza contraprestacional e de bilateralidade (os produtos são vendidos por uma das partes e comprados para a utilização da outra), a licitação é o caminho necessário à sua prévia formalização; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a colaboração mútua a fim da elaboração de um objeto que não será de nenhuma das partes, senão da própria coletividade, é o norte do ajuste, dispensando-se, conseqüentemente, a licitação prévia à celebração (todavia, para

---

7 Súmula 97, do TCU: “Ressalvada a hipótese prevista no parágrafo único do art. 3º da Lei 5.645, de 10/12/70 (Decreto-lei 200, de 25/02/67, art. 10, §§ 7º e 8º), não se admite, a partir da data da publicação do ato de implantação do novo Plano de Classificação e Retribuição de Cargos do Serviço Civil da União e das autarquias, a utilização de serviços de pessoal, mediante convênios, contratos ou outros instrumentos, celebrados com Fundações ou quaisquer entidades públicas ou privadas, para o desempenho de atividades inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo referido Plano.”

as entidades privadas sem fins lucrativos, não se dispensando, nos convênios, o prévio chamamento público, e, nos termos de parceria, o prévio concurso de projetos – institutos esses decorrentes da aplicação dos princípios da impessoalidade e moralidade administrativas).

8.3. Os convênios, como uma modalidade de ajuste administrativo, fundamentalmente divergem da figura do contrato. Na essência, contrato designa oposição entre as partes, ao passo que, convênio remete-se à mútua colaboração para a realização de um objeto comum. Assim em BAZILLI<sup>8</sup>: “Ao contrário do que sucede no contrato administrativo, no qual Administração coloca-se em situação de supremacia em relação ao contratado, no convênio os partícipes estão em igualdade jurídica [...]”.

8.4. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO<sup>9</sup>: “A característica do convênio reside na ausência de interesse especulativo de todas as partes, que atuam harmonicamente para o bem comum”.

8.5. A propósito, vale ressaltar, para o entendimento pleno do escopo deste Parecer, que os convênios e ajustes congêneres como os Termos de Parceria com OSCIPs passam, sequencial e cronologicamente, por 4 (quatro) fases, a saber, a proposição, a celebração, a execução e a prestação de contas.

8.6. Podem-se estruturar as fases de proposição como a apresentação, pelo proponente a receber os recursos federais, da proposta de trabalho acompanhada do Projeto Básico detalhando o objeto do convênios ; a celebração com a formatação do Termo; a execução com a realização do objeto e, finalmente, a prestação de contas com a apresentação dos documentos exigidos do recebedor dos recursos à análise da União, estes conforme contido nos arts. 72 a 76 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011.<sup>10</sup>

8.7. Vale destacar os documentos necessários à elaboração de um convênio, aplicáveis, pois, aos demais ajustes congêneres, a saber:

- a) “Proposta de Trabalho” (observados os requisitos constantes do art. 19 da Portaria Interministerial nº 507/2011);

8 BAZILLI, Roberto Ribeiro. *Contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 35-36.

9 JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p 327.

10 A propósito, vide o Manual de Convênios e outros Repasses do TCU, com as principais falhas trazidas por aquele Órgão de Controle em diversos procedimentos de auditoria e fiscalização empreendidos, Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053252.PDF>>. p 17 e seguintes. Acesso em: 15 abril 2012.

- b) “Plano de Trabalho” (observados os requisitos do art. 116 da Lei nº 8.666, de 1993 e o art. 25 da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- c) “Projeto Básico” ou “Termo de Referência” (observado o disciplinamento posto no inciso XXI do parágrafo segundo do art. 1º, inciso VII do art. 6º, parágrafo 4º e inciso III do parágrafo 6º do art. 34 e art. 37, todos da Portaria Interministerial nº 507, de 2011);
- d) “Termo de Convênio” (respeitado o contido nos arts. 38 a 43 da Portaria Interministerial nº 507/2011);
- e) “Especificações Complementares” (com informações técnicas adicionais julgadas de relevância pela Área Técnica do concedente).

8.8. Importante é trazeremos o *leading case* que trata das diferenças entre os contratos, de um lado, e os convênios e demais ajustes congêneres de outro, no Acórdão nº 2.356, de 2006, do Plenário do TCU. E isso é fundamental haja vista que, previamente à celebração dos contratos, é indispensável, salvo os casos de dispensa e inexigibilidade, trazidos na Lei licitatória geral, o prévio procedimento licitatório; ao passo que, nos convênios e demais ajustes congêneres, a licitação prévia não é exigida (veja-se, por oportuno, que o Decreto nº 7.568, de 2011, bem como o Decreto nº 3.100, de 1999, respectivamente, para convênios e termos de parceria com OSCIPs, vieram a instituir como obrigatório prévio procedimento seletivo a fim de celebração daqueles ajustes, mas, ao menos por previsão de regra normativa, somente a partir da edição daqueles, a despeito de entendermos que os princípios da impessoalidade e da moralidade sempre estivessem a exigir esses procedimentos para a escolha dos convenientes e parceiros).

É incabível o termo de convênio quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a *contraprestação correspondente*, ou seja, o preço, revelando-se relação tipicamente contratual. (grifo aposto)

8.9. Como conclusão deste tópico temos a exata distinção entre os contratos administrativos, de um lado, e os convênios e demais ajustes congêneres (a saber, com trato neste Parecer, dos Termos de Parceria), de outro, qual seja, naqueles a existência de contraprestação, ou seja, de um bem ou serviço para quem paga pelos mesmos; nestes últimos ajustes, a colaboração, sendo os bens ou serviços não para quem repassa

os recursos, tampouco para quem os recebe, senão, como um projeto de colaboração mútua em prol do interesse público. No entanto, entre órgãos da Administração direta, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deve ser utilizada a figura do termo de cooperação, em face da impossibilidade de o ente político figurar como contratante e contratado no mesmo ajuste. Desvirtuar os convênios e demais ajustes, neles inserindo objetos típicos contratuais, deve ensejar as responsabilizações cabíveis.

## 9. DOS TERMOS DE PARCERIA:

9.1. Na legislação pátria, como forma de descentralização da atividade estatal, notadamente ao terceiro setor, destacam-se as transferências voluntárias, via convênios ou via termos de parceria.

9.2. Na sua essência, os institutos se equivalem, todavia, os termos de parceria são instrumentos específicos para transferências às organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs, criadas estas pela Lei nº 9.790, de 1999, e regulamentadas pelo Decreto nº 3.100, de 1999, para atividades, repita-se o que já se disse neste Parecer, que não envolvam contraprestação ao ente público, o que passa a caracterizar outro instituto, o dos contratos, e, logo, exigindo prévia licitação.

9.3. A boa doutrina enquadra, como não poderia deixar de ser, os Termos de Parceria com as entidades da sociedade civil de interesse público – OSCIPs no gênero convênios administrativos (logo, pois, em contraposição à idéia de contrato). Bem saber de CARVALHO FILHO<sup>11</sup>:

Por sua natureza, esse negócio jurídico qualifica-se como verdadeiro convênio administrativo, já que as partes têm interesses comuns e visam à mútua cooperação além do fato de que uma delas será o Poder Público representado por algum de seus órgãos ou pessoas.

9.4. E, no sentido de poder-se optar pelo instrumento (convênio ou termo de parceria), assim a AGU já firmou entendimento, esposado na Orientação Normativa nº-29, de 2010, a saber:

A Administração Pública pode firmar termo de parceria ou convênio com as organizações sociais de interesse público – OSCIPs. Há necessidade da devida motivação e justificação da escolha efetuada.

11 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo. Atlas, 2012. p 239.

Após a celebração do instrumento, não é possível alterar o respectivo regime jurídico, vinculando os partícipes.

9.5 Diferença se vê, somente, quanto à seleção das entidades privadas sem fins lucrativos em geral e as OSCIPs, no instrumento a utilizar, em sendo, para estas últimas, preferido o Termo de Parceria, e não o convênio. Ou seja, para selecionar entidades privadas sem fins lucrativos utiliza-se o instrumento do Chamamento Público; já, para celebrar com as OSCIPs, o meio é o Concurso de Projetos.

9.6 Na referida Lei nº 9.790, destacamos quanto ao disciplinamento para a celebração, execução e prestação de contas dos Termos de Parceria o contido nos seus arts. 9º a 15.

9.7. Dessa maneira, sendo os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, devem, para tanto, observar, no que couber, observada a especificidade disposta na Lei nº 9.790 e no Decreto nº 3.100, ambos de 1999, os mesmos documentos necessários àqueles ajustes, quais sejam, proposta de trabalho, plano de trabalho, projeto básico/termo de referência (logo, para tanto, necessária prévia pesquisa de mercado a fim de justificar os referidos documentos) e, quanto ao instrumento, deve-se seguir o modelo posto na Lei nº 9.790, de 1999, quais sejam, os Termos de Parceria. Por força do contido no parágrafo único do art. 38 da Lei 8666 c/c o seu art. 116, é necessário prévio parecer jurídico nos termos de parceria. Essa é a maneira, entendemos, de prestigiar a essência dos institutos jurídicos sobre a forma, no caso, a essência nos dirige à conclusão de que são os termos de parceria instrumentos congêneres aos convênios, e, dessa maneira, devem submeter-se às disposições normativas conveniais subsidiariamente, a despeito da legislação própria da Lei nº 9.790 e do Decreto nº 3.100, de 1.999, naquilo que não contrariar estes últimos diplomas citados.

## **10. DA NECESSÁRIA ANÁLISE DOS INSTITUTOS FRENTE À LEI DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS:**

10.1. Ponto de interesse aos Procuradores Federais a constar nas suas manifestações jurídicas são as recomendações postas nas Leis de Diretrizes Orçamentárias vigentes, em face das vedações nelas contidas para a transferência voluntária às entidades privadas sem fins lucrativos, a saber, exemplificativamente, da Lei nº 12.708, de 17 de agosto de 2012 (LDO 2013), no seu art. 55.



10.2. Interessante de se observar, na LDO para o exercício financeiro de 2013 exemplificativamente (devendo o Parecerista atentar para a LDO vigente), *são os incisos I e II do parágrafo § 6º do seu art. 55*, a saber:

§ 6º As entidades qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - OSCIP poderão receber recursos oriundos de transferências previstas na Lei nº 4.320, de 1964, por meio dos seguintes instrumentos:

I - termo de parceria, caso em que deverá ser observada a legislação específica pertinente a essas entidades, processo seletivo de ampla divulgação, não se lhes aplicando as condições constantes dos arts. 51, 52 e 54; e

II - convênio ou outro instrumento congênere, caso em que deverá ser observado o conjunto das disposições legais aplicáveis à transferência de recursos para o setor privado.

10.3. Ademais, é bem lembrar que nas LDOs é que vêm prefixados os percentuais de contrapartida para os convenientes, como, na LDO para 2013, no seu art. 57, *cabendo trazer a novidade desde a LDO para o exercício financeiro de 2011, Lei nº 12.309, de 09 de agosto de 2010*, de que a contrapartida do conveniente público deverá ser **EXCLUSIVAMENTE** em recursos financeiros, não mais sendo admitida contrapartida em bens ou serviços, bem assim do parágrafo primeiro do referido artigo 57 da LDO para 2013.

10.4. Como conclusão deste tópico, temos que devem os Pareceristas Jurídicos consultarem as LDOs vigentes previamente à suas manifestações jurídicas envolvendo convênios e termos de parceria, a fim de fazerem os devidos apontamentos em seus Pareceres, da vista dos autos que lhes vêm à análise previamente à celebração dos referidos institutos.

À consideração superior.

Brasília, 11 de abril de 2013.

Rui Magalhães Piscitelli  
Procurador Federal

De acordo, na forma da unanimidade consolidada no decorrer dos trabalhos Portaria/PGF n.º 467, de 08 de junho de 2012 e com prosseguimento com base na Portaria/PGF n.º 98, de 26 de fevereiro de 2013).

Cíntia Tereza Gonçalves Falcão  
Procuradora Federal

Raphael Peixoto de Paula Marques  
Procurador Federal

Erica Maria Araújo Saboia Leitão  
Procuradora Federal

Michelle Diniz Mendes  
Procuradora Federal

Guillermo Dicesar Martins de Araújo Gonçalves  
Procurador Federal

De acordo. À consideração Superior.

Brasília, 11 de maio de 2013.

Antonio Carlos Soares Martins  
Diretor do Departamento de Consultoria

### **DESPACHO DO PROCURADOR-GERAL FEDERAL**

APROVO o N.º 01/2013/CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIOS/DEPCONSU/PGF/AGU, do qual se extrai a Conclusão que segue.

Encaminhe-se cópia à Consultoria-Geral da União, para conhecimento.

Brasília, 16 de maio de 2013.

MARCELO DE SIQUEIRA FREITAS  
Procurador-Geral Federal

**CONCLUSÃO DEPCONSU/PGF/AGU N° 24/2013:**

Aplicam-se aos Termos de Parceria os mesmos institutos estruturantes aplicáveis aos convênios, incluindo, no que couber, os mesmos procedimentos operacionais; diferenciando-se os mesmos dos contratos administrativos pela ausência de contraprestação naqueles e a presença nestes últimos. Como ressalva, deve-se ter o ajuste entre órgãos da Administração Direta que, mesmo havendo contraprestação direta entre as partes, deverá ser celebrado o termo de cooperação, em face da impossibilidade de o Ente político figurar, na mesma relação, como contratante e contratado.



**NORMAS EDITORIAIS PARA A REVISTA DA AGU**

Deve constar no Artigo:

**TÍTULO DO ARTIGO** - Descritivo porém conciso (em português e Inglês).

**AUTOR(ES)** - O(s) nome(s) do(s) autor(es) deve(m) estar acompanhado(s) de breve currículo com no máximo três qualificações na área de atuação.

**SUMÁRIO** - Não numerar a introdução e separar itens por ponto e vírgula.

Exemplo.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 tema1; 2 tema2; tema3....., Referências.

**RESUMO** - De cunho informativo, conter de 100 a 250 palavras. (em português e Inglês).

**PALAVRAS-CHAVE** - De cinco a oito palavras-chaves separadas entre si por ponto e finalizadas também por ponto. (em português e Inglês).

**CORPO DO TEXTO**

**PARÁGRAFOS:** Fonte verdana tamanho 11, espaço entre linhas de 1,5, sem espaços entre parágrafos. Recuo de 1,5 cm para primeira linha do parágrafo. O número máximo de páginas 35 e mínimo de 5 páginas

**CITAÇÕES:** com mais de três linhas (blocos) devem ter fonte menor tamanho 10 e espaço entrelinhas simples, destacadas com recuo de 1,5 cm da margem esquerda, letra menor que a do texto (verdana tamanho 10) sem aspas e sem itálico. No caso de acrescentar grifo deve ser em itálico e especificar como: (grifo nosso) ou (grifo do autor)

exemplo:

À Presidente - Ministra Ellen Gracie para o exame de empréstimo de preferência ao pregão, ante a *necessidade de o Tribunal Superior Eleitoral baixar ato fixando os parâmetros para a distribuição do fundo partidário*, tudo a partir dos preceitos da lei 9096/95 questionados. imprimam urgência, remetendo cópia a s. Exa. (grifo nosso).

Para citações que ocupam até três linhas, são inseridas dentro do próprio parágrafo entre aspas duplas. As aspas simples indicam citação no interior da citação.

Para supressões utilizar: [...] ]

Nos grifos utilizar itálico

NOTAS DE REFERÊNCIAS/RODAPÉ - Para todos os tipos de notas a Escola da AGU adotou o *sistema numerico*. As referências devem seguir o modelo abaixo para as notas de rodapé e Referências bibliográficas obedecendo inclusive a pontuação e o grifo.

Exemplos:

**a) Livros:** SOBRENOME, Nome. *Título da obra*. Local de publicação: Editora, data. p. xx Ex.: CORRÊA, Roberto. *A rede urbana*. São Paulo: Ática, 1989. p. xx

**b) Capítulo de livro:** SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. In: SOBRENOME, Nome (Org). *Título do livro*. Local de publicação: nome da editora, data. Página inicial-final. Ex.: IANNI, Octavio. Dilemas da integração regional. In: SOUZA, Álvaro (Org). *Paisagem território região: em busca da identidade*. Cascavel: Edunioeste, 2000. p.133-136.

**c) Artigo em periódico:** SOBRENOME, Nome. Título do artigo. *Título do periódico*, local de publicação, volume, número, página inicial-final, mês(es). ano. Ex.: MACHADO, Lucy. Cognição ambiental, processo educativo e sociedades sustentáveis. *Faz Ciência*, Francisco Beltrão, v. 5, n. 1, p. 131-146, dez. 2003.

**d) Dissertações e teses:** SOBRENOME, Nome. *Título da tese* (dissertação). edição. Local: Instituição em que foi defendida, data. Número de páginas. (Categoria, grau e área de concentração). Ex.: RIBAS, Alexandre. *Gestão político-territorial dos assentamentos, no Pontal do Paranapanema*. São Paulo: uma leitura a partir da COCAMP. Presidente Prudente: FCT/UNESP, 2002. 224 p.

**Observação:** As referências são alinhadas somente à margem esquerda, com espaçamento entrelinhas simples, separando as obras por espaçamento duplo. O recurso tipográfico é o itálico para destacar o elemento título.

Quando se tratar da primeira citação de uma obra, deve ser sua referência completa.

**EXEMPLO:**

Para Moraes<sup>1</sup> a supremacia das normas constitucionais no ordenamento [...].

---

<sup>1</sup> SOBRENOME, Nome. Obra. 13. ed. Local: Editora, p. 20-23, ano.

As subseqüentes citações dessa mesma obra podem aparecer de forma abreviada, utilizando-se das expressões: *Idem*, *Ibidem*, *opus citatum*, *Confira* e *Confronte*.

**EXPRESSÕES UTILIZADAS NAS NOTAS DE RODAPÉ**

*Idem* ou *id.* (mesmo autor)

Utilizada para substituir nome na mesma página, quando se tratar de diferentes obras do mesmo autor.

Exemplo:

---

<sup>1</sup> ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 1989, p.9.

<sup>2</sup> *Id.*, 2000, p. 19.

*Ibidem* ou *ibid.* (mesmo autor e mesma obra)

Usada quando o autor e a obra são os mesmos e aparecem na mesma página sucessivas vezes. Para evitar a repetição, substitui-se o nome do autor e da obra por *ibidem* ou *ibid.*

Exemplo:

---

<sup>3</sup> LAMPRECHT, 1962, p. 20.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 36.

*Opus citatum*, *opere citato* ou *op. cit.*

Colocada após o nome do autor, referindo-se à obra já citada anteriormente.

Exemplo:

---

<sup>5</sup> GONÇALVES, *op. cit.*, p. 216.

Passim ( por aqui e ali, em diversas passagens)

Faz referências a vários trechos da obra.

Exemplo:

---

<sup>6</sup> GONÇALVES, 2000, passim.

---

Cf. ( confira, confronto)

Usada para fazer referência a outros autores ou a notas do mesmo autor. Exemplo:

---

<sup>7</sup> Cf. MORAES, 2003.

---

Obs: As pontuações utilizadas nos exemplos abaixo obedecem as normas da ABNT

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS DO ARTIGO**

Quando ocorrer de ter o nome do autor referenciado várias vezes, substitui-se por traço e ponto (equivale a seis espaços).

Ex: \_\_\_\_\_. *Gabriela cravo e canela*. São Paulo: Martins, 1958.