

REVISTA DA
AGU

Volume 14 nº 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2015

CLASSIFICAÇÃO — QUALIS B2

<http://seer.agu.gov.br>

Revista da da AGU	Brasília	V. 14	nº 01	p. 1-336	jan./mar. 2015
-------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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	Secretário-Geral de Consultoria
Renato Rodrigues Vieira	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

ABNT(adaptação)/Diagramação: Niuza Lima /Gláucia Pereira

Capa: Niuza Lima

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
Volume 14 – Número 01 - Brasília-DF, jan./mar. 2015
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 - Editora chefe
André Luiz de Almeida Mendonça - DF - Vice editor
Jefferson Carús Guedes - DF - Vice editor
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy - DF
Otávio Luiz Rodrigues Junior - SP
Regina Linden Ruaro - RS

EDITOR CHEFE

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE EDITORES

André Luiz de Almeida Mendonça - DF
Jefferson Carús Guedes - DF

EDITORES ASSISTENTES

Gláucia Maria Alves Pereira
Niuza Gomes Barbosa de Lima

Pareceristas Nacionais

Alexandre Reis Siqueira Freire - DF	Flávia Danielle Santiago Lima - PE
André Luiz Santa Cruz Ramos - DF	Flávio Roberto Batista - SP
André Petzhold Dias - AM	Francisco Humberto Cunha Filho - CE
Andrea de Quadros Dantas Echeverria - DF	Gregore Moreira de Moura - MG
Antônio de Moura Borges - DF	Gustavo Augusto Freitas Lima - DF
Carlos José de Souza Guimarães - RJ	José Tadeu Neves Xavier - RS
Carolina Yumi - SP	Judivan Juvenal Vieira - DF
Clóvis Juarez Kemmerich - RS	Karla Margarida Martins Santos - DF
Cristina Campos Esteves - MG	Luís Carlos Martins Alves Jr. - DF
Dalton Santos Morais - ES	Luís Claudio Martins de Araujo - RJ
Denise Lucena Cavalcante - CE	Maria de Fátima Knaippe Dibe - DF
Dimitri Brandi de Abreu - DF	Mariana Filchtner Figueiredo - RS
Douglas Henrique Marin dos Santos - DF	Natalia Camba Martins - SP
Eliana Pires Rocha - DF	Nilma de Castro Abe - SP
Elomar Lobato Bahia - DF	Omar Bradley Oliveira de Sousa - DF
Eugênio Battesini - RS	Raphael Greco Bandeira - DF
Fabiano André de Souza Mendonça - RN	Rui Magalhães Piscitelli - DF
Fernanda Menezes - DF	Valdirene Ribeiro de Souza Falcão - SP
Filipo Bruno Silva Amorim - RN	Valério Rodrigues Dias - SP

Pareceristas Internacionais

Gustavo Calvino - ARG
Nicolás Rodríguez García - ESP
Pedro Tomás Nevado-Batalla Moreno - ESP

SUMÁRIO

Editorial..... 7

ARTIGOS

- A Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos Serviços Públicos Concedidos
Applicability of the Code of Consumer Protection to Public Services
Clarissa Teixeira Paiva 11
- O Conteúdo Teórico do Princípio da Razoabilidade: relativizando a legalidade estrita e supremacia do interesse público
The Theoretical Content of the Principle of Reasonableness: relativizing the strict legality and supremacy of the public interest
Fábio Rodrigo Victorino 41
- O Novo Panorama do Benefício Assistencial: uma análise do requisito econômico da loas na nova jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
The Continuous Cash Benefit Program's New Scene: a analyze about the economic requirement by Brazilian Supreme Court recent jurisprudence
Flavio Mاتيoli Verissimo Silva 59
- As transformações do Estado e os seus Reflexos no Direito Administrativo
The transformations of the state and its impact on administrative law
Germano Bezerra Cardoso 81
- O caráter Ideológico da Atividade Interpretativa e a Possibilidade de sua Crítica na Obra de Paul Ricoeur
The ideological character of the interpretative activity and the possibility of its critique in Paul Ricoeur's work
Hitala Mayara Pereira de Vasconcelos..... 103
- A Hierarquia dos Tratados no Direito Brasileiro
International Treaties' Authority in Relation to Laws Enacted by Parliament in Brazil
Juliano Scherner Rossi 121
- A Aprovação da Pec do Trabalho Escravo e a Flexibilização do Direito de Propriedade no Brasil
The Enactment of the Slave Labour Constitutional Amendment Project and the Flexibility of the Property Rights in Brazil
Leandro Ferreira Bernardo..... 155

Receitas municipais de transferências governamentais – Estudo das alternativas do gestor municipal para interferir no repasse de recursos do ICMS do Estado de São Paulo

Municipal revenues from government transfers - Study of alternatives municipal manager to interfere in the transfer of the São Paulo State ICMS resources

Marcos Paulo Spinelli

Rodrigo Mendes Leal.....

Direito de Construir em Face de Alterações Legislativas do Direito Ambiental: direito adquirido X proteção ao meio ambiente

Right to Build in the Face of Legislative Changes of Environmental Law: acquired right X environment protection

Paulo Henrique Carneiro Fontenele.....203

A Proteção do Meio Ambiente pela Advocacia Pública

Protecting the Environment by the Public Advocacy

Thiago Emmanuel Chaves de Lima233

Da Possibilidade de Controle das Decisões das Agências Reguladoras Através do Recurso Hierárquico Impróprio

The Possibility of Control of Regulatory Agencies' Decisions Through Improper Hierarchical Appeal

Wilson José Vinci Júnior259

PARECER

PARECER ASMG/CGU/AGU/01/2015

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy283



EDITORIAL

É com muito orgulho e satisfação que a Revista da Advocacia-Geral da União - AGU completa o seu 13º ano de existência, e fechando mas esse ciclo de vida temos o prazer e a satisfação de lançar a sua 42ª edição, referente ao trimestre de outubro a dezembro de 2014.

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal disponibiliza a 42ª Edição da Revista da AGU com onze artigos jurídicos, um Parecer da Procuradoria-Geral Federal sobre convênios, e uma Jurisprudência Comentada sobre a atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.

Os importantes temas tratados nesta edição trazem à reflexão temas variados do direito, que merecem ser apreciados pela comunidade jurídica brasileira.

Abrimos a 42ª Edição com o artigo “*Direito à Informação e Direito de Acesso à Informação como Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira*” dos notáveis autores convidados Ingo Wolfgrang Sarlet e Carlos Alberto Molinaro. Em seguida temos o artigo internacional “*Las Generaciones de Derechos Humanos*”, do Professor Catedrático de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (España), Doutor Antonio-Enrique Pérez Luño. E em continuidade aos demais brilhantes artigos dessa edição, temos os artigos: “*Transconstitucionalismo ou Cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo*”, de Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho; “*O Direito de Ação de Órgãos Federais em Conflito e sua Representação Judicial*”, de Alisson da Cunha Almeida; “*Aposentadoria especial da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social: Lei Complementar nº 142/2013*”, de Cirlene Luiza Zimmermann; “*A Mecânica dos Opínamentos Jurídicos e a Responsabilização de Procuradores por Atos de Improbidade Administrativa*”, de Claudio Penedo Madureira; “*O Regime Jurídico dos Bens Imóveis do INSS: exploração econômica e função social*”, de Felipe Mémolo Portela, “*Jurisdição Constitucional Italiana: uma reflexão comparativa com o Sistema Jurídico Brasileiro*” de Gregore Moreira de Moura; “*Elementos para o Devido Processo Legal nas Questões Sobre Incapacidade Laboral*” de Leonardo Lima Nazareth Andrade; “*O Antagonismo Político e o Poder Constituinte Originário: (re) visitando um conceito clássico do Direito Constitucional*” de Luiz Elias Miranda dos Santos, e, por fim, “*Cumprimento da Decisão Reparatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos Pelo Brasil*” de Rachel de Oliveira Lopes e José Augusto Fontoura Costa.

E, fechando esta edição, temos o PARECER nº 08 /2014/ CÂMARA PERMANENTE CONVÊNIO/DEP CONSU/PGF/AGU, da Procuradoria-Geral Federal, que aborda o tema relacionado a convênio, da lavra do Procurador Federal Michell Laureano Torres, e ao final, a JURISPRUDÊNCIA COMENTADA sobre Ação Popular (PET) n. 3388: A atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, de autoria do Procurador Federal, Filipo Bruno Silva Amorim.

E ainda, como de praxe, por derradeiro, disponibilizamos as NORMAS EDITORIAS da Revista da AGU, tudo que você precisa saber para que seu artigo seja publicado na Revista da AGU.

A Escola da Advocacia-Geral da União, Ministro Victor Nunes Leal ao tempo que agradece, parabeniza os autores dos artigos desta 42ª 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





RECEBIDO EM: 25/11/2014

APROVADO EM: 05/04/2015

A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS

*APPLICABILITY OF THE CODE OF CONSUMER PROTECTION TO
PUBLIC SERVICES*

Clarissa Teixeira Paiva ¹

Procuradora Federal

Especialista em Direito Constitucional

SUMÁRIO: Introdução; 1 Caracterização dos serviços públicos concedidos como objeto de relação de consumo; 2 Origem da tutela do consumidor e sua influência sobre os serviços públicos; 3 Distinção entre serviços públicos concedidos e serviços privados; 4 Limites quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos concedidos; 5 Conclusões; Referências.

¹ clarissapaiva@agu.gov.br

RESUMO: Este artigo trata sobre a questão da forma de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos quando delegados a empresas privadas, através de concessão. O que se procura explicar é em que medida o Direito do Consumidor pode influenciar no Direito Administrativo, com relação aos serviços públicos concedidos. Assim, constatou-se que, uma vez existente a relação de consumo envolvendo o serviço público concedido, a subsunção das normas do Código de Defesa do Consumidor deve ser feita com limites, e não de modo indiscriminado, como é feito em relação aos serviços privados.

PALAVRAS-CHAVE: Serviços Públicos Concedidos. Relação de Consumo. Código de Defesa do Consumidor. Proteção dos Usuários.

ABSTRACT: This article deals with the question of how to apply the Code of Consumer Protection to public services when delegated to private companies through concessions. What is sought is to explain to what extent the Consumer Law can influence the Administrative Law with regard to public services provided. Thus, it was found that once the consumer relationship involving such public service exists, the subsumption of the Code of Consumer Protection standards must be done with limits, not indiscriminately, as is done in relation to private services.

KEYWORDS: Granted Public Services. Consumption Ratio. Code of Consumer Protection. Protection of Users.

INTRODUÇÃO

As mudanças que ocorreram no século XIX, com a revolução industrial, a produção em série e o conseqüente aumento no consumo de bens, provocaram transformações sociais e econômicas as quais o ordenamento jurídico não foi capaz de alcançar com a mesma rapidez.

Isso gerou graves prejuízos ao equilíbrio e à harmonia nas relações de consumo, pois os consumidores se tornaram a parte mais fraca, em razão da exposição constante a uma quantidade cada vez maior de produtos e serviços, dos quais necessitam para sobreviver, sem, contudo, dispor de proteção específica e de meios que lhes possibilitassem um amplo acesso à justiça. Por isso, o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990) criou vários mecanismos com o intuito de restaurar o equilíbrio entre consumidores e fornecedores e, assim, realizar o princípio da igualdade no âmbito das relações de consumo.

Diante desse quadro, o CDC incluiu as pessoas jurídicas de direito público no rol de fornecedores previsto no art. 3º, com o intuito de fazer com que a tutela protetorista dos direitos do consumidor também incidisse sobre o Estado e as suas concessionárias. Tanto que em alguns de seus dispositivos, a Lei n.º 8.078/90 se refere especificamente aos serviços públicos: art. 4º, VII - prevê a racionalização e melhoria dos serviços públicos, como uma das metas da política nacional das relações de consumo; art. 6º, X - inclui a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral como um dos direitos básicos do consumidor; art. 22 - obriga os órgãos públicos e as concessionárias a fornecerem serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos; art. 59, §1º - a aplicação de pena de cassação da concessão à concessionária de serviço público que violar obrigação legal ou contratual.

No entanto, a aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos concedidos ainda gera dúvidas e causa polêmica junto à doutrina e aos aplicadores do direito. As opiniões sobre o tema não são pacíficas e isso só contribui para a obscuridade e confusão a respeito de questões tão importantes sobre os direitos dos usuários de serviços públicos concedidos.

Será que os usuários de serviços públicos concedidos também podem ser considerados consumidores? Em que medida o CDC se aplica a eles? São perguntas a que a doutrina e a jurisprudência vêm respondendo de forma acanhada e sem muita segurança. Trata-se de um assunto polêmico, que ainda não foi suficientemente explorado, pois carece de obras as quais façam uma abordagem mais clara e aprofundada.

O tema ganha ainda mais importância na atualidade, tendo em vista o forte processo de privatizações pelo qual o Brasil vem passando e que ganhou grandes proporções na década de 90, durante o governo de Fernando Henrique Cardoso. Antes disso, o Brasil havia se tornado um grande empresário, mas não conseguia mais manter o nível de investimento necessário para gerar desenvolvimento econômico, inclusive com a busca de novas tecnologias. Esse panorama incentivou a procura de novos modelos políticos e uma das saídas foram as privatizações, como uma forma de reduzir a atuação direta do Estado na economia.

Assim, o Poder Público muda o seu instrumento de atuação e transfere a execução de serviços públicos, como o de telecomunicações e de energia elétrica, para a iniciativa privada, permanecendo com a titularidade sobre eles. O Estado, então, passou a intervir de forma indireta na economia, apenas com o objetivo de regular e fiscalizar as empresas privadas por meio das recém-criadas Agências Reguladoras.

As privatizações ensejaram a realização de vários contratos de concessão de serviço público e impulsionaram a criação da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que os regulamenta. E a situação atual caracteriza-se pela quase totalidade dos serviços públicos estarem sendo prestados através de concessão, por intermédio das empresas privadas.

Ou seja, o Estado tem preferido transferir a execução dos serviços públicos a ter que prestá-los diretamente. Esse quadro só torna ainda mais relevante a preocupação em se visualizar a existência de uma relação de consumo entre os usuários e as empresas concessionárias de serviços públicos.

É evidente que para o usuário, o fato de ser considerado consumidor e gozar de vários direitos reconhecidos pela Lei n.º 8.078/90, só o traria benefícios, pois haveria quantidade maior de garantias. No entanto, o contrato de concessão envolve não apenas os interesses dos usuários, mas também os do Estado e da empresa concessionária. Por isso é importante se analisar em que medida a disciplina jurídica do CDC pode influenciar no regime jurídico de direito público aplicável aos serviços públicos concedidos, sem prejudicar os interesses das partes envolvidas, principalmente o interesse público.

É preciso que se analise a questão também do ponto de vista do Estado e do princípio da supremacia do interesse público, o qual tem sido o grande argumento empregado para afastar ou amenizar a incidência do CDC as serviços públicos concedidos.

1 CARACTERIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS COMO OBJETO DE RELAÇÃO DE CONSUMO

O Direito do Consumidor não pode ser considerado um ramo do Direito, tal qual o são, tradicionalmente, o Direito Civil e o Direito Constitucional, por exemplo. Trata-se de uma disciplina inovadora, principalmente porque o seu âmbito de aplicação é bastante amplo. Isso faz com que as relações de consumo possam vir a abranger situações que antes afetavam exclusivamente a outros ramos do Direito. Por essa razão é que o CDC é considerado um microsistema.

O Código de Defesa do Consumidor, ao dar o conceito de fornecedor e de serviço, no art. 3º, §2º, apresenta uma inovação, pois permite que os serviços públicos sejam considerados objeto de uma relação de consumo. Com isso, uma matéria que, por sua natureza, é estudada pelo Direito Administrativo, também passa a integrar o microsistema de defesa do consumidor.

Entretanto, em razão do grande número de atividades que cabe ao Estado realizar, é bastante pertinente o questionamento sobre quais seriam os serviços públicos, prestados pela Administração Pública ou por meio de delegação, que ensejariam a aplicação das normas do CDC. Ou seja, quais as características que um serviço público deve reunir para ser considerado objeto de relação de consumo.

Roberto Senise Lisboa² afirma que, na relação entre a Administração Pública ou empresas delegadas e o usuário, dois critérios devem orientar o aplicador da lei para que ele possa concluir pela incidência ou não do CDC a um serviço público: *a forma de pagamento da remuneração e a natureza do serviço prestado*. Quanto ao primeiro critério, só se enquadrariam os serviços que fossem utilizados mediante o pagamento direto ao seu fornecedor e desde que esse pagamento fosse destinado à realização do serviço, como contrapartida. Desde já, ficaria excluído das relações de consumo qualquer serviço que fosse remunerado através de tributos, inclusive das taxas, pois o seu pagamento é feito em razão de um serviço público específico e divisível, mas essa receita não será necessariamente utilizada na execução do serviço. Assim, estaria fora do âmbito de aplicação da Lei n.º 8.078/90 qualquer reclamação em razão do fornecimento de iluminação pública, pela má qualidade da educação ou saúde públicas etc. Todavia, os serviços públicos remunerados com o pagamento de tarifa, na opinião do autor,

² LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 187.

ensejariam a aplicação do CDC, pois se trata de genuína remuneração pelo serviço prestado, no sentido em que deve ser no mercado de consumo.

Já de acordo com o segundo critério, o da natureza do serviço público, somente seriam objeto de relação de consumo os serviços fruíveis diretamente pelos usuários, divisíveis e que permitissem o seu pagamento de forma específica, proporcionalmente ao que foi utilizado, isto é, os chamados serviços *uti singuli*. Portanto, seriam submetidos às normas de Direito do Consumidor; segundo o autor, o fornecimento privado de energia elétrica, água, gás, telefone e transportes coletivos aéreo, terrestre e marítimo.

Maria A. Zanardo Donato³, ao estabelecer quais espécies de serviços públicos fornecidos aos usuários que se subsumem à Lei 8.078/90, também adota o critério da remuneração do serviço público. Isso porque o art. 3º, §2º determina que qualquer atividade econômica prestada mediante remuneração é considerada serviço. Como a autora também segue a doutrina segundo a qual os serviços públicos seriam atividade econômica em sentido amplo, ela entende que a remuneração é o critério capaz de distinguir os serviços públicos de consumo daqueles que não o são, sob pena de se generalizar indevidamente a incidência do CDC a todos serviços públicos. Assim, ela afirma que somente os serviços públicos *uti singuli* remunerados por tarifa é que possuiriam todas as características dos serviços privados, ao contrário dos *uti universi*.

Para fundamentar o seu entendimento, Donato⁴ transcreveu uma das súmulas do CENACON (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor), elaboradas para orientar os promotores de justiça do consumidor de São Paulo. A súmula n.º 6 tem o seguinte conteúdo:

Serviço público - Objeto de Proteção pelo Código de Defesa do Consumidor - *uti singuli*. São objeto de tutela pelo Código do Consumidor e de atribuição das Promotorias de Justiça do Consumidor os serviços públicos prestados *uti singuli* e mediante retribuição por tarifa ou preço público, quer pelo Poder Público diretamente quer por empresas concessionárias ou permissionárias, sobretudo para efeitos do art. 22. Não o são, porém, os serviços prestados *uti universi* como decorrência da atividade precípua do Poder Público e retribuído por taxa ou pela contribuição a título de tributos em geral. Nesse caso,

3 DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 122-126.

4 *Ibid.*, p. 129.

tais serviços poderão ser objeto de inquérito civil e ação civil pública pelo Ministério Público, mas por intermédio do setor de defesa dos direitos do cidadão (junho/92).

José Reinaldo de Lima Lopes⁵ procura distinguir dentre os serviços públicos, aqueles sujeitos às relações de mercado e aqueles que respondem a direitos da cidadania, isto é, fora do âmbito do CDC. Ele afirma que, quando o Estado está prestando um serviço cuja fruição, remuneração e prestação podem ser feitas *uti singuli*, essa relação seria de consumo, ao contrário do que ele chama de relações de cidadania, como seria tipicamente o caso dos serviços *uti universi*.

José Geraldo Brito Filomeno⁶, ao comentar a definição de serviço do art. 3º, §2º do CDC, com relação aos serviços públicos, salienta que na remuneração a que se refere o artigo não se inserem os tributos, tais como taxas e impostos, os quais encerram uma relação de natureza tributária, e não de consumo, em que há a figura do contribuinte, que não se confunde com a do consumidor. Ele ainda afirma que:

Não se há confundir, por outro lado, referidos tributos com as “tarifas”, estas sim, inseridas no contexto dos ‘serviços’ ou, mais particularmente, “preço público”, pelos “serviços” prestados diretamente pelo poder público, ou então mediante sua concessão ou permissão pela iniciativa privada.

O que significa que, na opinião do autor, somente os serviços públicos remunerados por tarifa seriam objeto de uma relação de consumo.

Por outro lado, Regina Helena Costa defende a tese de Geraldo Ataliba, segundo a qual os serviços públicos específicos e divisíveis, prestados aos usuários só poderiam ter como forma de remuneração a taxa, sendo a tarifa uma verdadeira distorção. Com isso, ela afirma que os serviços públicos remunerados mediante o pagamento de taxa estariam sujeitos à proteção das normas do CDC, pois a exigência de onerosidade do serviço só poderia estar relacionada à cobrança de taxa, quanto aos serviços públicos específicos e divisíveis. Os demais serviços, como os financiados

5 LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, p.77-93, jul./set. 1997.

6 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 41.

por recursos obtidos através da cobrança de impostos, não seriam relação de consumo por lhes faltar a característica da remuneração direta⁷.

Assume uma posição contrária à maioria da doutrina Fábio Jun Capucho⁸, para quem incidirá o CDC em “toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público, por si ou por terceiros (concessionários e permissionários) sob sua direção e controle, independentemente da forma de sua remuneração.” Ele entende que uma interpretação restritiva limitaria às relações de consumo apenas alguns serviços públicos que tivessem maior semelhança com os serviços privados. Isso prejudicaria a finalidade buscada pelo legislador de fazer incutir no âmbito do serviço público a mesma dinâmica proposta para o setor privado.

A maioria da doutrina, como demonstrado, adota uma posição restritiva da aplicação do CDC aos serviços públicos. O entendimento prevalente considera relação de consumo apenas os que são remunerados por tarifa e exclue qualquer tipo de relação tributária, mesmo as decorrentes do pagamento de taxa. Se um serviço está sujeito ao regime de Direito Tributário, ele está fora do mercado de consumo. Primeiro porque as atividades oferecidas pelo Estado, a partir da receita obtida através de impostos, não são sequer consideradas serviços públicos, mas funções irrenunciáveis do Estado que, por sua própria natureza, não são suscetíveis de exploração econômica nem por particulares, mediante concessão ou permissão. São os chamados serviços públicos *uti universi*.

Até se poderia cogitar, a princípio, da aplicação do CDC aos serviços públicos remunerados por taxa. Entretanto, apesar da especificidade e divisibilidade características desses serviços, ainda assim estar-se-ia diante de uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor⁹.

Ademais, as taxas incidem tanto sob o exercício efetivo prestado ao contribuinte, quanto sob o exercício potencial, posto à disposição do contribuinte. Neste último caso, a taxa é cobrada em razão da compulsoriedade do serviço, ou seja, o usuário não tem opção sobre a fruição ou não da prestação, pois a taxa é exigida de forma impositiva. Diferente

7 COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, p. 97-104, abr./jun. 1998; ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 161.

8 CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, p. 96-116, abr./jun. 2002.

9 Sobre a impossibilidade de se equiparar contribuinte e consumidor, o RESP n.º 478.958-PR (STJ. Min. Luiz Fux, julgamento: 24/06/2003. DJ: 04/08/2003)

do que ocorre com o transporte coletivo, por exemplo, em que as pessoas podem escolher entre pegar um ônibus, e aí pagar a tarifa correspondente, ou simplesmente chegar ao seu destino caminhando, sem nada ter que pagar, mesmo que o serviço continue à sua disposição. A compulsoriedade fere a liberdade de escolha, que é um dos direitos básicos do consumidor, expresso no art. 6º, inc. II, da Lei n.º 8.078/90. Isto é, um serviço público remunerado por taxa não pode ser considerado objeto de uma relação de consumo, pois sua natureza atenta contra a própria sistemática do CDC.

Quanto à adoção, por alguns autores, do critério da natureza do serviço público, deve-se ressaltar que só poderiam configurar uma relação de consumo os serviços públicos *uti singuli*, ficando excluídos os *uti universi*. Além dessas atividades sequer serem consideradas serviços públicos, de acordo com o posicionamento adotado neste estudo, o critério da remuneração já conduziria a esse entendimento, uma vez que somente os serviços *uti singuli* permitem a cobrança de tarifa.

Então, a partir das várias posições acima abordadas, é possível identificar alguns elementos comuns utilizados para distinguir os serviços públicos inseridos no âmbito do CDC, daqueles sujeitos apenas às normas do Direito Administrativo.

O principal elemento distintivo é a remuneração do serviço, com base no que a própria Lei n.º 8.078/90 mencionou como requisito para que uma atividade esteja apta a integrar uma relação de consumo: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração...”. Com relação aos serviços públicos, entende-se enquadrados nesta lei apenas os que exigem o pagamento de tarifa, que não se sujeita ao regime jurídico tributário. Este é o entendimento esposado na seguinte jurisprudência:

A tarifa, como instrumento de remuneração do concessionário de serviço público, é exigida diretamente dos usuários e, consoante cediço, não ostenta natureza tributária¹⁰.

O que vai determinar a cobrança de taxa ou de tarifa por um serviço público específico e divisível são as peculiaridades do próprio serviço, uma vez que o Estado não tem liberdade para optar entre uma ou outra forma de remuneração.

10 STJ, REsp 976.836, rel. Min. Luiz Fux, DJ 05/10/2010.

Quando um serviço público é transferido a um particular através de concessão, ele apresenta características que somente tornam viável a sua prestação mediante a cobrança de tarifa. Ou seja, se os serviços públicos concedidos são explorados por tarifa e essa forma de remuneração é indiscutivelmente suficiente para caracterizar um serviço de consumo, isso leva à conclusão de que todos os serviços públicos concedidos estão sujeitos ao CDC.¹¹ Tanto é que o art. 22 dispõe que os órgãos públicos e suas concessionárias e permissionárias são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Ademais, a Lei de Concessões e Permissões (n.º 8.987/95), em seu art. 7.º, apresenta um rol de direitos e obrigações dos usuários e ressalva que não haverá prejuízo do que estiver disposto na Lei n.º 8.078/90. Isso só reforça ainda mais a conclusão em favor da aplicabilidade do CDC na defesa dos usuários/consumidores de serviços públicos concedidos e, o que é mais importante, evidencia a possibilidade do Direito do Consumidor incidir em relações tradicionalmente reguladas pelo Direito Administrativo.

Apesar de tais argumentos, há quem defenda a não configuração de relação de consumo a partir da prestação de um serviço público concedido. É dessa forma que se manifesta Antônio Carlos Cintra do Amaral¹², o qual afirma que o usuário de serviço público concedido não pode ser considerado consumidor, pois ambos estariam em situações jurídicas distintas, em razão das diferenças existentes entre a relação jurídica de serviço público e a relação jurídica de consumo.

O autor acredita que a relação jurídica entre concessionário e usuário não pode ser equiparada à existente entre duas pessoas privadas, que atuam na defesa de seus interesses específicos. A diferença existe na medida em que o concessionário age prestando um serviço cuja titularidade continua sendo do Poder Público, ou seja, o concessionário é apenas o intermediário entre o usuário e o Estado, o qual é responsável subsidiariamente pela prestação do serviço. Já na relação de consumo, o Poder Público intervém apenas regulando a relação entre o fornecedor e o consumidor, protegendo este último, que é considerado a parte mais fraca e, portanto, vulnerável da relação. Neste caso, o Estado não assume nenhuma responsabilidade pelo

11 Essa afirmativa inclui as concessões para exploração de rodovia. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de relação de consumo também entre concessionária de rodovia e usuário, em decisão proferida no RESP n.º 467.883 – RJ (STJ. 3a Turma. rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 01/09/2003).

12 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 janeiro 2003.

cumprimento das obrigações do fornecedor, ao contrário do que ocorre na concessão, em que a sua responsabilidade é subsidiária.

Para Cintra do Amaral¹³, não seria possível que o Estado interviesse regulando as relações de consumo e ele próprio pudesse sofrer as conseqüências de uma condenação com base no CDC. Outra distinção diz respeito aos interesses envolvidos, pois com a prestação do serviço público pelo concessionário estariam em jogo interesses públicos, apesar de serem prestados por uma empresa privada. Com a incidência do princípio da supremacia do interesse público, o concessionário estaria impedido de dispor da prestação do serviço segundo as suas próprias aspirações, mesmo que houvesse concordância do usuário, pois os interesses envolvidos não são privados, isto é, disponíveis, ao contrário do que ocorre em uma relação de consumo. Ele também apoia sua tese na determinação da Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, que previu a elaboração da lei de defesa do usuário de serviço público. Isso só fortaleceria o entendimento de que houve a intenção do Poder Constituinte reformador em distinguir o usuário do consumidor, pois cada um deveria estar protegido por uma legislação específica.

Essas seriam as diferenças entre a relação de consumo e a de serviço público apontada pelo jurista, que, segundo ele, seriam suficientes para que o tratamento dispensado a usuários e consumidores fosse também diverso.

Todavia, não devem prevalecer razões dessa ordem contra a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos. Não são mais admissíveis os argumentos que tempos atrás os doutrinadores costumavam pregar com rigor para afirmar a separação inabalável entre o público e o privado. Até mesmo porque o Direito do Consumidor não pertence nem ao Direito Público, nem ao Direito Privado, especificamente. Por se tratar de um microsistema, o CDC é um instrumento de tutela do consumidor tanto perante o Estado quanto perante os agentes econômicos e o alcance dessa proteção afeta vários ramos do Direito, dentre os quais o próprio Direito Administrativo.¹⁴

Não se pode interpretar as normas de defesa do consumidor com uma visão tradicionalista, como se fossem parte de uma disciplina convencional. A Lei 8.078/90 merece um tratamento especial, conforme o grau de especialidade que possui. Ademais, a lei a qual se refere a EC n.º 19/98

¹³ AMARAL, op. cit., p. 3.

¹⁴ Com relação ao transporte aéreo de mercadorias, o RESP n.º 209.527-RJ (STJ. 3ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/03/2001), trata sobre a influência do Código de Defesa do Consumidor na Convenção de Varsóvia.

até hoje não foi elaborada pelo Congresso Nacional, o que alimenta as controvérsias em torno do tema.

A posição de Cintra do Amaral¹⁵ é a de que o CDC só deveria tutelar o consumidor de serviços privados e não haveria possibilidade de se dispensar o mesmo tratamento aos usuários de serviços públicos concedidos por se tratarem de relações jurídicas diferentes.

É certo que os serviços públicos se submetem a um regime jurídico diferente dos serviços privados, mas isso não basta como justificativa para afastar de forma absoluta a incidência do Direito do Consumidor aos serviços públicos concedidos. Um serviço de consumo não é e em hipótese alguma deve ser considerado sinônimo de um serviço privado, pois o CDC incide em ambos os tipos de atividade.

A caracterização de um serviço público como objeto de uma relação de consumo é um tema bastante discutido na doutrina e ainda controverso. No entanto, a questão acerca da incidência da Lei n.º 8.078/90 sobre o regime de Direito Público ainda não mereceu análise mais profunda por parte dos juristas. Isto é, além de se saber que pode ser configurada uma relação de consumo, é fundamental saber de que forma o CDC se aplica aos serviços públicos prestados mediante concessão.

As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, apesar de não servirem para descaracterizar estes como objeto de uma relação de consumo, não significa que a subsunção das normas do CDC nos dois casos seja feita da mesma maneira. Do contrário, poderia se correr o risco de descaracterizar a própria prestação do serviço público.

A concessão é considerada um contrato de natureza anômala e assim também o é a relação estabelecida entre o usuário e o concessionário quando da prestação do serviço. Não se pode enxergar essa relação como sendo meramente contratual privada, como no caso dos serviços privados, pois também há a incidência de regras regulamentares, fixadas unilateralmente pelo Estado e isso se impõe aos usuários e concessionários. Ou seja, o elemento consensual nos serviços públicos concedidos não está tão presente quanto nos serviços privados e isso vai influir na aplicação do CDC, que não se dará da mesma forma nos dois casos.

15 AMARAL. op. cit., p. 3/4.

Um dos motivos por que se deve dar um tratamento distinto para os serviços públicos e privados, diz respeito à própria origem da tutela dos consumidores nos Estados Unidos.

2 ORIGEM DA TUTELA DO CONSUMIDOR E SUA INFLUÊNCIA SOBRE OS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Direito do Consumidor começou a se delinear a partir de movimentos iniciados nos Estados Unidos (EUA) e daí se espalhou para outros países, como o Brasil. Como toda adoção de um modelo importado, o sistema de normas de proteção ao consumidor também sofreu adaptações à realidade brasileira. Assim, para se considerar a aplicação desse sistema aos serviços públicos no Brasil, também é preciso se analisar a organização administrativa do Poder Executivo dos EUA para se saber em que contexto o Direito do Consumidor surgiu e sua influência nas atividades estatais.

No Direito norte-americano, o Estado se desincumbiu da prestação direta de serviços públicos e os repassou à iniciativa privada. O detalhe é que a noção de serviço público nos EUA é diferente da que existe no Direito Administrativo Brasileiro, porque todas as atividades econômicas, inclusive as que correspondem à utilidades essenciais, são realizadas de acordo com o princípio da livre iniciativa.

Não é possível, portanto, a classificação que parte da doutrina no Brasil adota, através da qual as atividades econômicas incluiriam os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito, em que predominam as leis de mercado. Tanto é que nos EUA não se reconhece a figura dos contratos de concessão de serviço público.

Como nos EUA o Poder Público não presta diretamente os serviços essenciais, a forma encontrada para se evitar abusos foi através da criação normas que pudessem assegurar aos consumidores uma tutela adequada, por meio do que veio a se consagrar como a disciplina jurídica do Direito do Consumidor.

O objetivo era garantir uma proteção ao usuário desses serviços por meio de um conjunto de regras e princípios capaz de regulamentá-los, ou seja, garantir a presença do Estado interferindo nas relações existentes entre os usuários e as empresas privadas responsáveis por satisfazer certos serviços de utilidade pública.

Disso conclui-se que, quando o Estado presta serviços públicos ou quando cria normas para a defesa do consumidor de um serviço prestado

por uma empresa privada, ele estaria tutelando os mesmo princípios e valores só que de formas diferentes.

Nas palavras de Marçal Justen Filho¹⁶:

Sob certo ângulo, o Direito do Consumidor desempenha, no ordenamento jurídico norte-americano, a função assumida entre nós pelo instituto do serviço público. São alternativas diversas para tutela dos mesmos princípios e valores. Vale dizer, o sistema anglo-saxão remeteu a satisfação das necessidades essenciais à iniciativa privada, mas reservou a aplicação de um regime próprio e peculiar, destinado a tutelar o usuário. A mesma necessidade conduziu outros ordenamentos a atribuir a titularidade do exercício das mesmas atividades ao Estado, subordinando o seu desempenho ao regime de direito público.

Nos EUA, os serviços públicos incorporam um formato diferente do que se verifica no Brasil. Em análise rigorosa, questiona-se inclusive a existência de um conceito próprio de serviço público no direito norte-americano. Lá não há uma área de atuação exclusiva do Estado, pois até as necessidades públicas são satisfeitas pelas empresas privadas, pela livre iniciativa, mas sob a fiscalização das Agências Reguladoras. A interferência do Estado é apenas indireta, na regulamentação dos serviços e pelo reconhecimento de direitos aos consumidores. Esta é uma forma de garantir uma prestação adequada aos serviços e de compensar a insegurança gerada pela ausência do Estado empresário.

Por outro lado, no Brasil, o setor público é muito bem delimitado, uma vez que o Estado tem a incumbência de fornecer vários serviços públicos, o que pode ser feito de maneira direta ou indireta. Neste último caso, há a faculdade de se transferir a uma empresa privada a responsabilidade apenas pela execução, pois a titularidade do serviço permanece com o Poder Público. Isso poderá ser feito através de um contrato de concessão, figura inexistente no Direito norte-americano, pelas razões anteriormente expostas.

Daí, conclui-se que no Brasil ocorre um fenômeno inusitado e estranho ao ordenamento jurídico norte-americano: a figura de uma empresa privada fazendo as vezes do Estado e executando um serviço público. Essa configuração pode levar a um aparente conflito, pois a existência de uma empresa privada ensejaria aplicação do Direito do Consumidor e o fato de o objeto ser um serviço público faria incidir as normas de Direito Administrativo.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 555.

O que impulsionou a defesa do consumidor nos EUA foi tão somente a necessidade de o Estado se fazer presente para garantir a qualidade na prestação dos serviços. Se esse impulso tivesse sido seguido à risca, no Brasil, o CDC teria previsto a sua incidência apenas nos serviços privados, pois nos serviços públicos o Estado já estaria presente, regulamentando de forma direta as condições da prestação.

Ou seja, originariamente, o Direito do Consumidor não surgiu para ser aplicado contra o Estado fornecedor de serviços públicos, mas sim contra as empresas privadas. A incorporação dessa idéia de se estender aos usuários a qualidade de consumidores surgiu muito mais por influência do Direito europeu, mais especificamente do Direito espanhol, através Lei Geral de Defesa dos Consumidores e Usuários da Espanha, a Lei 26/1984, como afirma Roberto Senise Lisboa¹⁷. Essa lei reconhece os mesmos direitos tanto para os consumidores de serviços privados, quanto para os usuários de serviços públicos.

A idéia de submeter o Estado às mesmas regras que disciplinam a relação consumidor-fornecedor deu-se com o intuito de melhorar a qualidade na prestação dos serviços públicos no Brasil e de oferecer aos usuários os mesmos mecanismos criados pelo CDC para a proteção da parte vulnerável e mais fraca da relação de consumo.

Assim, o conflito entre o Direito do Consumidor e o Direito Administrativo no Brasil é apenas aparente, porque um regime jurídico não exclui o outro. É certo que os serviços públicos são atividades administrativas e que, por isso, estão submetidas à disciplina do regime jurídico de Direito Público. No entanto, isso não impede que também se apliquem as normas do CDC na proteção dos usuários, conforme estabelece a própria Lei n.º 8.987/95, em seu art. 7º. O problema é se verificar em que medida a Lei n.º 8.078/90 irá influenciar o Direito Administrativo quanto aos serviços públicos concedidos.

3 DISTINÇÃO ENTRE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS E SERVIÇOS PRIVADOS

Os serviços privados são prestados sem que se cogite nenhuma influência em relação ao interesse público e é justamente nesse ponto que reside a principal diferença com relação aos serviços públicos.

17 LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140.

O prestador de serviço público tem a sua atuação regida com o objetivo principal de realizar o interesse público. Mesmo que o serviço tenha sido objeto de concessão e, assim, passado à execução por uma empresa privada, esta só pode pretender o lucro dentro dos limites da satisfação do interesse público. Os serviços privados, todavia, são desempenhados com o objetivo principal de buscar o maior lucro possível.

Disso conclui-se que os serviços públicos concedidos são executados de acordo com o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, o qual não permite que as empresas prestadoras desses serviços disponham livremente deles, visando unicamente ao lucro, em prejuízo do interesse público.

Por outro lado, os serviços privados desenvolvem-se segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita maior autonomia na sua execução. Se as condições oferecidas pelos fornecedores forem aceitas pelos consumidores, o serviço poderá ser contratado sem que aqueles tenham que se comprometer com a qualidade. O fornecedor privado pode optar entre prestar um serviço mais barato, porque de menor qualidade, ou cobrar mais caro por um serviço executado com maior rigor. E o consumidor também é livre para escolher dentre esses serviços aquele que mais se adequar às suas necessidades. Caso se sinta prejudicado ou insatisfeito, o consumidor poderá recorrer ao CDC.

Não obstante o serviço ser privado, o Estado intervém para proteger o consumidor, mas o faz através da lei. Quando o serviço é público, o próprio Estado é quem se compromete em prestá-lo, pois a sua atuação dá-se dentro dos limites da lei e daquilo que por ela for permitido.

Isso já seria uma garantia da não ocorrência de abusos aos quais os serviços privados estariam suscetíveis, uma vez que aos particulares é permitido fazer tudo que a lei não proíbe, existindo mais liberdade de atuação. Assim, na teoria, haveria uma necessidade muito maior de se tutelar o consumidor de um serviço privado do que o usuário de serviços públicos.

Portanto, não haveria como se aplicar o Direito do Consumidor com a mesma intensidade em dois setores distintos da economia: os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido restrito. Sendo este último âmbito em que se encontram os serviços privados, cuja prestação não tem como finalidade a realização do interesse público. Aí está a grande diferença em relação aos serviços públicos.

As atividades econômicas privadas são desempenhadas com o objetivo de buscar o lucro e o fornecedor de serviços pode se valer da autonomia

outorgada constitucionalmente, nos arts. 170, parágrafo único e 174. A soma desses dois fatores pode levar a situações de abuso, em que o consumidor fica vulnerável à ocorrência de eventual dano.

Os serviços públicos, ao contrário, são atividade administrativa, regulada por normas de direito público e que tem como finalidade o alcance do interesse público. Isso significa que o concessionário não goza da mesma autonomia que uma empresa que atua no setor privado, pois não poderá dispor do serviço da maneira como bem entender. A atuação do concessionário sofre uma série de limitações por parte do Estado, que é quem permanece com a titularidade do serviço. Por exemplo, não há como reduzir o valor das tarifas em prejuízo à qualidade do serviço com o intuito de aumentar os lucros, porque a principal finalidade do concessionário é realizar o interesse público, por meio da prestação de serviços adequados, eficientes e de boa qualidade. A lucratividade fica em segundo plano, embora também seja um dos objetivos do concessionário.

O concessionário, portanto, se submete às condições fixadas pelo Estado na prestação do serviço público. Embora o usuário contrate com o concessionário, essa relação vai refletir uma influência do Estado, o que não ocorre no caso dos serviços privados, em que a própria empresa pode dispor livremente sobre as condições em que o negócio será firmado com o consumidor.

Marçal Justen Filho¹⁸ ainda atenta para uma diferença fundamental entre serviços públicos e privados. Como no serviço público prevalece a tutela do interesse público, a proteção a um usuário específico fica em segundo plano. Por outro lado, o Direito do Consumidor visa, primordialmente, a defesa do interesse privado. Consequentemente, a proteção do consumidor de um serviço privado deve ser muito mais intensa e rigorosa do que a do usuário de serviço público. A razão disso, segundo o jurista, é que:

No serviço privado, somente existem em jogo interesses disponíveis, a tutela da parte economicamente mais fraca não põe em jogo questões mais relevantes. No campo do serviço público, o interesse do prestador do serviço é público; o do usuário é privado. Logo, é cabível evitar que o usuário, como parte economicamente mais fraca, tenha seus interesses indevidamente sacrificados. Mas não é admissível que o interesse particular do usuário seja superposto ao interesse público.

18 JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 560.

4 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS: LIMITES E ADEQUAÇÃO

A atividade administrativa do Estado é regida pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade dos interesses públicos, o que corresponde, respectivamente, às prerrogativas e sujeições da Administração Pública, conteúdo do regime jurídico administrativo, conforme doutrina de Celso A. Bandeira de Mello¹⁹.

A atividade privada, representada pelos interesses do concessionário, é norteadada pelo princípio da intangibilidade da propriedade privada e tem como principal objetivo o lucro. Já os usuários buscam a satisfação das necessidades essenciais, através da utilização de serviços públicos eficientes.

Cada parte envolvida com o contrato de concessão possui interesses os quais não podem ser considerados de modo isolado. O Estado detém prerrogativas quanto à modificação das condições de prestação do serviço, independentemente da anuência do concessionário e dos usuários, mas tal poder não poderá ser utilizado para anular os interesses das outras partes envolvidas. Da mesma forma, o concessionário não pode pretender obter o lucro a qualquer custo, em detrimento da qualidade da prestação, bem como os usuários não podem exigir a satisfação de suas necessidades essenciais de forma gratuita, sem remunerar o concessionário pelo serviço.

Cada um dos princípios envolvidos sofre limitações sob certos aspectos e extensões sob outros, de acordo com o princípio da proporcionalidade. Haverá casos em que será necessário se privilegiar os interesses de uma das partes, em detrimento dos interesses das outras. É o que ocorre, por exemplo, quando há um aumento na tarifa, em atendimento ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que visa a proteger o concessionário do poder do Estado de modificar unilateralmente as cláusulas contratuais.

Outro caso, já reconhecido pela jurisprudência,²⁰ é o que permite ao usuário gozar de serviços públicos essenciais, como a energia elétrica, mesmo diante da falta de pagamento da tarifa, em razão do princípio da continuidade, que proíbe a interrupção do fornecimento.

19 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 38.

20 Sobre o assunto, RESP n.º 442.814 – RS (STJ. Rel. Ministro José Delgado, julgamento: 03/09/2002, DJ: 11/11/2002).

Isso porque, na concessão, os vários princípios que a integram fazem parte de um conjunto, de uma unidade, que é responsável pelo caráter associativo do contrato.

Desta forma, não se admite a invocação pura e simples dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público para determinar o regime jurídico da concessão. Essa é a opinião de Marçal Justen Filho²¹, expressa nas seguintes palavras:

A concessão não se reduz a uma manifestação da atividade administrativa do Estado, mas representa a integração de interesses estatais, coletivos e privados. O princípio da associação impõe considerar a supremacia e indisponibilidade do interesse público de modo compatível e harmônico com o princípio da intangibilidade da propriedade privada e da satisfação das necessidades coletivas.

No mesmo sentido, também não se admite que a concessão possa ser influenciada apenas pelos interesses dos usuários, com a aplicação do CDC em qualquer caso, sem nenhuma ponderação. Isso seria privilegiar o interesse privado em detrimento dos demais interesses.

César A. Guimarães Pereira²² cita como exemplo prático, a aplicação indevida do art. 4º, parágrafo único, do CDC:

A falta de consciência dos fundamentos para a aplicação limitada do CDC favorece essa equivocada aplicação irrestrita – submetendo-se o prestador de serviço público, p. ex., a normas punitivas próprias da disciplina da atuação econômica privada. É o que se passa com a regra de devolução em dobro de montantes cobrados indevidamente.

O Direito do Consumidor pressupõe a desigualdade das partes e, na tentativa de equiparar-las, outorga superioridade jurídica ao consumidor para compensar a sua inferioridade técnica e econômica, na maioria dos casos, diante do fornecedor.

A concessão é regida pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato. Isso significa que, na prestação do serviço público concedido deve-se compatibilizar e

21 JUSTEN FILHO, p. 290-291.

22 PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de Serviços Públicos: Usuários, Consumidores e os Aspectos Econômicos dos Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 218.

harmonizar ao máximo os interesses envolvidos, segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ou seja, não se pode aplicar o CDC ampla e irrestritamente aos serviços públicos concedidos, pois essa disciplina tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo. E, nos contratos de concessão, nenhuma das partes deve receber tratamento privilegiado de forma constante, a exemplo do que ocorre com o consumidor nas relações de consumo de serviços privados.

Isso evidencia, portanto, a necessidade de se oferecer um tratamento diferenciado aos usuários de serviços públicos e aos consumidores de serviços privados. Estes apresentam um regime mais simples, envolvendo somente interesses privados e disponíveis, sem cogitar do alcance do interesse público em sua prestação. Nesse caso, a proteção ao consumidor deve ser feita de forma mais incisiva e rígida, com a aplicação de todas as normas do CDC, o que não deve acontecer no caso dos serviços públicos concedidos.

Em alguns casos, não poderia prevalecer o interesse dos usuários ao invés dos interesses do poder concedente e do concessionário. Por isso é que não se deve admitir a aplicação pura e simples do CDC aos serviços públicos concedidos. É preciso que haja um sopesamento das conseqüências para que não haja prejuízo à tutela do interesse público e para que se possa obter a máxima realização dos interesses envolvidos.

Todavia, também não se pode tentar restringir ou negar a aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos com base no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, conforme pretendem alguns autores, como Antônio Carlos Cintra do Amaral²³. Neste caso, estar-se-ia cometendo o mesmo erro, isto é, considerar de forma isolada e abstrata apenas um dos interesses presentes na concessão.

Os serviços públicos concedidos são objeto de relação de consumo e os usuários possuem direitos também previstos na Lei n.º 8.078/90. Então, nem o Estado, nem o concessionário podem se esquivar, antecipadamente, de seu cumprimento.

Ademais, a existência da supremacia do interesse público como um princípio estrutural para a explicação do Direito Administrativo vem sendo

23 AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

questionada por uma doutrina mais moderna. A principal crítica reside na impossibilidade de se elevar ao status de norma-princípio a determinação prévia e abstrata da supremacia do interesse público em detrimento do interesse privado, algo que só poderia ocorrer a partir de situações concretas.

Os princípios caracterizam-se estruturalmente por serem concretizáveis em vários graus, por encontrarem o seu fundamento de validade no próprio ordenamento jurídico, seja de forma explícita ou implícita, e por servirem de fundamento para a interpretação e aplicação do Direito.

No entanto, nenhuma dessas características podem ser vislumbradas no *princípio* da supremacia do interesse público, o que leva a conclusão de que, na verdade, trata-se de um axioma, justamente porque é auto-demonstrável. Essa é a opinião de Humberto Ávila²⁴:

Trata-se, em verdade, de um dogma até hoje descrito sem qualquer referibilidade à Constituição vigente. A sua qualificação como axioma bem o evidencia. Esse nominado princípio não encontra fundamento de validade na Constituição brasileira. Disso resulta uma importante consequência, e de grande interesse prático: a aplicação do Direito na área do Direito Administrativo brasileiro não pode ser feita sobre o influxo de um princípio de prevalência (como norma ou como postulado) em favor do interesse público.

A explicação abstrata da supremacia do interesse público exclui qualquer hipótese de ponderação, pois o interesse público sempre terá maior peso que o privado, sem que diferentes opções de solução sejam levadas em conta para a máxima realização das normas em conflito. E uma relação de prevalência só pode ser constatada diante do caso concreto, e não de forma abstrata.

Ou seja, o que se propõe não é afirmar a prevalência do regime jurídico de Direito Administrativo, quanto aos direitos dos usuários de serviços públicos concedidos, em razão do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Até porque a solução não é tão simples assim e não se poderia afastar a incidência da Lei n.º 8.078/90 aos usuários, tendo como base somente tal princípio, de validade questionável. Isso também seria contra o regime jurídico da concessão, que pressupõe um conjunto de interesses, e não a prevalência de só um deles.

24 ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”.

Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 7, outubro, 2001. p. 21.

Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

O raciocínio oposto também não é correto, porque se um serviço é público e a ele se aplicarem indiscriminadamente todas as normas do Direito do Consumidor, haverá determinadas situações em que isso poderá provocar conseqüências prejudiciais ao Estado, ao concessionário e à própria coletividade que acabarão arcando com esse ônus.

Da mesma forma que não se deve aplicar automaticamente e sem nenhuma ponderação todas as normas do CDC, também não se deve limitar ou excluir previamente essa aplicação tendo como fundamento o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Não é com fundamento em escolhas prévias, feitas no campo abstrato, que se chegará a uma compatibilização entre as duas disciplinas. Isso deverá ser feito em concreto, através do princípio da proporcionalidade, para que, dentre todas as medidas igualmente eficazes para se atingir um fim, deva ser adotada a menos gravosa em relação ao direito das partes envolvidas.

Na prática, fica difícil adotar esse critério, mas essa se demonstra como sendo a solução mais adequada. Qualquer atitude extremista com relação ao problema seria descabida e estaria ferindo o próprio princípio da associação nas concessões.

Não há incompatibilidade entre os regimes, no sentido de não se admitir a aplicação do Direito do Consumidor a uma atividade administrativa, mas também não se deve entender pela total e indiscriminada aplicação do CDC aos serviços públicos concedidos, da mesma forma como se dá com os serviços privados.

Alexandre Santos de Aragão²⁵ concluiu o Direito brasileiro adotou uma posição mista em relação à categorização jurídica do usuário de serviço público. Porém, ele afirma que:

Todavia, o CDC não pode ser aplicado indiscriminadamente aos serviços públicos, já que eles não são atividades públicas comuns, sujeitas à liberdade de empresa e desconectadas da preocupação de manutenção de um sistema prestacional coletivo.

25 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. p. 15. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

A Lei n.º 8.987/95 traz a regulamentação sobre os contratos de concessão de serviços públicos, inclusive no que diz respeito aos direitos do usuário. O art. 7º, que apresenta uma relação de direito e obrigações, ressalva que a sua aplicação não prejudica os direitos previstos no CDC. O art. 7º do CDC também faz a ressalva de que os direitos nele previstos não excluem outros decorrentes da legislação ordinária. Como se pode ver, as disciplinas das Leis n.º 8.078/90 e 8.987/95 não se excluem, se complementam.

Assim, os direitos dos usuários são os previstos no Direito Administrativo e no Direito do Consumidor, sendo este último responsável por apresentar um número maior de mecanismos de proteção.

Entretanto, na aplicação dos direitos previstos do CDC em proteção aos usuários, também devem ser levados em conta os interesses do poder concedente e do concessionário para que não sejam ultrapassados limites que venham prejudicar a própria prestação do serviço e o interesse público.

Nem todos os direitos do consumidor podem ser considerados direitos dos usuários, em certas circunstâncias, pois os serviços públicos concedidos apresentam peculiaridades inerentes à sua prestação, o que os difere dos serviços privados, em que o CDC é aplicado sem nenhuma restrição.

Os usuários de serviços públicos concedidos poderiam invocar em seu favor tanto as normas inerentes ao desenvolvimento dos serviços públicos da Lei n.º 8.987/95, quanto as de Direito do Consumidor, mas dentro de alguns limites.

Sobre o assunto, Marçal Justen Filho²⁶ afirma que:

Deve limitar-se essa extensão aos limites do que for cabível, tendo em vista as peculiaridades do regime de direito público e do direito do consumidor. Nem todas as regras e princípios do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis ao relacionamento com o usuário de serviço público.

Um exemplo disso é que, nas concessões, o Estado tem o poder de modificar as condições da prestação do serviço unilateralmente. E, para o Código de Defesa do Consumidor, isso seria inadmissível. As cláusulas exorbitantes, mutáveis a qualquer tempo pelo poder concedente, seriam consideradas cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, conforme o art. 51, incisos X e XIII:

²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 131.

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após a sua celebração.

Qualquer possibilidade de se permitir ao fornecedor modificar cláusulas contratuais sem a anuência do consumidor se caracteriza como uma situação abusiva e que representa um desequilíbrio na relação jurídica estabelecida, algo incompatível com a sistemática da Lei n.º 8.078/90.

No entanto, os poderes exorbitantes do Estado são inerentes ao contrato de concessão de serviços públicos. Eliminar esses poderes, através da aplicação do CDC, seria o mesmo que negar a existência de um contrato de concessão de serviço público.

Assim, é necessário que se verifique as peculiaridades de cada caso concreto e as conseqüências da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, segundo os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que sejam compatibilizados os interesses do Estado, do concessionário e do usuário, sem grandes prejuízos para nenhum deles.

5 CONCLUSÕES

1. Podem ser objeto de uma relação de consumo não apenas os serviços privados, mas também os serviços públicos fornecidos no mercado de consumo, mediante remuneração;
2. O elemento subjetivo não serve mais para caracterizar um serviço público, porque a sua prestação também poderá ser feita por empresas privadas, através de concessão ou permissão, e nem toda atividade prestada pelo Estado é serviço público;
3. Os contratos de concessão têm caráter plurilateral ou trilateral, pois envolvem o poder concedente, que é o Estado; o concessionário, que são pessoas jurídicas de direito privado e os usuários;

4. O fato da prestação correr por conta de risco de uma empresa privada, a mutabilidade do contrato e a contrapartida da intangibilidade da equação econômico-financeira só permitem que a remuneração dos serviços públicos concedidos seja feita mediante tarifa;
5. Só poderão caracterizar uma relação de consumo os serviços públicos remunerados por tarifa, a exemplo dos serviços públicos concedidos;
6. Os serviços públicos gratuitos, custeados pela receita obtida a partir da cobrança de impostos, bem como aqueles remunerados por tributos em geral, não são considerados serviços, segundo o CDC. A cobrança de tributos cria uma relação Fisco-contribuinte, e não fornecedor-consumidor;
7. O CDC se aplica aos serviços públicos concedidos, mas não na mesma medida em que se aplica aos serviços privados;
8. A prestação de serviços privados é feita com objetivo de lucro, segundo o princípio da livre iniciativa, que possibilita uma maior autonomia na execução. Já nos serviços públicos concedidos, apesar de o concessionário ser uma empresa privada, só pode haver pretensões de lucro dentro dos limites de satisfação do interesse público. O serviço é prestado de acordo com o regime jurídico de direito público, o que implica em uma série de limitações à atividade estatal, tais como a submissão ao princípio da legalidade e da moralidade;
9. As diferenças existentes entre os serviços privados e os serviços públicos, com relação à finalidade da prestação, aos interesses envolvidos e ao regime jurídico aplicável, são suficientes para permitir um tratamento diferenciado na aplicação das normas do CDC;
10. As concessões são regidas pelo princípio da associação, que representa a síntese de todos os interesses presentes no contrato, os quais devem ser compatibilizados, de acordo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade;
11. Nenhum dos interesses envolvidos na prestação do serviço público concedido deve ser previamente superior aos demais.

Isso implica reconhecer limites à aplicação do CDC, que tem como principal objetivo proteger o consumidor, garantindo-lhe sempre superioridade frente ao fornecedor para equilibrar a relação de consumo;

12. Também não deve ser invocado o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado para afastar de forma prévia e absoluta a tutela do usuário pelo CDC;
13. Somente diante do caso concreto é que poderão ser analisadas as conseqüências da aplicação das normas do CDC aos serviços públicos concedidos e adotada a solução mais adequada, de acordo com os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da associação nas concessões, para que não haja grandes prejuízos a nenhum dos interesses envolvidos.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

AMAR, Jacques. *De L'Usager au Consommateur de Service Public*. Marseille: Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2001.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 13, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2003.

ANDRADE, Roberto Braga de. Fornecimento e Consumo de Serviço: em busca de uma formatação dogmática. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 16, jan./mar. 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços Públicos e Direito do Consumidor: Possibilidade e Limites da Aplicação do CDC. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Públicos, n. 15, ago./set./out. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6. ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 maio 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa de. *Defesa do Consumidor e Regulação: a participação dos consumidores brasileiros no controle da prestação de serviços públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPUCHO, Fábio Jun. O Poder Público e as Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 41, abr./jun. 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. v. II, 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

COSTA, Regina Helena. A Tributação e o Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, abr./jun. 1998.

DENARI, Cristiane. *Privatização e Serviços Públicos: as ações do Estado na Produção Econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREITAS, Juez. O Controle Social e o Consumidor de Serviços Públicos. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 20 jan. 2013.

_____. Regime dos Serviços Públicos e a Proteção dos Consumidores. In: MODESTO, Paulo; MENDONÇA, Oscar (coord.). *Direito do Estado: Novos Rumos*. Tomo 2. São Paulo: Max Limonad, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HINDO, Michelle Dibo Nacer. Taxa e Tarifa nos Serviços Públicos Essenciais e Conseqüências Jurídicas Face ao Código de Defesa do Consumidor. *Jus Navigandi*, Teresina, nº 57, jul./2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2966>>. Acesso em: 07 maio 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____; PEREIRA, César A. Guimarães. Concessão de Serviços Públicos de Limpeza Urbana. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 219, jan./mar. 2000.

JUSTEN NETO, Marçal. *Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público no Brasil*. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

LAZZARINI, Alvaro. Serviços Públicos nas Relações de Consumo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 215, jan./mar. 1999.

LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Responsabilidade do Estado por Empresas Fiscalizadas. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 18, jul./set. 1997.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A Proteção dos Usuários de Serviços Públicos – A Perspectiva do Direito do Consumidor. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. A Regulação dos Serviços Públicos Altera o Perfil do Consumidor. *Revista Marco Regulatório da AGERGS*, nº 1. Disponível em: <http://www.agergs.rs.gov.br/bibliot/revista/mr1/mr1_claudia.htm>. Acesso em: 10 maio 2003.

_____. Proposta de uma Teoria Geral dos Serviços com Base no Código de Defesa do Consumidor: a evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vl. 33, abr./jun. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Da Crise de Energia Elétrica e a Proteção do Consumidor dos Serviços Públicos Privatizados. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 225, jul./set. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Natureza Jurídica do Pedágio: Taxa? Preço? *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, v. 32, 2000.

MOOR, Fernanda Stracke. *O Regime de Delegação da Prestação de Serviços Públicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEIRA, César Carlos. *Entes Reguladores de Servicios*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997.

NOVELLI, Flávio Bauer. Apontamento sobre o Conceito Jurídico de Taxa. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 189, jul./set. 1992.

PAIVA, Clarissa Teixeira. As Agências Reguladoras. In: *Congresso Brasileiro de Regulação de Serviços Públicos Concedidos*, 3, 2003, Gramado. Anais... Porto Alegre: ABAR, 2003. CD-ROM.

PASQUALOTO, Adalberto. Os Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan./mar. 1992.

PAULA, Adriano Perácio de. O Código de Defesa do Consumidor e o Princípio da Continuidade dos Serviços Públicos Comerciais e Industriais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, nº 118, abr./jun. 1993.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Serviços Públicos Concedidos e Proteção do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, jan./mar. 2001.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Direitos dos Usuários de Serviços Públicos. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 34, dez./2009. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=34&artigo=936>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

_____. *Usuários de Serviços Públicos: Usuários, Consumidores e os Aspectos Econômicos dos Serviços Públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, Rodrigo Alves da. O Código de Defesa do Consumidor e os Serviços Públicos: a defesa dos usuários de serviço público. *Jus Navigandi*, Teresina, nº 63, março, 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3830>>. Acesso em: 08 maio 2013.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os contratos administrativos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, nº 30, abril, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=470>>. Acesso em: 12 maio 2003.

TÁCITO, Caio. A Tarifa Percebida por Concessionário de Serviço Municipal de Esgoto não tem Natureza Tributária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 217. Parecer, jul./set. 1999.

RECEBIDO EM: 20/10/2014

APROVADO EM: 20/02/2015

O CONTEÚDO TEÓRICO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: RELATIVIZANDO A LEGALIDADE ESTRITA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

*THE THEORETICAL CONTENT OF THE PRINCIPLE OF
REASONABLENESS: RELATIVIZING THE STRICT LEGALITY AND
SUPREMACY OF THE PUBLIC INTEREST*

Fábio Rodrigo Victorino¹
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução histórica da razoabilidade; 2 Razoabilidade e proporcionalidade; 3 O princípio da razoabilidade na Administração; 4 Conclusão; Referências.

1 fabio.victorino@agu.gov.br

RESUMO: O chamado princípio da razoabilidade tem sido utilizado como um dos mecanismos disponíveis ao administrador para afastar eventual rigidez formal que trazem juntos os tradicionais princípios da legalidade estrita e supremacia do interesse público. Trata-se de vertente que posiciona o Direito Administrativo voltado à proteção dos direitos fundamentais contra a ação irrazoável e arbitrária estatal. Cunhado a partir da expressão devido processo legal substancial, basicamente, coíbe situações em que a aplicação da lei gere efeitos desarrazoados ou inaceitáveis socialmente. Nesses casos, prioriza-se muito mais a *finalidade* da norma do que seu conteúdo semântico.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Razoabilidade. Devido Processo Legal Substancial. Legalidade Estrita.

ABSTRACT: The called principle of reasonableness has been used as one of the mechanisms available the administrator to remove eventual formal rigidity that bring together the traditional principles of strict legality and supremacy of the public interest. It is about strand which positions the Administrative Law aimed at protection to fundamental rights against from arbitrary and unreasonable action. Coined from the expression substantive due process of law, basically, shy away from situations where law enforcement manages unreasonable or socially unacceptable effects. In these cases, it prioritizes more the purpose of standard than its semantic content.

KEYWORDS: Principle of Reasonableness. Substantive Due Process of Law. Strict Legality.

INTRODUÇÃO

No senso comum, razoável é o mesmo que racional, sensato, moderado, aceitável, justo.

Na filosofia, o termo razoável implica na “conformidade com a razão ou com as regras que ela prescreve em determinado campo de pesquisa ou em geral”.² Razoabilidade, nesse ponto, equipara-se à ideia de justiça distributiva, como reconheceu Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*³. Segundo o filósofo, “o justo é uma espécie de termo proporcional”. E mais: “eis o que é justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção”.⁴

Já no campo jurídico, usando das palavras do belga CHAÏM PERELMAN, a razoabilidade é um conceito atrelado ao “socialmente aceitável”, atuando “quando a aplicação estrita da lei dá azo a consequências inaceitáveis, porque iníquas, ridículas ou opostas ao bom funcionamento do Estado”. Assim “nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é direito”.⁵

Sua importância, porém, traz consigo um contrapeso: as críticas direcionadas à alta carga de subjetividade que carrega.

Tais críticas, todavia, são legitimadas justamente pela ausência de precisão analítico-conceitual de seu conteúdo – pressuposto de qualquer trabalho científico –, a começar pela confusão feita quando comparados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É daí que surge a necessidade de se delimitar as bases *teóricas* que compõem a razoabilidade da forma como é conhecida atualmente, visando elucidar sua correta aplicação *prática*.

Para tanto, três serão os caminhos perseguidos: em um primeiro momento, fixaremos as bases históricas de tal princípio (item 1), que nasceu do direito anglo-saxão e posteriormente foi cunhado pela expressão devido processo legal substancial. Sua relação com a proporcionalidade (item 2) vem com o intuito de incrementar seu conteúdo propriamente dito. Aqui vale o registro prévio: o chamado princípio da proporcionalidade nasceu no direito

2 ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 830.

3 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção “Os Pensadores”. v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 324.

4 *Ibidem*, p. 325.

5 PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 429-37.

alemão depois da Segunda Guerra e possui estrutura prévia delimitada por três subelementos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); ao contrário, a razoabilidade é aplicada a partir da análise subjetiva de *meios e fins*. O desfecho do trabalho virá com o direcionamento da razoabilidade perante a Administração Pública como forma de coibir os rigorismos formais da legalidade estrita e da supremacia do interesse público, dois dos cânones do Direito Administrativo tradicional (item 3).

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RAZOABILIDADE

A principal fonte histórica do princípio da razoabilidade está no direito anglo-saxão, em especial na formação da chamada cláusula do devido processo legal desde os primórdios da *Magna Charta* de 1215 e suas confirmações.

O *law of the land* do Capítulo 39 da Magna Carta Inglesa estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, *senão um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra*”.

Já transportado às Colônias Inglesas da América do Norte e implementado pela Constituição norte-americana, o devido processo legal teve lugar garantido nas suas Emendas V (1789) e XIV (1868). A primeira garantiu que ninguém será “privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal”. A segunda estabeleceu que nenhum Estado “poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal”.

Dessas duas Emendas, extrai-se o caráter dúplice do devido processo legal: em primeiro plano, era meramente formal (*procedural due process*), garantindo ao cidadão americano um processo regular e justo. Os atos do governo, em sentido *lato*, deveriam obedecer a determinadas normas, formas ou métodos para que não houvesse prejuízo aos direitos individuais.⁶

Posteriormente, tal garantia já não mais cabia nos anseios daquela sociedade. Foi aí que a Suprema Corte dos Estados Unidos concedeu conteúdo substancial ao devido processo legal (*substantive due process*), utilizando-o efetivamente como forma de controle de constitucionalidade dos atos estatais. Na prática, além de questões procedimentais e com base em critérios de razoabilidade (*reasonableness*), passou a promover a

6 BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 554. Sobre o tema, v. COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002. p. 359-63.

proteção dos direitos fundamentais contra a ação irrazoável e arbitrária estatal (*protection from arbitrary and unreasonable action*).⁷

A essência do devido processo legal substancial, como se vê, ocorreu com base num fenômeno estudado pela hermenêutica constitucional: a chamada mutação constitucional, ou seja, a alteração do sentido da norma, sem modificá-la formalmente. Sua ratificação legislativa ocorreu tempos depois com a mencionada Emenda XIV da Constituição Americana.⁸

Dessa ideia, nasceu o que conhecemos hoje como princípio da razoabilidade. Nas palavras de ORLANDO BITAR, referido conceito estava no que a Suprema Corte chamou de *rule of reasonableness*: “se a finalidade para a qual a lei foi promulgada era razoável, se são empregados meios razoáveis para alcançar o seu objetivo, se tais meios guardam uma proporção substancial e razoável com os fins da lei e se esta não impõe limitações irrazoáveis sobre a liberdade de contrato ou os direitos adquiridos (*vested rights*), então a Corte aceitará a lei como expressão legítima e constitucional do poder de polícia”.⁹

No Brasil, sua trajetória foi a mesma, sobretudo pela alta influência americana na formação do constitucionalismo brasileiro, capitaneada na época por RUI BARBOSA. Um parêntese: o devido processo legal foi instituído na Constituição de 1824 (art. 179, VIII e XI). Comentando a Constituição de 1891 (art. 72, §§ 15 e 16), RUI assenta que referida cláusula “assegura aos cidadãos a vida, a liberdade, a propriedade, todos os seus direitos e imunidades, pondo-os sob a proteção das disposições gerais, que regem a comunhão”, sendo que, “de todas as limitações impostas pelo povo soberano às autoridades, essa é a mais importante delas” (*the most important*).¹⁰

7 BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o Estado de Direito. *Revista trimestral de direito público*, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997. p. 51; FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista trimestral de direito público*, n. 15, São Paulo: Malheiros, 1996. p. 35; CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 57.

8 Sobre o processo de mutação constitucional em geral, v. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1102; BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997, *passim*. Sobre a mutação do devido processo legal em especial, v. CASTRO, op. cit., p. 57-8.

9 BITAR, op. cit., p. 557. Os outros critérios apontados pelo Autor como possíveis *standards* do devido processo legal são: (i) *rule of expediency*, em que pela experiência deve perquirir se, de fato, eram necessárias as restrições efetivadas pelo poder de polícia; (ii) *balance of convenience*, que inquire da *proporção equitativa* entre o grau de intervenção da lei nos direitos dos particulares e a vantagem coletiva superveniente; e (iii) *rule of certainty*, critério pelo qual as leis de polícia social devem deixar claro e certo tudo que prescrevem ou consentem, sob sanções prévias e certas.

10 BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. V, São Paulo: Saraiva & CIA, 1934. p. 386-7.

Na atual Constituição, o devido processo legal vem insculpido no art. 5º, LIV, segundo o qual, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Essa é, pois, a base normativa atual do princípio da razoabilidade.

2 RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

Um dos grandes problemas da razoabilidade reside justamente na sua relação com o chamado princípio da proporcionalidade¹¹. Embora tenham afinidade reconhecida, inclusive, pelo Tribunal Constitucional Alemão (responsável pela proporcionalidade)¹², tais princípios devem ser tratados de forma distinta.

Tal premissa, ao que parece, foi seguida pelo legislador brasileiro ao catalogar razoabilidade e proporcionalidade como princípios do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/99, art. 2º).

No Brasil, porém, doutrina e jurisprudência parecem não ter se atentado a isso. Fala-se, assim, identidade prática¹³, relação de fungibilidade¹⁴, total semelhança¹⁵ ou associação.¹⁶ Dentre os administrativistas, há quem sustente que a proporcionalidade é faceta da razoabilidade¹⁷ ou o contrário¹⁸. No Supremo Tribunal Federal é comum encontrar a expressão “afronta

11 Cf., sobretudo, SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. In: TORRENS, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (orgs.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 89 e s.

12 EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. Londres: Kluwer Law International, 1996. p. 38: “The BVerfGE has often connected the Idea of reasonableness with the principle of proportionality”.

13 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.

14 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.

15 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 85.

16 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 67.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 81; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101.

18 ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 59; MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 150.

ao princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade”, dando a entender que se trata de coisas idênticas.¹⁹

Para aqueles que se debruçam no estudo da proporcionalidade propriamente dita, no entanto, é comum encontrar as razões que distanciam ambos os princípios.²⁰

Ao contrário da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade teve origem no controle do poder de polícia estatal e não guarda nenhuma ligação com a Magna Carta de 1215.²¹ Tinha como premissa a *proporção* entre a prática de um delito e a aplicação da respectiva pena – ideia transposta ao direito administrativo no século XIX em favor dos “direitos naturais” reconhecidos na época. Atuava, pois, como típica *proibição de excesso*.

O alemão Otto Mayer revela o verdadeiro sentido da proporcionalidade durante a República de Weimar assentando que “o poder de polícia não atua sobre os que estão submetidos à sua jurisdição senão no tanto em que a perturbação deles emane. O fundamento do poder de polícia no direito natural exige que a defesa esteja na proporção com a perturbação; desse modo se fixe a medida do poder de polícia. Não cabe presumir que a lei, mediante as autorizações gerais em virtude das quais procede a autoridade policial, tenha querido permitir uma defesa que exceda a esta medida natural. Assim, pois, esta medida natural adquire a importância de um limite jurídico sério”.²²

Depois da Segunda Guerra (década de 50), com a derrota política do positivismo, as insuficiências teóricas do jusnaturalismo e a consagração do chamado novo constitucionalismo, o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*) deu novos contornos ao princípio da proporcionalidade, agora encarado como o meio correto de solucionar conflito entre princípios a partir de três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

19 Cf. STF, HC nº 76.060-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *Lex-STF*, v. 304, p. 304 (309): “o confronto do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade – de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais – é que se pretenda constringer fisicamente o pai presumido ao fornecimento de uma prova de reforço contra a presunção de que é titular” (trecho extraído do voto do relator).

20 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003. p. 69; SILVA, op. cit., p. 89; PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000. p. 90; ARAUJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002. p. 57; STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 187.

21 SILVA, op. cit., p. 91.

22 MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Tomo II, Buenos Aires: Roque Depalma, 1982. p. 31.

Em suma, seguindo sistematização feita por PAULO BONAVIDES, o princípio da proporcionalidade passou por três estágios que delimitam sua trajetória. O primeiro “tem o mesmo significado do princípio da necessidade (*Erforderlichkeit*) no Direito de Polícia (*Polizeirecht*)”. O segundo “biparte-se nos princípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, compreendendo ainda um círculo de aplicação relativamente limitado”. E o terceiro e atual “serve o princípio da proporcionalidade para designar a ‘triade’ de subprincípios ou conceitos parciais conhecidos como regras de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (*Geeignetheit, Erforderlichkeit e Verhältnismässigkeit i. e. S.*)”.²³

Como se vê, já em suas origens, proporcionalidade e razoabilidade se distanciam. E o fundamento e conteúdo de cada um deles segue a mesma linha.

A razoabilidade, como visto, decorre do devido processo legal substancial. Já a proporcionalidade tem como fundamento o Estado de Direito Material (*Rechtsstaat*)²⁴ e a própria estrutura dos direitos fundamentais, tidos como princípios, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado da melhor forma possível, dentre as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.²⁵

O princípio da proporcionalidade é aplicado mediante a análise ordenada de seus três subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para solucionar um conflito entre dois bens de valia constitucional. Em tempo: a adequação “significa que a providência se mostra adequada ao objetivo almejado [...]; envolve, pois, correspondência de meios e fins”. A necessidade “supõe a existência de um bem juridicamente protegido e de uma circunstância que imponha intervenção ou decisão; equivale a exigibilidade desta intervenção”. E a proporcionalidade em sentido estrito “implica em justa medida; que a providência não fica aquém ou além do que importa para se obter o resultado devido, nem mais, nem menos; e porque trata de limites, de

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 406.

24 CANOTILHO, op. cit., p. 266; HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 159; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 189. Aqui cabe um parêntese: a trajetória do Estado de Direito se iniciou com uma tendência formalista (Estado de Direito Formal) durante a República de Weimar caracterizado pelo famoso *Império da Lei*, onde o Estado, em termos práticos, caminhava em conformidade com o livre-arbítrio atribuído ao legislador. Depois da Segunda Guerra, cunhou-se o termo Estado de Direito Material em que se tinha a vinculação do Estado a determinados princípios e valores superiores do Direito, que seriam *valores fundamentais* da ordem da vida em comum positivadas pela Constituição. Sobre o tema, v. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 31 e s.; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999. p. 52 e s. Refletindo a ideia do Estado de Direito Formal, v. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p. 137 s.

25 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002. p. 111.

restrições e de suspensão de direitos fundamentais, ela traduz-se em proibição do excesso”.²⁶

Já o princípio da razoabilidade não tem 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.

Por consequência, o respeito à razoabilidade implica na não ultrapassagem dos limites considerados *aceitáveis* em termos jurídicos (*função negativa*). Já a proporcionalidade vai além e demarca aqueles limites fixando os parâmetros a serem respeitados (*função positiva*), mesmo que, em primeiro plano, pareça ser “irrazoável” ir além.²⁷

Trata-se de premissa análoga àquela exposta por LUÍS ROBERTO BARROSO ao encarar o princípio da razoabilidade sob dois prismas: *razoabilidade interna* (dentro da lei) que seria a “verificação da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados” e a *razoabilidade externa* que visa sua “adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional”.²⁸

3 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE NA ADMINISTRAÇÃO

As dificuldades encontradas na aplicação do princípio da razoabilidade giram em torno da alta carga de subjetividade que a tarefa carrega e sua íntima ligação com o ideal de justiça. A depender dos objetivos perseguidos pelo intérprete, razoável pode ser ponte para arbitrariedades inaceitáveis, sobretudo nos atos discricionários praticados pela Administração.

O problema, porém, não é restrito ao aludido princípio: já na hermenêutica jurídica tradicional é possível encontrar lições como as de HANS-GEORG GADAMER²⁹ que, partindo círculo hermenêutico pensado por

26 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 218.

27 GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 25-6. Também reconhecendo essa função positiva: PALASI, José Luiz Villar. *Derecho administrativo: introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968. p. 553-4.

28 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 226.

29 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. v. II, Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER³⁰, delinea os pré-objetivos buscados pelo intérprete no processo de interpretação, que muitas vezes podem ser desvirtuados.

Nas palavras do Autor:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido.³¹

No caso da proporcionalidade, tal situação é temperada na medida em que a subjetividade do intérprete é reduzida com a aplicação procedimentalizada pré-definida de seus três sublementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – fato que aumenta o dever de motivação do respectivo ato.

Seja como for, a aplicação do princípio da razoabilidade pela Administração Pública tem como escopo principal quebrar eventuais discrepâncias oriundas da aplicação mecânica e formal da legalidade – legado que parte do Executivo ainda carrega e defende com unhas e dentes, seguindo os primórdios do Direito Administrativo tradicional.

O argentino BIDART CAMPOS, ao tratar da relação entre os princípios da legalidade e razoabilidade reconhece que o *conteúdo material de justiça* a ser dado ao princípio formal da legalidade se manifesta justamente no princípio da razoabilidade.³² Traduz-se, como já dito, em um princípio com conteúdo material albergado na ideia de justiça, que se sobrepõe aos rigorismos formais da legalidade estrita.

As palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO são de grande valia:

30 HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

31 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 356.

32 CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de la Constitución reformada*. Tomo I, Buenos Aires: Sociedad Anônima, Comercial, Industrial y Financiera, 2005. p. 515.

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas - e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis -, as condutas desarrazoadas e bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Com efeito, o fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa, muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. Em outras palavras: ninguém poderia aceitar como critério exegético de uma lei que esta sufrague as providências insensatas que o administrador queira tomar; é dizer, que avalize previamente as condutas desarrazoadas, pois isto corresponderia irrogar dislates à própria regra de Direito.³³

A faceta da razoabilidade que representa fielmente tal premissa está no que chamam de *proibição de excesso*, como assenta KARL LARENZ em seu *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*.³⁴

Fixadas tais premissas, já é possível ver que o grande campo de atuação da razoabilidade reside justamente nos atos discricionários, em que a própria lei confere ao administrador liberdade de atuação, evitando a adoção de uma única solução rígida que possivelmente não levaria à otimização da finalidade legal voltada ao *interesse público primário*.³⁵ Essa é, também, a ponte para as dificuldades práticas na sua aplicação.

33 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 79.

34 LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001. p. 145.

35 Segundo o italiano Renato Alessi, o *interesse público secundário* é aquele interesse particular do Estado como pessoa jurídica, ao contrário do *interesse público primário* que envolve os interesses voltados à sociedade (coletividade), sendo que apenas este último é o interesse público que legitimamente pode a Administração socorrer. Cf. ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo I*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978. p. 232-3. No Brasil, aludida distinção é trazida por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 56.

A tarefa do administrador só não é pior que a do legislador que, em muitas ocasiões, se vê na inglória situação de prever *in abstracto* as mais variadas situações concretas (fatores de incidência da norma) a partir de premissas incertas, seja porque os efeitos de uma determinada medida legislativa são incertos, seja porque é incerto o que a constituição exige.³⁶

No caso do administrador, já há um juízo prévio de ponderação feito pelo legislador – o conteúdo da norma propriamente dito – capaz de guiar sua atuação na confecção do ato administrativo e em eventual controle jurisdicional. Tais parâmetros não podem simplesmente ser ignorados em respeito ao princípio da legalidade estrita e ao princípio formal da competência decisória do legislador, substanciado na ideia de que as decisões por ele tomadas 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.³⁷

A razoabilidade seria o ingrediente capaz de tornar raciocinável e humanamente aceitável a *interpretação/aplicação* da lei, livre de conceitos meramente formais. Dito de outra maneira, é o que prega, em suma, a *lógica do razoável* difundida por RECASÉNS SICHES. Segundo o Autor, 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 justiça³⁸. Sua teoria, como se vê, é uma forma de unir o direito à realidade – veja-se que expressão *interpretação/aplicação* da lei não é à toa.³⁹

36 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. p. 927. No entanto, “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” (ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004. p. 91).

37 Cf. ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 100. No mesmo sentido: SILVA, Virgílio Afonso da. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 145. Sobre tais dificuldades e o papel do princípio da proporcionalidade relacionado ao princípio formal da competência decisória do legislador, v. VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador. *Revista da AGU*, Ano XII, n. 38, out./dez. 2013, Brasília-DF.

38 RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981. p. 210 e s.

39 A expressão é utilizada, por exemplo, por Canotilho (GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1109-0) e Eros Roberto Grau (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, *passim*) fundindo o processo de interpretação/aplicação do Direito como instrumento de formação de uma *norma de decisão*. Há um trecho de voto proferido por Eros Grau enquanto Ministro do STF que merece destaque: “*Permíto-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*

Analisando alguns casos concretos, no Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, é possível encontrar alguns julgados que primam por esse ajuste teórico antes de dar cabo ao problema prático a ser julgado. Nesse sentido, declarou que “a razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a *proporcionalidade*, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”.⁴⁰

Com base nesse raciocínio, por exemplo, o STJ legitimou a concessão de passe livre aos fiscais do trabalho para o fim de viabilizar o bom andamento de seu serviço à luz do princípio da menor onerosidade possível. A razoabilidade entrou para temperar eventual rigorismo na aplicação do art. 630, §5º, da CLT: “Havendo linhas regulares, com o mesmo itinerário, não há razoabilidade em que os fiscais utilizem-se gratuitamente de um serviço prestado seletivamente. O fato de a lei conceder a esses servidores a possibilidade de deslocamento, não significa que deva ser no meio de transporte mais oneroso”.

Da mesma forma, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal refletem o emprego da razoabilidade como típico princípio jurídico material em favor do conceito de justiça.

Dentre as diversas manifestações do STF, uma delas nos chamou atenção: a medida liminar proferida na ADI nº 2290-3 DF, Rel. Min. Moreira Alves, que visava a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º da Medida Provisória nº 2.045-2, de 28 de julho de 2000, que suspendera temporariamente o registro de armas de fogo, salvo para seus três incisos (Forças Armadas, Órgãos de Segurança Pública e empresas de segurança privada regularmente constituídas).

Nas palavras do Min. Relator, referida norma “restringe, de maneira tão drástica que praticamente inviabiliza, a comercialização de armas de fogo, especialmente no tocante ao comércio varejista, apesar de continuar ela lícita nesse período de suspensão de registro”. Dessa forma, concluiu: “afigura-se-

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” (STF, Reclamação nº 3.034-2/PB AgR, Min. Rel. Sepúlveda Pertence).

40 STJ, REsp. nº 443.310/RS, Rel. Min. Luiz Fux, *Diário da Justiça*, 3/11/2003.

me desarrazoada norma que, sem proibir a comercialização de armas de fogo, que continua, portanto, lícita, praticamente a inviabiliza de modo indireto e provisório, o que não é sequer adequado a produzir o resultado almejado (as permanentes segurança individual e coletiva e proteção do direito à vida), nem atende à proporcionalidade em sentido estrito”.

Em outra oportunidade, assentou-se que “a norma legal que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, *ofende o critério da razoabilidade* que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder de normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.⁴¹

Nesse caso, em termos práticos, a razoabilidade atuou como típica proibição de excesso aos benefícios concedidos pelo Poder Público por destoarem daquilo que o STF considerou razoável.

4 CONCLUSÃO

Os exemplos práticos acima citados confirmam o que foi dito acima quanto à confusão feita por nossos Tribunais quando o assunto é razoabilidade ou proporcionalidade.

Tais imprecisões, no entanto, são muito mais semânticas do que em essência, já que os dois princípios perseguem um conceito de alto grau de imprecisão teórica e extremamente almejado na prática: a justiça no caso concreto.

Cada um com seu papel: a proporcionalidade aplicada em um infinito campo de colisões entre dois ou mais princípios de índole constitucional; a razoabilidade aplicada, sobretudo, nos atos discricionários como um princípio de justiça material, destinado a relativizar os efeitos da legalidade estrita aplicada às cegas pelo administrador.

41 STF, ADI nº 1.158-8/AM MC, Rel. Min. Celso de Mello, Diário da Justiça, 26/5/1995: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE CONCEDE GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS (1/3 DA REMUNERAÇÃO) A SERVIDORES INATIVOS – VANTAGEM PECUNIÁRIA IRRAZOÁVEL E DESTITUÍDA DE CAUSA – LIMINAR DEFERIDA. – A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do “substantive due process of law”, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa”.

Um último registro: a liberdade conferida ao administrador nunca é abstrata. Sua discricionariedade, na teoria, vem sempre pautada por um norte fixado pelo legislador no exercício de seu mister constitucional, viabilizando a busca por uma solução otimizada para aquele caso concreto.

Mesmo assim, mostra-se pouco condizente com a realidade do Executivo a presunção de que sempre adota a solução *ideal*, ignorando outras possibilidades que também persigam o interesse público e, em contrapartida, afetem em menor grau direitos fundamentais contrapostos.

Diante das dificuldades encontradas nesse juízo ilimitado de ponderações que inclui os mais variados fatores, só nos resta repetir as palavras do mestre português Afonso Rodrigues Queiró, citado por Bandeira de Mello: “o fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é”⁴². Ao menos para sinalizar o que *não se deve fazer* em um Estado Democrático de Direito a razoabilidade tem se mostrado muito útil.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo* I. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1978.

ALEXY, Robert. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fundación Beneficentia et Perita Iuris, 2004.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 2002.

_____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARAUJO, Francisco Fernandes. *Princípio da proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Campinas: Copola, 2002.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Coleção “Os Pensadores”. v. IV, São Paulo: Abril Cultural, 1973.

⁴² MELO, op. cit., 112.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. v. V, São Paulo: Saraiva & CIA, 1934.

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. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, n. 23, São Paulo: RT, 1998.

BITAR, Orlando. *Obras completas de Orlando Bitar: estudos de direito constitucional e direito do trabalho*. v. I, Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRINDEIRO, Geraldo. O devido processo legal e o Estado de Direito. *Revista trimestral de direito público*, n. 19, São Paulo: Malheiros, 1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1997.

CAMPOS, German J. Bidart. *Manual de la Constitución reformada. Tomo I*, Buenos Aires: Sociedad Anônima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

COOLEY, Thomas M. *Princípios gerais de direito constitucional nos Estados Unidos da América*. Campinas: Russell, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

EMILIOU, Nicholas. *The principle of proportionality in european law*. Londres: Kluwer Law International, 1996.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Estado de direito e devido processo legal. *Revista trimestral de direito público*, n. 15, São Paulo: Malheiros, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *Verdade e método*. v. I, Petrópolis: Vozes, 1997.

_____. *Verdade e método*. v. II, Petrópolis: Vozes, 2002.

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.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2003.

_____. *Teoria processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Madri: Civitas, 2001.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Tomo II, Buenos Aires: Roque Depalma, 1982.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: RT, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PALASI, José Luiz Villar. *Derecho administrativo: introducción y teoría de las normas*. Madrid: Universidad de Madrid, 1968.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.

RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*. 6. ed. México: Porrúa, 1981.

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, Jonas E. M.; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, v. III. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*. Baden-Baden: Nomos, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. In: Torrens, Haradja Leite; ALCOFORADO, Mario Sawatani Guedes (orgs.). *A expansão do direito: estudos de direito constitucional e filosofia do direito em homenagem ao Professor Willis Santiago Guerra Filho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Proporcionalidade e o princípio formal da competência decisória do legislador. *Revista da AGU*, Ano XII, n. 38, out./dez. 2013, Brasília-DF.

RECEBIDO EM: 29/07/2014

APROVADO EM: 20/03/2015

O NOVO PANORAMA DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL: UMA ANÁLISE DO REQUISITO ECONÔMICO DA LOAS NA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE CONTINUOUS CASH BENEFIT PROGRAM'S NEW SCENE: A ANALYZE ABOUT THE ECONOMIC REQUIREMENT BY BRAZILIAN SUPREME COURT RECENT JURISPRUDENCE

Flavio Matioli Verissimo Silva¹

Procurador Federal

Especialista em Direito da Tecnologia e Informação(UCAM). Especialista em Direito Constitucional (ANHANGUERA/UNIDERP)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do critério econômico para o benefício assistencial na lei 8.742/93 e a ADI 1.232/DF; 2 Do processo de inconstitucionalização do critério econômico da renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo; 2.a Da exclusão contida no parágrafo único do art. 34 da lei 10.741/03 (Estatuto do idoso); 2.b Do critério da renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo; 3 Da declaração de inconstitucionalidade do § 3 art.20 e par. único do art.34; 4 Analisando o novo contexto legal e jurisprudencial; 5 Conclusão; Referências.

¹ flavio.matioli@agu.gov.br

RESUMO: O Presente trabalho analisa a evolução jurisprudencial sobre o Benefício Assistencial de Prestação Continuada(BPC), com enfoque no requisito do $\frac{1}{4}$ da renda familiar per capita. Busca traçar um panorama do critério econômico exigido para concessão do benefício após a declaração de inconstitucionalidade, sem pronuncia de nulidade, do art. 20, §3, lei federal 8.724/93 e do art. 34, parágrafo único da lei federal 10.741/03. Neste novo cenário, despontam a utilização de regras de analogia, a aplicação dos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Benefício Assistencial. Assistência Social. Requisito Econômico. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper analyzes the jurisprudential developments about Continuous Cash Benefit Program (BPC), especially the requirement of $\frac{1}{4}$ of per capita family income. Explains the situation of economic requirement for granting the benefit after the declaration of unconstitutionality, without pronounces the nullity, of art. 20, §3, Federal Law 8.742/93 and art. 34, sole paragraph, Federal Law 10.741/03. In this new environment, extend the use of analogy, and the application of the principles of equality and human dignity.

KEYWORDS: Continuous Cash Benefit Program. Social Assistance. Economic Requirement. Jurisprudence. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

A assistência social, insculpida na Constituição Federal como um conjunto de deveres estatais², busca concretizar a “sociedade livre, justa e solidária”, compromisso assumido pela República Federativa do Brasil em seu art.3º, inciso I³.

Dentre as prestações garantidas na norma constitucional, destaca-se o benefício assistencial de prestação continuada no valor de um salário mínimo, que se consubstancia em verdadeira obrigação estatal em propiciar o pagamento de um valor pré-determinando (um salário mínimo) em periodicidade mensal.

Os destinatários da norma, neste caso, seriam apenas os idosos e as pessoas com deficiência, que demonstrassem não ter condições de prover sua manutenção ou não pudessem tê-lo por sua própria família. Assim, o critério da hipossuficiência econômica deve ser conjugado com a presunção de vulnerabilidade dos idosos e pessoas com deficiência.

Tratava-se de norma constitucional de eficácia limitada⁴, visto que sua concretização dependia de lei, o que ocorreu efetivamente com a promulgação da lei 8.742/93, que tratou não só do benefício de prestação continuada(BPC), mas de um conjunto integrado de ações relativas à assistência social.

Segundo o art. 20, § 3 da lei 8.742/93, “*Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.*” Na época, tal regramento foi questionado na ADI 1.232/DF (Rel. Min. Ilmar Galvão), em virtude da limitação peremptória contida na letra da lei, julgada improcedente.

O debate sobre o tema permaneceu, gerando enunciados jurisprudenciais divergentes, o que culminou em uma nova apreciação

2 Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

3 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária[...];”

4 A tradicional classificação das normas constitucionais em eficácia limitada, eficácia plena e eficácia contida é tratada na obra de Jose Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

do tema pelo STF, nos RE 567.985/MT (Rel. Min. Marco Aurélio), RE 580.963/PR, e Rcl. 4.374 (ambos Rel. Min. Gilmar Mendes) declarando inconstitucional, sem pronúncia de nulidade, o referido §3, além do parágrafo único do art. 34 da Lei 10.741/03.

O presente trabalho busca apresentar essa evolução na jurisprudência, traçando o novo panorama do critério econômico do benefício assistencial de prestação continuada, com base no novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

1 DO CRITÉRIO ECONÔMICO PARA O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL NA LEI 8.742/93 E A ADI 1.232/DF

O § 3 da lei 8.742/93 foi questionado, inicialmente pela ADI 1.232, sob a alegação de que a exigência de uma renda per capita familiar inferior a ¼ do salário mínimo acabava por restringir e limitar o direito ao benefício assistencial de prestação continuada.⁵

Seguindo esse raciocínio, a lei conteria vício de inconstitucionalidade, pois obstaria o acesso ao benefício de idosos e pessoas com deficiência que, embora com renda per capita superior a quarta parte do salário mínimo, não teriam condições de prover sua própria subsistência ou tê-la provida por seus familiares.

Interessante que quando da apreciação da medida liminar (indeferida), o Tribunal ponderou que eventual suspensão do referido extirparia o dispositivo legal do ordenamento, de forma que o benefício assistencial “ficaria novamente dependente de regulamentação legal para ser aplicada, privando a Administração de conceder novos benefícios até o julgamento final da ação.”⁶

Assim, desde o início, existiu uma preocupação da Suprema Corte em não considerar totalmente inconstitucional o referido §3 do art.20 da lei

5 “EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE”. ADI 1.232/DF Relator Ministro Ilmar Galvão. DJ 01/06/2001.

6 “[...]3. O dano decorrente da suspensão cautelar da norma legal é maior do que a sua manutenção no sistema jurídico. 4. Pedido cautelar indeferido”. Medida Cautelar na ADI 1.232/DF, Rel. Min Mauricio Corrêa. DJ 26/05/1995.

8.742/93, evitando-se assim, a ausência de regramento e, por consequência, da não aplicabilidade plena da norma constitucional do art. 203, inciso V.

Posteriormente, quando do julgamento do mérito da ADI 1.232, o Min. Relator Ilmar Galvão propôs uma interpretação conforme a constituição⁷, para emprestar ao dispositivo “interpretação segundo a qual não limita eles os meios de prova da condição da miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso”⁸. Em seu voto, o Min. Sepúlveda Pertence, levantou a possibilidade da existência da omissão inconstitucional, mas entendeu que a Ação direta por inconstitucionalidade não era o remédio apropriado para apreciar tal situação.⁹

Prevaleceu, todavia, o entendimento do Min. Nelson Jobim, de que o §3 do art.20 da lei 8.742/93 estabelecia um critério objetivo de aferição da situação econômica, sendo que competia “à lei dispor a forma de comprovação”.¹⁰

Dessa forma, o critério da renda per capta familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo foi considerado, inicialmente, constitucional pelo STF. Na prática, era uma norma válida e compatível com a Constituição, mas controversa sobre a justiça¹¹ da regra permaneceu ainda, por vários anos.

7 Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos, “Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”. *O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2014.

8 ADI 1.232/DF (Rel. Min. Ilmar Galvão)

9 Na Rcl. 4.374/PE, o Min. Rel. Gilmar Mendes ressalta que a Corte, à época, “acabou entendendo que esse problema da omissão inconstitucional não poderia ser resolvido por meio da ação direta de inconstitucionalidade, bastando, portanto, julgar improcedente a ação. Recorde-se que, naquele momento, o Tribunal mantinha firme posicionamento no sentido da infungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI 986, Relator Néri da Silveira, DJ 8.4.1994), assim como entendia que a constatação da omissão inconstitucional apenas deveria ser comunicada ao legislador”.

10 Segundo o Min. Nelson Jobim, em seu voto condutor na ADI 1.232-DF, “se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar desta forma.”

11 Norberto Bobbio já admitia a possibilidade de que “uma norma pode ser válida sem ser justa. [...] Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: entre o ideal de justiça e a realidade do direito há sempre um vazio, mais ou menos grande, dependendo dos regimes.” BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008. p. 49.

2 DO PROCESSO DE INCONTITUCIONALIZAÇÃO DO CRITÉRIO ECONÔMICO DA RENDA PER CAPTA FAMILIAR INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO

O critério econômico estabelecido no § 3 do art.20 continuou a ser objeto de diversos questionamentos, ainda que de forma indireta, pela doutrina e jurisprudência em instancias ordinárias¹².

A jurisprudência começou a relativizar o critério da renda per capta inferior a ¼ de salário mínimo aceitando, pela via processual, que a comprovação da miserabilidade fosse feita por outras formas.

A Turma Nacional de Uniformização chegou a editar súmula (posteriormente cancelada), segundo a qual a *“A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.”*¹³

O mesmo entendimento passou a ser adotado em diversos julgados do STJ⁴, consolidado, por fim, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo 1.112.557:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

12 Na doutrina, destaca-se a posição de Marcelo Leonardo Tavares à época “Pode ocorrer que, no caso concreto, o critério acolhido de forma genérica pelo legislador não se mostre suficiente para solucionar o problema de sobrevivência. Se isso acontecer, caberá ao Poder Judiciário valorizar os elementos mais adequados para a justa solução do caso concreto”. (TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 18.)

13 Sumula 11 TNU, DJ DATA:14/04/2004, cancelada em 24/04/2006.

14 “O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de miserabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade do autor”, Resp 397.943/SP, 5ª turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJ do dia 18/03/2002.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.

3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).

4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.

5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.

6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tarifação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.

7. Recurso Especial provido.

(Resp 1.112.557 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – 3ª seção – data do julgamento 28.10.2009 – Dje 20.11.2009)

Nessa seara, o princípio da dignidade da pessoa humana e os compromissos assumidos pela Constituição Federal subsidiaram diversas decisões, que mesmo sem declarar a inconstitucionalidade do §3, art.20 da lei 8.742/93, decidiram pela concessão do benefício assistencial de prestação continuada a idosos ou pessoas com deficiência em situação fática de vulnerabilidade econômica. Fortaleceu-se, pois, a ideia de que o critério do ¼ do salário mínimo era apenas um ponto de partida, isto é, um critério mínimo para a concessão do BPC.

No âmbito legislativo, a lei 8.724/93 também teve dispositivos alterados pela lei 12.435/2011. O Decreto 1.174/95, que regulamentava a concessão do BPC/LOAS, foi sucedido pelo Decreto 6.214/07. Mesmo diante de todas essas alterações legislativas, o critério da renda per capita inferior a ¼ do salário mínimo do §3, art.20 permaneceu inalterado.

2A - DA EXCLUSÃO CONTIDA NO PARAGRAFO ÚNICO DO ART. 34 DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO)

A lei 10.741/2003 trouxe, em seu parágrafo único, a possibilidade de exclusão da renda de outro benefício assistencial percebida por idoso do computo da renda mensal para a concessão de um novo BPC a outro membro da família¹⁵.

O dispositivo era direcionado aos idosos, tratando-se de uma benesse direcionada especificamente a esta categoria economicamente vulnerável. A regra de exceção buscava impedir que o benefício assistencial percebido pelo idoso fosse impeditivo da concessão de um outro benefício assistencial a outro membro da família (deficiente ou idoso) que fizesse jus ao BPC, garantindo não só a dignidade do idoso, como também a prestação assistencial a outros membros do grupo familiar.

A jurisprudência, por outro lado, passou a vislumbrar a aplicação da regra de exclusão do parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso a outras duas situações: idoso titular de benefício previdenciário no valor de um salário mínimo e pessoas com deficiência titulares de outro benefício assistencial¹⁶.

15 “Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas.”

16 Pode-se citar, neste trabalho, o decidido no acórdão do Agravo de Instrumento na Ação Civil Pública 2005.72.05.001947-1 (SC): “[...] 2. Despropositada se afigura a interpretação literal e restritiva do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03, segundo a qual somente o benefício concedido a qualquer membro

No primeiro caso, a percepção pelo idoso de um benefício previdenciário, como uma aposentadoria por idade, não poderia ser impeditivo para a concessão de benefício assistencial a outro membro do grupo familiar¹⁷. No caso, a mesma ratio do parágrafo único do art.34 poderia ser aplicada, de forma a preservar justamente a dignidade e permitindo uma interpretação que melhor garanta a efetividade de uma garantia fundamental constitucional.

Raciocínio semelhante passou ser utilizado para a concessão de benefício assistencial a membro de grupo familiar que incluía um portador de deficiência já titular de benefício de prestação continuada. Nesse caso, careceria de razoabilidade qualquer interpretação que permitisse a diferença de tratamento entre o benefício assistencial do idoso e da pessoa com deficiência. Ambos são categorias protegidas pela Constituição e pela lei, ressaltando que no caso dos portadores de deficiência, elevou-se a Convenção Internacional de Nova York sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência a nível constitucional, reforçando os compromissos assumidos pelo Estado democrático para com esses grupos.¹⁸

da família nos termos do caput do indigitado dispositivo “não será computado para os fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS”. Fere a razoabilidade e, sobretudo, a isonomia, o fato de aquele que contribuiu a vida inteira para a Previdência Social ter seu benefício no valor de um salário mínimo computado no cálculo da renda familiar, ao passo em que excluído do referido cálculo o benefício assistencial percebido pelo idoso que nada verteu para o sistema previdenciário.3. Ainda que tratando especificamente do idoso, o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/03 não pode deixar de ser aplicado no caso do “incapaz para a vida independente e para o trabalho”, porquanto não se pode dizer que economicamente haja qualquer distinção” (AI 200504010227190, TRF4, Rel. Juiz Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJU 16/11/2005). Também pode-se mencionar a decisão da Juíza Dra. Maria Edna Fagundes Veloso, na Ação Civil Pública 2009.38.00.005945-2(MG): [...], III - DISPOSITIVOANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, para determinar ao INSS que:1. na análise dos requerimentos de benefício assistencial apresentados no território de jurisdição desta Seção Judiciária de Minas Gerais, não compute, no cálculo da renda familiar per capita, o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por pessoa idosa ou deficiente integrante do grupo familiar; [...], decisão da 15ª vara federal da seção judiciária de Minas Gerais, julgado em 28/06/2012.

17 Tal entendimento ficou restou sumulado, por exemplo na Turma Recursal dos Juizados especiais Federais de Santa Catarina, por meio do enunciado de Sumula 20: “O benefício previdenciário de valor mínimo percebido por idoso é excluído da composição da renda familiar, apurada para o fim de concessão de benefício assistencial.”(Aprovada em Sessão Administrativa de 14.08.2008). No mesmo sentido, a Sumula 25 da Turma Recursal dos Juizados especiais federais de Minas Gerais: “O disposto no art. 34, parágrafo único, do Estatuto do Idoso, em razão do qual não se deve computar, para fins de cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS, o benefício assistencial pago a maior de 65 (sessenta e cinco) anos, aplica-se igualmente ao benefício previdenciário igual ao salário mínimo, pago ao idoso” (publicada no diário eletrônico em 20/11/2008).

18 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinado em Nova York em 30/03/07, foram aprovados pelo Congresso Nacional em 09/07/2008, através do Decreto Legislativo n. 186/2008, com status de emenda constitucional (art. 5º,§3, CF/88).

2B - DO CRITÉRIO DA RENDA PER CAPTA FAMILIAR INFERIOR A 1/2 DO SALÁRIO MÍNIMO

O entendimento segundo o qual o critério do §3 do art.20 da lei 8.742/93 estava defasado ganhou ganhado com o advento da Lei 10.689/03, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAA), permitindo a concessão, nos termos da lei, de benefício do PNAA a unidades familiares com renda per capta inferior a meio (1/2) salário mínimo¹⁹. O mesmo critério já era utilizado pela lei 9.533/97 que regulamente o apoio financeiro do Poder Executivo a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas²⁰.

A jurisprudência das instancias ordinárias passou a indicar então, que o critério de 1/4 já não seria um critério capaz de concretizar a norma constitucional, tendo em vista a adoção de critérios diversos para outros benefícios também destinados aos hipossuficientes econômicos falando-se, inclusive, em revogação tácita do § 3, art.20 da LOAS.^{21 22}

19 Art.2º,§ 2º da lei 10.689/03.

20 “Art. 5º. Observadas as condições definidas nos arts. 1º e 2º, e sem prejuízo da diversidade de limites adotados pelos programas municipais, os recursos federais serão destinados exclusivamente a famílias que se enquadrem nos seguintes parâmetros, cumulativamente: I - renda familiar per capita inferior a meio salário mínimo; [...].”

21 “PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL DE JURISPRUDÊNCIA. DISSÍDIO CARACTERIZADO. JUNTADA DA ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. PROVA DA MISERABILIDADE. REVOGAÇÃO PARCIAL DO ART. 20 DA LEI Nº. 8.742/93. RECURSO PROVIDO.

1) Restou demonstrado o dissídio jurisprudencial, porquanto o acórdão apontado como paradigma abordou expressamente a questão da revogação do art. 20 da Lei nº. 8.741/93, tendo sido juntada a sua íntegra nos autos. 2) O art. 20 da Lei nº. 8.742/93 restou tácita e parcialmente revogado pelo advento das Leis nºs. 9.533/97, 10.219/01, 10.689/03 e 10.836/04, as quais trataram respectivamente da adoção de programas de renda mínima por municípios, da criação do “Bolsa Escola”, da criação do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA e da criação do “Bolsa Família”, todas estipulando como renda mínima para fins de auxílio social o valor de meio salário mínimo per capita. 3) O próprio STF vem mitigando a exigência de preenchimento do requisito objetivo da miserabilidade, conforme decisões monocráticas proferidas por diversos Ministros. 4) Recurso provido, para o fim de restabelecer a sentença de primeiro grau de jurisdição”. Processo 2006.38.00.743461-5, Turma Regional de uniformização da 1ª Região, Juiz federal Alexandre Jorge Fortes Laranjeira, decisão em 31/08/2007, Publicado no diário eletrônico em 31/01/2008.

22 No mesmo sentido, pode-se mencionar a Sumula 6 da Turma Regional de Uniformização dos Juizados especiais da 4ª Região: “O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a 1/4 (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º da Lei nº 8.742/93, restou modificado para um 1/2 (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei nº 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que instituísem programas de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei nº10.698/2003, que institui o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA.” A referida sumula, editada em 16/11/2004, foi cancelada em 07/07/2006.

Dessa forma, a jurisprudência (especialmente a dos Juizados especiais e das turmas Recursais) passou a caminhar no sentido de que o critério da renda per capita inferior a $\frac{1}{2}$ do salário mínimo era o que mais harmonizava o sistema legislativo da assistência social com o comando da norma constitucional²³, gerando diversas Reclamações no STF e Recursos extraordinários com repercussão geral admitida, dentre os quais, destaca-se a Rcl.4.374/PE, o RE 580.963 PR (ambos Rel. Min. Gilmar Mendes) e RE 567.985/MT (Rel. Min. Marco Aurélio).

3 DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO §3 ART.20 E PAR. ÚNICO DO ART. 34

Enquanto o RE 580.963/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes) tinha por objeto principal o art. 34, parágrafo único da lei 10.741/03 (Estatuto do idoso), o RE 567.985/MT (Rel. Min. Marco Aurélio) versava primordialmente sobre o art. 20, §3 da lei 8.742/93 (LOAS). A Rcl. 4.374/PE (Rel. Min. Gilmar Mendes), buscava garantir a autoridade da decisão da ADI 1.232, que assegurou a constitucionalidade do mesmo art. 20, §3 (LOAS).

Em julgamento conjunto, o STF traçou um novo paradigma quanto ao critério renda para benefícios assistenciais. O voto vencedor, conduzido pelo Min. Gilmar Mendes entendeu que sobre o critério da renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo verificou-se a ocorrência de “um processo de inconstitucionalização decorrente de notórias *mudanças fáticas* (políticas, econômicas e sociais) e *jurídicas* (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).²⁴”

A lei 8.742/93, ao limitar o benefício assistencial ao deficiente ou idoso com renda mensal familiar per capita de $\frac{1}{4}$, demonstraria uma omissão parcial no dever do Estado em efetivar o comando do art. 203, V, CF. A regra acaba por ter um caráter restritivo, levando a uma situação de inconstitucionalidade

23 Ressaltam-se a existência de entendimentos diversos, como o de Mariza Ferreira dos Santos, segundo qual o parâmetro ideal seria o próprio salário mínimo: “Ora, exigir que a renda per capita não seja superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo é, por via transversa, admitir que se pode ter remuneração ou benefício de valor inferior a um salário mínimo. [...] O salário mínimo é conquista no campo dos direitos sociais que não pode ser descartada. Ao fixar em $\frac{1}{4}$ do salário mínimo a linha divisória entre a miséria e a sobrevivência com dignidade, a LOAS feriu a cláusula da proibição de retrocesso social.” SANTOS, Mariza Ferreira dos. Assistência Social - Breves Comentários e o Benefício de Prestação Continuada. *Revista IOB Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n.202, Abr. 2006.

24 RE 567.985/MT (Rel. Min. Marco Aurélio).

para com os eventuais destinatários da norma constitucional excluídos do âmbito da lei que regulamenta os benefícios assistenciais.

A omissão parcial deve ser analisada como uma norma eivada de vício de inconstitucionalidade, e não como uma omissão inconstitucional (absoluta²⁵) do legislador, conforme doutrina de GILMAR MENDES, PAULO GUSTAVO GONET BLANCO, E INOCENCIO MARTIRES COELHO:

Em se tratando de omissão, a própria norma incompleta ou defeituosa há de ser suscetível de impugnação na ação direta de inconstitucionalidade, porque é de uma nova norma alegadamente inconstitucional que se cuida, ainda que a causa da inconstitucionalidade possa residir na sua incompletude²⁶.

Nessas situações, a supressão da norma inconstitucional não é capaz de resolver o impasse gerado pela omissão parcial²⁷. Nesse, caso, evidenciam-se a necessidade de adoção de técnicas adequadas de decisão por parte do STF, que entendeu que a melhor solução para o caso seria a declaração da inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade.

A técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade ganhou espaço com a consolidação do art. 27 da lei 9.868/99, que permite a manipulação dos efeitos da decisão do STF quando da declaração de inconstitucionalidade²⁸.

Na prática, a referida técnica de decisão reconhece que a disposição legal é insuficiente, contudo sua cassação pioraria o estado de inconstitucionalidade, em virtude da ausência de lei aplicável ao caso. Trata-se de um “recado aos demais poderes”, geralmente acompanhado de

25 “Tem-se omissão absoluta quando o legislador não empreende a providência legislativa reclamada[...] a jurisprudência do STF somente reconhece a omissão inconstitucional se se verifica o inadimplemento do dever constitucional de legislar”. (Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires, Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. Revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1240)

26 *Ibid.* p. 1242

27 *Ibid.* p. 1243

28 “Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.”

um prazo para que efetivamente seja corrigida a lei impugnada de forma a superar o estado de inconstitucionalidade.

No caso dos Rcl.4.374/PE, o RE 580.963/PR e RE 567.985/MT, que trataram da questão do critério econômico em benefícios assistenciais, o Plenário do STF entendeu pela não fixação de um prazo ao legislador, pois estar-se-ia diante de um contrassenso entender o critério econômico da renda per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como incompatível com a Constituição e admitir a sua validade por mais alguns anos.

Importante destacar que o STF aplicou a referida técnica da declaração de inconstitucionalidade (sem a pronuncia de nulidade) não só ao art. 20, §3 (lei 8.742/93), mas também ao art.34, parágrafo único da lei 10.741/03. Esta disposição do Estatuto do Idoso permitia a exclusão dos benefícios assistências de idosos do computo da renda mensal na concessão de um novo benefício assistencial²⁹.

A hipótese em comento seria, segundo o Ministro Gilmar Mendes, a clássica hipótese de “*exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade*”³⁰, visto que não se justificaria que tal benesse legal não fosse concedida a outros grupos em idêntica situação econômica, como as próprias pessoas com deficiência titulares de outro BPC e idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de um salário mínimo.

4 ANALISANDO O NOVO CONTEXTO LEGAL E JURISPRUDENCIAL

A decisão do STF, entendendo pela inconstitucionalidade do atual critério econômico (1/4 da renda per capita da renda mensal familiar) e da desconsideração exclusiva do cálculo desta renda, de idoso titular de outro BPC leva a um novo cenário a ser observado pelos órgãos da Administração Pública e pelos poderes Judiciário e Legislativo em relação a esta matéria.

Ao Legislativo caberá a deliberação de nova regulamentação sobre tema. Embora não tenha sido fixado um prazo pelo judiciário, a importância do tema levará em breve essa questão à pauta do congresso.

29 RE 580.963/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes)

30 RE 567.985/MT (Rel. Min. Marco Aurélio)

A princípio a lei continua válida no âmbito do Executivo, visto que não houve a declaração de nulidade, até que sobrevenha a nova lei sobre o tema. Nada impede, contudo que os órgãos específicos e responsáveis pela interpretação e aplicação jurídica³¹ de dispositivos da LOAS, em observância ao princípio da *juridicidade*³², observem as peculiaridades do contexto constitucional para se decidir pela concessão do benefício assistencial a um idoso ou pessoa com deficiência que não tenham condição de prover sua própria manutenção e não se enquadrem no critério da renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, considerado insuficiente pela Corte Suprema.

Em outras palavras, trata-se de consequência natural do reconhecimento da Constituição Federal como matriz dos demais regulamentos, e respeito a decisão do Supremo Tribunal Federal, guardião da norma constitucional. Nesse sentido, já existem decisões da Câmara de Recursos da Previdência Social seguindo o entendimento do STF:

[...] A expressa determinação do § 5º do mesmo art. 543-A conduz o julgado à eficácia futura, devendo ser aplicada a todos os casos idênticos de recursos extraordinários, que deverão ser liminarmente indeferidos.

Diante da exposição acima, e da existência de decisão do Supremo Tribunal Federal em Recurso considerado de Repercussão Geral que julgou inconstitucional o critério de aferimento da renda per capita no patamar de $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo, aplicando-se, provisoriamente, o patamar de $\frac{1}{2}$ salário mínimo até que o artigo 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 seja alterado, se nega provimento ao recurso interposto.

CONCLUSÃO: Pelo exposto voto no sentido de, preliminarmente, **CONHECER DO RECURSO**, para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, na forma das fundamentações acima apresentadas.

31 Como principal exemplo, tem-se a Advocacia Geral da União, com atribuição, dentre outros, de fixar a interpretação da Constituição e leis, na forma a serem seguidas pelos órgãos e entidades da Administração Federal (Art.4º, X,XI,XII e XIII da LC 73/1993).

32 Segundo o princípio da juridicidade, “a atuação do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita - com contornos superpostos à regra - passando a compreender regras e princípios”. Haveria neste ponto, uma superação do princípio legalidade estrita, consequência de uma constitucionalização do direito administrativo. (GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua densificação. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 3, 2001/2002, v. 3, n. 35 - Abr./2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm#17>. Acesso em: 30 mar. 2014.

(Protocolo Recurso 35332.000872/2012-42, Documento 0550.596.833-0, 2ª Câmara e julgamento, Rel. Daniel Áureo Ramos, Pauta do dia 13/12/2013)

O Judiciário (em especial as instancias ordinárias), por sua vez, poderá analisar cada caso, resguardando o entendimento do STF, e zelando pelo efetivo cumprimento da Carta Magna. Como a decisão do Supremo se deu em sede de Repercussão Geral, reduz o âmbito de eventuais pretensões recursais que busquem a aplicação do critério considerado inconstitucional.

A lacuna da lei não deve impedir um processo de concretização do direito ao benefício assistencial garantido pela norma constitucional. O critério da renda per capita mensal familiar de $\frac{1}{4}$ se torna insuficiente³³ e a exclusividade da exclusão da renda percebida pelo núcleo familiar somente nos casos de idoso titular de outro benefício assistencial se tornam injustificáveis e anti-isonômicos.

No processo de concretização do comando da norma do art. 203,V, da Constituição, garantidor de direito fundamental, devem-se buscar critérios que permitam uma maior inclusão dos miseráveis e hipossuficientes econômicos. A decisão do Supremo entendeu que o próprio critério econômico para a concessão do Benefício de prestação continuada deve ser repensado.

Pode-se questionar, inclusive, se a própria questão da existência da previsão legal de um único critério objetivo (renda per capita familiar) é suficiente para garantir a efetividade da norma constitucional, considerando que a própria dignidade da pessoa humana, em muitas vezes, exige a análise de aspectos subjetivos de uma determinada situação jurídica.

Analisando-se argumentação deduzida pelo STF, percebe-se que critério da renda mensal per capita de $\frac{1}{2}$ do salário mínimo pode ser considerado, analogicamente, um parâmetro para a concessão do benefício assistencial. Em outras palavras, pelo atual arcabouço normativo, é razoável

33 “Nesse processo de concretização da norma constitucional, torna-se insustentável o limite de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por membro da família, como único critério socioeconômico, para se ter direito ao BPC.” Cademartori, Luiz Henrique Urquhart; Santos, Priscilla Camargo. A Teoria de Friedrich Müller e a concretização da norma constitucional no benefício de prestação continuada. In: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos; STRINGARI, Amaná Kauling. (coords.). *Hermenêutica aplicada: O Benefício Assistencial de Prestação Continuada à Luz das Teorias Neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 119.

e consentâneo que o benefício seja concedido a pessoas idosas ou pessoas com deficiência que tenham renda familiar per capita de até meio salário mínimo³⁴, desde que constatada a miserabilidade e a hipossuficiência econômica.

A existência de outras leis assistenciais direcionadas a pessoas com a renda mensal de até meio salário mínimo deverá ser levada em consideração pelo legislativo, quando da deliberação de uma nova regulamentação do benefício assistencial de prestação continuada.

De outro lado, cabe repensar a regra que desconsidera a renda do idoso titular de um benefício assistencial na concessão de outro BPC. O STF firmou entendimento de que tal benesse não pode ser concedida somente uma categoria economicamente hipossuficiente (no caso, os idosos titulares de BPC).

Em caso de manutenção da referida benesse, a mesma deverá ser estendida também aos idosos titulares de benefícios previdenciários (tais como aposentadorias, auxílios-doença, etc.) no valor de um salário mínimo e às pessoas com deficiência já titulares de um benefício assistencial.

No entendimento da Suprema Corte³⁵, não há justificativa razoável para que a renda de um salário mínimo provenientes de benefícios previdenciários de idosos e do BPC de pessoas com deficiência também não seja desconsiderada no cálculo da renda mensal familiar, quando da concessão de benefício assistencial a outro membro do núcleo familiar.

Foram da literalidade da lei, vale lembrar que a Administração já admite a possibilidade de outras exclusões de valores na análise do critério econômico para fins de concessão de benefícios da LOAS, com base no próprio decreto 6.214/07. Tal regulamento também permite a exclusão, da renda familiar, dos benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual ou temporária, valores de programas sociais de transferências de renda, bolsas de estágio curricular, pensões especiais de natureza indenizatória, remuneração de portares de deficiência na condição de aprendizes, e rendas de natureza excepcional ou sazonal a

34 Rcl.4.374/PE (Rel. Min. Gilmar Mendes).

35 RE 580.963/PR (Rel. Min. Gilmar Mendes).

serem regulamentadas pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome e do INSS.³⁶

Neste novo cenário, moldado pela jurisprudência, além da renda mensal, na análise do critério econômico, para fins de concessão do benefício assistencial, devem ser observando diversos fatores que permitam efetivamente encontrar a real situação socioeconômica do idoso ou da pessoa com deficiência. Este trabalho, que envolve a avaliação de toda estrutura familiar³⁷, pode ser feito atualmente, mesmo na vigência do art. 34, parágrafo único da lei 10.741/03 e do § 3 do art. 20 da lei 8.742/93.

Quando sobrevier a nova regulamentação legal sobre o tema, nada impede que a lei venha adotar outros critérios diversos da renda mensal per capita familiar, sejam eles objetivos, sejam subjetivos³⁸. A adoção de

36 “[...] § 2o Para fins do disposto no inciso VI do caput, não serão computados como renda mensal bruta familiar:

I - benefícios e auxílios assistenciais de natureza eventual e temporária;

II - valores oriundos de programas sociais de transferência de renda;

III - bolsas de estágio curricular;

IV - pensão especial de natureza indenizatória e benefícios de assistência médica, conforme disposto no art. 5o;

V - rendas de natureza eventual ou sazonal, a serem regulamentadas em ato conjunto do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome e do INSS; e VI - remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz.”

37 Em obra específica sobre o tema, Igor Ajouz lembra que a Turma Nacional de Uniformização de jurisprudência dos juizados especiais federais acenou com a flexibilização do rol legal de componentes do grupo familiar, estampado no art. 20, § 1, da Loas (PU 200770950064928, Re. Juíza Federal Maria Divina Vitoria), mas que “a despeito da polemica que se tem a respeito da composição do grupo familiar, para fins de verificação da miserabilidade dos postulantes do benefício de prestação continuada, a regulação da espécie não deixa dúvida acerca do caráter primário do dever assistencial intrafamiliar, reservando às prestações publicas a um espaço subsidiário”. (AJOUZ, Igor. *O Direito Fundamental à Assistência Social e a Distribuição de Deveres entre o Estado e a Família*. Florianópolis: Conceito, 2012. p. 145)

38 Um detalhamento dos critérios, tomando por base uma série de situações foi feita na lei 10.836/04 (Cria o programa do bolsa-família e dá outras providencias). No âmbito do judiciário (em especial nas instancias ordinárias) também existem decisões em que se leva em consideração fatores como gastos com medicamentos: “EMENTA: AGRAVO LEGAL. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. VULNERABILIDADE SOCIOECONÔMICA DO GRUPO FAMILIAR. ESTUDO SOCIAL. TEMA DA COMPOSIÇÃO DO CÁLCULO DA RENDA FAMILIAR PER CAPITA, QUANTO AO LIMITE OBJETIVO POSTO PELA LOAS (LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL). 1. O requisito econômico para a concessão do benefício consistente na exigência de que a renda familiar per capita seja inferior a 1/3 do salário mínimo (art. 20, caput e § 3º da Lei nº 8.742/1993), deve ser entendido como um limite objetivo, sendo que a avaliação da miserabilidade do grupo familiar, na hipótese de superação daquele limite, seja procedida não de modo abstrato, mas considerando as peculiaridades do caso concreto. Afinal, despesas decorrentes dos necessários cuidados com a parte autora, em razão de sua deficiência, incapacidade ou avançada idade, importam em gastos - notadamente com medicamentos,

critérios objetivos, mais detalhados, por outro lado, contribuiria de igual maneira para a efetivação da norma constitucional, ressaltando que a criação de quaisquer distinções ou exclusões somente podem encontrar amparo na própria Constituição Federal.

5 CONCLUSÃO

Ao considerar inconstitucional o art.20, §3 da lei 8.742/93(LOAS) e o art.34, parágrafo único da lei 10.741/03(Estatuto do Idoso), sem pronunciar a nulidade dos dispositivos, o Supremo Tribunal Federal evidenciou a existência de uma omissão parcial na atividade legislativa, impedindo que diversos hipossuficientes econômicos, destinatários da regra protetiva do art. 203, V, CF, tivessem acesso ao benefício assistencial de prestação continuada.

Diante do que ficou decidido pelo Pleno do STF, pode-se perceber que a realidade da normatização sobre o critério econômico do BPC deve ser repensada pelo legislador, evoluindo o entendimento inicialmente firmado a respeito do tema em sede da ADI 1.232, que entendeu pela constitucionalidade do art. 20, § 3º da lei 8.742/93.

Além de reconhecer um processo de inconstitucionalização do critério do $\frac{1}{4}$ da renda per capita familiar para a concessão do benefício assistencial no valor de um salário mínimo, o STF entendeu por incompatível com princípio da igualdade a exclusão de outros grupos - como as pessoas com deficiência e idosos titulares de benefícios previdenciários - na benesse prevista no parágrafo único do art.34 da lei 10.741/03.

O Congresso Nacional deverá deliberar sobre uma nova regulamentação sobre o tema. Até que sobrevenha nova lei, nada impede que sejam analisadas as circunstâncias do caso concreto e adoção de outros critérios análogos na análise da hipossuficiência econômica dos postulantes do benefício assistencial de prestação continuada.

alimentação, tratamento médico, entre outros -, que são, nesse sentido, relevantes para a avaliação da real situação econômica do grupo familiar. (TRF4, APELREEX 2009.71.99.001550-2, Sexta Turma, Relator Celso Kipper, D.E. 13/05/2010)".

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. *O Direito Fundamental à Assistência Social e a Distribuição de Deveres entre o Estado e a Família*. Florianópolis: Conceito, 2012.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.femparpr.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Bauru, SP: Edipro, 2008.

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 mar. 2013.

_____, *Lei 8.742 de 07 de Dezembro de 1993 - Lei Orgânica de Assistência Social*. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Lei 10.741 de 01 de Outubro de 2003*. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Decreto 6.214, 26 de Setembro de 2007*. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei no 10.741, de 1o de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto no 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Decreto Legislativo 186, 09 de Julho de 2008*. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG186-2008.htm>.

_____, *Lei 10.689, 13 de Junho de 2003*. Cria o Programa Nacional de Acesso à Alimentação – PNAA. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Lei 10.836, 09 de janeiro de 2004*. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Lei Complementar 73 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Ministério da Previdência Social. Conselho de Recursos da Previdência Social*. Protocolo do Recurso: 35332.000872/2012-42. Rel. Daniel Áureo Ramos. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social-crps/>>.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. ADI 1232/DF. Rel. Min. Ilmar Galvão. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. Reclamação 4.374/PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. RE567.985/MT. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. RE580.963/PR. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Superior Tribunal de Justiça*. Resp 397.943/SP.5ª turma, Rel. Min. Felix Fischer. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Superior Tribunal de Justiça*. Resp 1.112.557 – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 01 mar. 2014.

_____, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. AI 200504010227190, TRF4, Rel. Juiz Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____, *Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Ação Civil Publica* 2009.38.00.005945-2(MG). Disponível em: <<http://portal.trf1.jus.br/sjmg/>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____, *Turma Nacional de Uniformização dos Juizados especiais. Sumula 11.* Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____, *Tribunal Regional Federal da 4ª Região. APELREEX 2009.71.99.001550-2, Relator Celso Kipper.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_pesquisa>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____, *Turma Recursal dos Juizados especiais federais de Santa Catarina. Sumula 20.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=COJEF_sumulasTRsSC>. Acesso em: 31 mar. 2014.

_____, *Turma Regional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados especiais federais da 1ª Região. Pedido de Uniformização 2006.38.00.743461-5.* Rel. Juiz Federal Alexandre Fontes Laranjeira. Decisão Publicada no DJU de 31 de janeiro de 2008.

_____, *Turma Regional de Uniformização de jurisprudência dos Juizados especiais federais da 4ª região. Sumula 6.* Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=sumulas_tru4>. Acesso em: 31 mar. 2014.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SANTOS, Priscilla Camargo. A Teoria de Friedrich Müller e a concretização da norma constitucional no benefício de prestação continuada. In.: CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos; STRINGARI, Amaná Kauling (Org.). *Hermenêutica Aplicada: O Benefício Assistencial De Prestação Continuada À Luz Das Teorias Neoconstitucionais*. Curitiba: Juruá, 2012.

GARCIA, Emerson. A Moralidade Administrativa e sua densificação. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 3, 2001/2002, v. 3, n. 35 - Abr./2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_35/artigos/Art_emerson.htm#17>. Acesso em: 30 mar. 2014.

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

SANTOS, Marisa Ferreira Dos. Assistência Social - Breves Comentários e o Benefício de Prestação Continuada. *Revista IOB Síntese Trabalhista e Previdenciária*, n.202, abr. 2006.

SILVA, Jose Afonso Da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 8. ed. revista, ampliada e atualizada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RECEBIDO EM: 31/11/2014

APROVADO EM: 26/03/2015

AS TRANSFORMAÇÕES DO ESTADO E OS SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

*THE TRANSFORMATIONS OF THE STATE AND ITS IMPACT ON
ADMINISTRATIVE LAW*

Germano Bezerra Cardoso.¹

Procurador Federal

Lotado na Procuradoria-Geral Federal,

Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos

mestrando em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília/CEUB

SUMÁRIO: Introdução; 1 A crise do Estado;
2 As agências reguladoras e a regulação no contexto
brasileiro; 3 A fuga para o direito privado e as novas
formas contratuais da Administração Pública;
4 Conclusão; Referências.

¹ germano.cardoso@agu.gov.br

RESUMO: Tradicionalmente, o regime jurídico de direito público se desenvolveu sob o paradigma do binômio estado-cidadão ou bipolar, fundamentado na concepção de que a relação jurídica é construída a partir do conflito de interesse entre o Estado e o cidadão. Influenciado pelo fenômeno da globalização as transformações ocorridas no Estado durante as últimas décadas pôs em questionamento esse paradigma, que, para alguns, tem contribuído para a crise e a fragmentação da unidade estatal. O objetivo do presente trabalho é analisar como essa mudança de perspectiva tem influenciado o direito administrativo no Brasil e sua projeção sobre aspectos importantes relacionados à regulação e às novas formas de contratação do Poder Público, sobre as quais se podem verificar uma maior aproximação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada, flexibilizando o paradigma bipolar.

PALAVRAS CHAVE: Estado. Globalização. Interesse público. Regulação. Contrato administrativo.

ABSTRACT: Traditionally, the legal regime of public law developed under the paradigm of the binomial state-citizen or bipolar based on the conception that the legal relationship is built from the conflict of interest between the state and the citizen. Influenced by globalization the changes occurring in the state during the last decades has put into question this paradigm, which, for some, has contributed to the crisis and the fragmentation of the state unit. The aim of this paper is to analyze how this change of perspective has influenced the administrative law in Brazil and its projection on important issues related to regulation and new forms of contracting aspects of the government, upon which one can check the state closer to the private sector and the civil society sector itself, with flexible bipolar paradigm.

KEYWORDS: State. Globalization. Public Interest. Regulation. Administrative contract.

INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o regime jurídico de direito público se desenvolveu sob o paradigma do binômio Estado-cidadão ou bipolar, na expressão de Cassese². Trata-se da ideia de que a relação jurídica é construída a partir do conflito de interesse entre o Estado e o cidadão, em que ambos ocupam dois polos distintos e antagônicos, perseguindo objetivos não convergentes (interesse público x interesse particular).

As esferas pública e privada também são antagônicas, na medida em que veiculam princípios e regras diferentes no seu respectivo campo de atuação. Isto é, enquanto ao particular é permitido tudo aquilo que não é vedado expressamente por lei, o Estado só pode agir quando autorizado e desde que em conformidade com a lei. A concepção da autonomia de vontade para a formação dos atos jurídicos é o traço balizador do campo de atuação do Estado e do particular.

O antagonismo entre o interesse público e o interesse privado norteou os teóricos do direito público ao longo dos últimos dois séculos³, tendo sido desenvolvido um ramo jurídico específico, o direito administrativo, para tratar da estrutura, organização e funções de um sujeito especial no âmbito do poder estatal: a Administração Pública. Assim, por influência do direito francês, “*a concepção de que a especialidade do direito administrativo se definiria por oposição ao direito privado*”⁴, constituiu a origem e os fundamentos do direito administrativo no Brasil⁵.

Todavia, essa perspectiva dualista dos fundamentos do direito administrativo passou a ser questionado, sobretudo devido às várias transformações pelas quais passaram o Estado em decorrência do fenômeno da globalização nas últimas décadas. A diminuição das atividades estatais,

2 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

3 SUNDFELD define como “teoria dos antagonismos” a matriz de análise do direito administrativo tradicional, “que foca no jogo das oposições a circundar as leis, as regras, as práticas os casos, as decisões, os princípios, os institutos” (*Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 86).

4 *Ibid.*, p. 30.

5 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos autores com significativa influência no direito administrativo brasileiro nas duas últimas décadas: “[...] a autonomia da vontade só existe na formação do ato jurídico. Porém, os direitos e deveres relativos à situação jurídica dela resultante, a sua natureza e extensão são regulamentados por ato unilateral do Estado, jamais por disposição criadas pelas partes. Ocorrem, através de processos técnicos de imposição autoritária da sua vontade, nos quais se estabelecem as normas adequadas e se conferem os poderes próprios para atingir o fim estatal que é a realização do bem comum. É a ordem natural do Direito interno, nas relações com outras entidades menores ou com particulares” (*Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 62).

por meio de privatizações e o aumento da concessão de serviços públicos à iniciativa privada, têm sido apontados como um dos aspectos da “*crise do Estado*” ocorrida nos últimos anos.

O objetivo do presente trabalho é analisar como essa mudança de perspectiva tem influenciado o direito administrativo no Brasil e sua projeção sobre aspectos importantes relacionados à regulação e às novas formas de contratação do Poder Público, sobre as quais se podem verificar uma maior aproximação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada, flexibilizando, desse modo, o paradigma bipolar⁶.

Ainda que no campo teórico a ideia de antagonismo entre o interesse público e o interesse privado possua significativa influência, procuraremos destacar, sem a pretensão de exaurir o tema, como a aplicação prática da política regulatória e das contratações realizadas pelo Poder Público tem procurado atuar, na medida do possível, em pé de igualdade com a iniciativa privada, por meio de instrumentos jurídicos que propiciem uma maior parceria e cooperação entre as partes.

1 A CRISE DO ESTADO

Cassese⁷ destaca que a “*crise da unidade do Estado*” está relacionada com a “*fragmentação dos poderes públicos*”, apresentando-se como um dos problemas centrais dos ordenamentos jurídicos modernos ocidentais,

6 Não constitui objetivo do presente trabalho analisar os motivos e os fundamentos para o surgimento do fenômeno da globalização, tampouco analisar eventuais prós e contras. Parte-se do pressuposto que a globalização é uma realidade na ordem mundial, que influencia as relações sociais em diversos aspectos, notadamente na esfera jurídica. Com efeito, a conceituação da globalização na literatura é bastante ampla e controversa quanto aos seus efeitos políticos, econômicos, sociais e jurídicos. De acordo com Maria de Jesus Rodrigues Araújo Heilman, vários fatores podem ser destacados para o surgimento da globalização. Existe uma vasta literatura no campo da filosofia, política, economia e sociologia com o objetivo de descrever este fenômeno, havendo confrontos ideológicos acerca do impacto desta nova ordem mundial nas relações entre os Estados-nação. A descrição do fenômeno da globalização derivou várias teorias ideológicas acerca dos seus aspectos positivos e negativos. Na esteira do entendimento de Boaventura Santos, a autora destaca que a globalização não se apresenta sob uma única forma ou realidade, cuja explicação ocorre a partir de “realidades entrelaçadas”. A globalização constitui “um conjunto de relações sociais diferenciadas, e, portanto, existem várias globalizações, pois se trata de uma concepção de transição”. Entende a autora que este fenômeno não se restringe apenas ao campo econômico. Ou seja, “há algo maior de complexidade que transcende a cultura e as sociedades, na qual, a filosofia construiu um novo paradigma onde não há, portanto, neste processo uma concepção unidimensional, mas a partir da dimensão econômica se expande e se transforma em outras dimensões: política, jurídica, social e cultural” (in *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 54). Cassese, por sua vez, sob uma perspectiva econômica, entende que a “globalização consiste em redes de produção internacionais, dispersão de unidades produtivas em diferentes países, fragmentação e flexibilidade do processo de produção, interpenetração de mercados, instantaneidade dos fluxos financeiros e informativos, modificação dos tipos de riqueza e trabalho e padronização universal dos meios de negociação” (*A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010. p. 25).

7 CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

“embora com intensidades diferentes”. O surgimento e a multiplicação das entidades híbridas, constituídas de organismos semi-público, aliada à proliferação de organismos públicos não submetidos ao controle do governo central *“trouxe problemas significativos”* à democracia.

O primeiro diz respeito à definição acerca do que é ente público. A preocupação em obter um conceito único para o setor público só fez agravar a crise do Estado, tendo em vista que *“as noções são tão numerosas quanto os entes – ou categoria de entes – existentes”*. O segundo refere-se à diferenciação do setor público não estatal, de modo que *“a insuficiência das categorias tradicionais a ser incluída no paraestado levou a determinar também novas terminologias, como, justamente, a de ‘setor público’”*. O terceiro está associado à gestão ou de operacionalização, isto é, no que diz respeito à subordinação ao governo e outros órgãos representativos *“do variado mundo dos poderes públicos não estatais”*. O quarto problema está relacionado à prestação de contas desses organismos à sociedade (*accountability*).

Para Cassese, esses problemas se agravaram com o surgimento das autoridades independentes (ou agências reguladoras)⁸, que passaram a ter por *“delegação”* do Parlamento poderes normativos caracterizados por uma dupla função. *“Uma parte é conservada pelo Parlamento, enquanto outra é atribuída a autoridades independentes, embora nem todas tenham poderes normativos”*. No âmbito da organização administrativa, há uma mudança de perspectiva das autoridades independentes se afastarem da estrutura do Poder Executivo, considerando a ausência de hierarquia daqueles para com os ministérios do governo eleito, não estando sujeito ao princípio da *“responsabilidade ministerial”* ou controle hierárquico.

Com efeito, o regime de indicação e a nomeação dos seus dirigentes com mandato fixo não coincidente com o do governo eleito, apesar de depender de aprovação do parlamento, faz com que o exercício da função administrativa não seja, em tese, suscetível de ingerência de algum outro órgão externo. Um dos fatores para a utilização desse regime jurídico diferenciado de organização e gestão das autoridades independentes decorre do fato de eles serem responsáveis pela regulação de atividades consideradas *“sensíveis”*. Isto é, estão relacionadas ao debate dos riscos provenientes das mudanças incorporadas ao processo de globalização, existindo várias

8 O autor analisa o surgimento das autoridades independentes no contexto europeu, cujo modelo influenciou o surgimento da agência reguladora no direito brasileiro.

dimensões do risco produzido para tratar dos problemas criados pelo desenvolvimento tecnológico (meio-ambiente e saúde, por exemplo)⁹.

Contudo, a tentativa de insulamento do ente regulador frente ao poder político (executivo e legislativo) trouxe vários inconvenientes acerca do papel dessas agências autônomas dentro de um contexto democrático, na medida em que seus dirigentes e o respectivo corpo técnico não são submetidos ao sufrágio universal. Com efeito, a ideia de responsabilização dos atos das agências frente à sociedade “*traz novos desafios à democracia, ao criar domínios controlados por burocracias técnicas com pouca ou nenhuma responsabilização pública*”¹⁰.

Nesse sentido, a discussão em torno da *accountability* ou responsabilização dos atos das agências autônomas ganham relevo no espaço democrático, como forma de fomentar a participação dos cidadãos nos processos de definição e avaliação das políticas públicas no âmbito do espaço regulatório, fazendo com que as decisões sejam mais responsivas, no sentido de transparência e prestação de contas perante a sociedade. Além disso, deve haver espaços institucionais para que os cidadãos possam participar e impugnar as decisões do poder público (tribunais de contas, ministério público, judiciário etc.), como forma de viabilizar a sua plena participação no âmbito dos procedimentos das agências reguladoras.

A fragmentação da unidade estatal fez com que a autoridade do poder político perdesse a sua importância como elemento centralizador na definição das políticas públicas, como preconizava o paradigma bipolar, havendo a delegação desse poder a entidades autônomas¹¹. Não obstante,

9 HEILMAN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

10 In: ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. *Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças*. Rev. Adm. Pública, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, ago. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 14 de agosto de 2014. Segundo SUSTEIN (2004, p. 151), no direito norte-americano o modelo de agência idealizado pela política do new deal também gerou sérias críticas acerca do caráter democrático e responsivo dos seus agentes: “... os atores das agências não são responsabilizáveis mediante eleições e frequentemente não são responsivos perante o público em geral. Por causa da ausência das salvaguardas eleitorais, as agências são suscetíveis à pressão das facções e não raro são mais passíveis de agir acordo com seus próprios interesses [...] Ao criar um novo conjunto de agentes administrativos autônomos, os criadores do New Deal tentaram evitar os tribunais do common law e, eventualmente, o processo legislativo, que pareciam ter se tornado presas do controle das facções. Entretanto, ao se afastar das garantias tradicionais, os reformadores aumentaram a probabilidade de ocorrência dos abusos que o sistema tradicional foi pensado para controlar” (SUSTEIN, Cass R., SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004.

11 Para Heilman, a vontade coletiva não é mais determinada por meio da representação parlamentar interna, cedendo cada vez mais aos denominados “processos informais de negociação no âmbito interno da política administrativa dos órgãos do executivo, dos acordos político-partidários e no âmbito externo

ainda que o Estado seja o elemento essencial para a atividade normativa, de controle e de fiscalização do setor regulado, por meio da ação das agências reguladoras, o fato é que a sua atuação não pode ser mais imposta de forma unilateral sem ouvir previamente o setor regulado, os usuários do serviço público e a sociedade de um modo geral. A realização de consultas e audiência públicas tem sido utilizado pelo órgão regulador como importantes instrumentos de diálogo com a sociedade.

A abertura da regulação aos canais de participação da sociedade evidencia que, na prática, o Estado tem procurado adotar decisões voltadas para o consenso junto ao setor regulado, utilizando-se de típicos instrumentos de direito privado voltados para a negociação entre as partes envolvidas. Segundo Cassese, o paradigma bipolar é posto em cheque, na medida em que é valorizado pela Administração Pública o uso de modelos “*policêntricos e reticular*”:

Para a crítica do paradigma bipolar, foi relevante a observação da presença de estruturas não bipolares no processo, no qual o *Public Law litigation model* permite expandir o círculo dos potenciais autores e réus, e no próprio direito privado, em que se apresentam *polycentric tasks and adjudication*, que envolvem muitos sujeitos em questões de algum modo fluídas, que requerem negociações recíprocas e, portanto, são fundadas na negociação; ou então, a presença de contratos complexos, em que um único negócio formal se acumula uma pluralidade de intenções de negociação provenientes de mais de duas partes contraentes; e também o reconhecimento de que a estrutura dos sistemas jurídicos perde suas características tradicionais não é mais hierárquica, linear, arvorecente, monística, integrada, e assume outros traços porque é policêntrica, reticular e plural¹².

das reuniões direcionadas dos diversos organismos internacionais”. De igual modo, a noção de interesse público perde a sua “condição monolítica”, tornando-se menos abstrato. Neste aspecto, ganha corpo a noção de procedimentalização da atividade administrativa, podendo-se falar “em pluralidade de interesses públicos” (Globalização e o novo direito administrativo. Curitiba: Juruá, 2011. p.).

- 12 CASSESE, *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010. p. 88. Moreira Neto, por sua vez, aborda as transformações do Estado a partir da concepção de transição do Estado Monoclasse para o Estado Pluriclasse, em que o poder público vai perdendo a centralidade na consecução das tarefas públicas, por influência da concepção de consensualidade nas novas formas de contratação. Com efeito, em resposta as mudanças ocorridas após a segunda guerra mundial, “o Estado Pluriclasse ascende então como a forma de organização política dominante, passando a refletir nos Parlamentos e nos governos a pluralidade da própria sociedade e a determinar as mudanças de atuação política”. Nesse sentido, o surgimento do Estado Pluriclasse, segundo o autor, “fez despontar certos princípios, que passaram a atuar com reitores dos câmbios deflagrados: como o da subsidiariedade, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; o da coordenação, em lugar da exclusividade de atuação; o da privatização, quando a execução do interesse público pudesse ser melhor realizada pelos meios privados; o da publicização, atuando ao revés, retirando o Estado do setor privado e reforçando os seus instrumentos regulatórios das atividades delegadas, e o da consensualidade” (*Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro, 2007. p. 37/48).

Pode-se apontar, também, a influência da concepção de “*governança*”, surgida na década de 1990, para a explicação da forma em que a “*regulação modifica substancialmente a relação do Estado com o setor privado e com a própria sociedade civil organizada*”. Trata-se de uma análise diversa da concepção tradicional da Administração Pública, cujos focos de análise estão relacionados aos limites da ação do governo e as respectivas interações com o setor privado, reconhecendo a “*importância da boa interação entre governo, sociedade civil e setor privado*”¹³.

A governança surge no contexto de implantação das reformas neoliberais nos Estados Unidos e na Europa, mas difere dessa ideologia. É caracterizada pelo “*domínio das redes em políticas públicas*”, entendida como “*coleções amorfas de atores públicos, privados e sem fins lucrativos*”, que “*dominam a esfera da administração pública*”. Alguns entendem que as “*redes*” são concebidas “*como um processo natural decorrente da abertura econômica e democratização*”, ao passo que outros entendem que há uma prevalência do privado sobre o público como consequência da crise de legitimidade deste. O controle cede lugar à influência, de modo que o “*poder central perde a capacidade de controlar diretamente os atores e os recursos e passa a usar mais a capacidade de influência*”. Há uma maior utilização de recursos públicos e privados de forma híbrida, institucionalizando, dessa forma, as parcerias formas e informais entre o setor público e o privado. Por fim, são criados modelos “*organizacionais híbridos*”, nos quais ocorre a mistura dos recursos público e privado¹⁴.

Cassese¹⁵ ressalta que a governança não é um “*instrumento da globalização*”, mas uma forma de mantê-la sob controle. Isto é, devem ser compreendidos “*como fenômenos diferentes, e até mesmo opostos, ainda que caminhem na mesma direção, de subtrair uma parte do direito ao seu soberano habitual, o Estado*”. Os defensores da governança afirmam que o seu conceito é “*essencialmente democrático*”. Apesar da redução do papel do Estado na atividade econômica com as reformas neoliberais, houve o aumento das parcerias com o setor privado e com o terceiro setor em função da “*crescente pressão da sociedade*”. Dessa forma, “*a governança reconhece a importância das organizações públicas na rede de articulação com o privado*”¹⁶.

13 PECCI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 58.

14 Id., *ibidem*, p. 59.

15 Id., *ibidem*, p. 26.

16 Id., *ibidem*, p. 59.

2 AS AGÊNCIAS REGULADORAS E A REGULAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

As reformas realizadas no Estado brasileiro na década de 1990 também foram influenciadas por motivações semelhantes ocorridas no continente europeu sob a inspiração da ideologia neoliberal e do fenômeno da globalização. O processo de reforma da Administração Pública Federal, ocorrido no início da década de 1990 a partir do Plano Nacional de Desestatização¹⁷, posteriormente intensificado com o Programa de Reforma Gerencial do Estado, teve como motivação tornar o País economicamente viável e mais eficiente.

Com efeito, segundo Abrucio e Pó, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, formulado pelo então Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (Mare) do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, preconizava que o seu objetivo “*era alterar as bases do Estado brasileiro, a fim de melhorar o seu desempenho e democratizá-lo*”, de modo que as atividades administrativas não consideradas essenciais “*deveriam ser repassadas à iniciativa privada e reguladas pelo Estado, ao mesmo tempo em que se implantaria ‘a administração pública gerencial’*”¹⁸. Nesse contexto, a criação das agências reguladoras era o meio institucional idealizado para a regulação da atividade econômica setorial

Para tanto, foi necessária a alteração do texto constitucional e a realização de reformas no plano da legislação infraconstitucional, com o objetivo de tirar o monopólio da União para a exploração do serviço de telecomunicações e petróleo¹⁹, por exemplo, dando a oportunidade para que a iniciativa privada investisse nesses setores por meio de contratos de concessão, permitindo a sua exploração direta.

Nessa perspectiva, era necessário transmitir confiança, segurança jurídica e previsibilidade às regras e aos contratos de concessão, de modo a tornar o País em um ambiente seguro para o investimento estrangeiro, diante da escassez de recursos e a insuficiência do Governo Federal de realizar por conta própria as políticas públicas para o desenvolvimento

17 O marco do processo de privatização foi a edição do Plano Nacional de Desestatização por meio da Lei nº 8.031/1990, revogada posteriormente pela Lei nº 9.491/1997.

18 Id., ibidem, p.

19 A Emenda Constitucional nº 8 alterou o desenho institucional da exploração da União (art. 21, XII, a, CF) sob regime de monopólio do serviço público de telefonia, permitindo a exploração direta ou mediante a autorização, concessão ou permissão, dispondo que a lei regulamentará a organização dos serviços e a criação de um órgão regulador (Anatel). Já a Emenda Constitucional nº 9/1995 permitiu à União contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades correlatas à exploração de petróleo, quebrando o monopólio daquele ente federativo.

nacional. Portanto, a criação das agências reguladoras teve por objetivo instituir o “*marco regulatório*” de exploração pela iniciativa privada dos serviços públicos privatizados, de modo a trazer confiança e segurança jurídica no que se refere aos cumprimentos dos contratos (garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos)²⁰.

As mudanças normativas realizadas no processo de reforma gerencial evidenciaram a alteração do papel do Estado frente ao particular, que, deixando de lado o caráter impositivo da vontade da autoridade estatal, busca alcançar soluções consensuais, no qual a agência reguladora passa a ser a mediadora dos interesses envolvidos no processo de regulação de forma a alcançar, na medida do possível, a solução mais equilibrada²¹.

É importante tecer algumas considerações sobre o termo “*regulação*”, para que possamos compreender a sua dinâmica. Na literatura jurídica brasileira o interesse por essa palavra é considerado recente no Direito brasileiro, a despeito de já existir o seu uso normativo na legislação, como é o caso do disposto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, ao prever a competência do Estado para exercer a função de “*agente normativo e regulador da atividade econômica*”. A criação das agências reguladoras despertou o interesse dos administrativistas sobre os temas relacionados à regulação e os seus reflexos no direito administrativo.

Não há um conceito exato sobre regulação na literatura jurídica. Mas, de um modo geral, destaca Sundfeld²² que a palavra regulação tem sido utilizada para “*designar o conjunto das intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismos jurídicos que essas intervenções geram*”. Para Posner, a regulação econômica representa uma forma de “*intervenções estatais no mercado*”, entendida como “*todos os tipos de impostos*

20 De acordo com SANT'ANA: “com as privatizações e as emendas constitucionais, a agenda de discussões sobre a atuação do Estado em relação aos serviços públicos concentrou-se em como garantir a segurança jurídica do marco regulatório, como introduzir mecanismos concorrenciais entre os concessionários de serviços públicos e como garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos” (SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva / FGV, 2010. p. 375).

21 MARQUES NETO, Frederico de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

22 Id., Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 98/99.

*e subsídios, bem como aos controles legislativo e administrativo explícitos sobre taxas, ingresso no mercado, e outras facetas da atividade econômica*²³.

O jurista americano rejeita a teoria do interesse público e a teoria da captura para explicar os objetivos da regulação econômica. A ideia de que a intervenção estatal tem por pressuposto corrigir falhas de mercado (monopólio, externalidades, assimetria de informações e problemas de ação coletiva – *free rider*) possui uma série de deficiências, tendo em vista que a prática tem demonstrado que nem sempre a regulação tem por objetivo corrigir tais falhas, bem como a teoria “*não define qualquer intercâmbio ou mecanismo pelo qual uma concepção de interesses públicos é traduzida em ação legislativa*”. De outro lado, também não há dados empíricos suficientes para demonstrar que a regulação tem por pressuposto sempre satisfazer grupos específicos de interesse (captura). A ausência de dados empíricos para tanto, sinalizam que “*os efeitos da regulação econômica são difíceis de rastrear*”, tornando complicado “*identificar quais os mercados que se beneficiam e quais são os prejudicados pela regulação*”²⁴.

As justificativas para a regulação estatal estão assentadas em vários aspectos de ordem econômica e política, voltados para a intervenção no mercado, cuja norma pode ter por finalidade desde a correção de suas falhas, como também a adoção de políticas redistributivas em razão da existência de um interesse público identificado, vontades e aspirações coletivas na definição da política pública²⁵, transferências de interesses de grupo e ‘*rent seeking*’²⁶, consistente no produto de esforços de grupos privados para redistribuir recursos existentes em seu próprio benefício, de modo que os grupos mais organizados podem levar vantagem em relação aos grupos menos organizados.

Nesse contexto, existem várias justificativas e explicações para a edição de normas voltadas para a regulação econômica, sendo que, na maioria das vezes, é bastante complexo identificar com precisão as

23 POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano, São Paulo: Editora 34, 2004. p. 50.

24 idem, ibidem, p. 55 e 73.

25 “Algumas normas devem ser entendidas como materialização de preferências coletivas, incluindo aspirações, preferências sobre preferências, ou juízos de valor considerados por parte de segmentos significativos da sociedade. Normas de tal tipo são resultados de processos deliberativos dos cidadãos e parlamentares” (SUSTEIN, Cass R. O constitucionalismo após o New Deal. In MATTOS, Paulo et alli (Coord.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano, São Paulo: Editora 34, 2004. p. 44/45).

26 “[...] ‘rent seeking’ pode ser definido como sendo a produção riqueza por meio de esforços políticos tendentes a redistribuir recursos existentes; em vez de sua produção dar-se por meio da ação de diversos mercados. A atividade política voltada a gerar mudanças no status quo existente, é, portanto, censurável – inclusive as mudanças que gerem redistribuição de recursos por meio de desregulação ou eficiência econômica” (Idem. Ibidem, p. 61/62).

razões de um determinado ato regulatório com o fim perseguido pelo ente regulador. Assinala Sustain que “*normas reguladoras não deveriam ser tratadas como sendo um todo uniforme, sem diferenciações, tampouco como uma série de intervenções altamente particulares no contexto geral fixado pelo Direito*”. Várias abordagens são possíveis para justificar a edição da medida regulatória, de modo que, “*sem que se conheça apropriadamente o fato, a natureza, o alcance, bem como os seus efeitos práticos, as várias estratégias de regulação não podem ser decididas*”. A variedade de programas governamentais se fundamenta em concepções tradicionais acerca do bem-estar social e dos limites da intervenção na autonomia individual e coletiva, podendo os motivos serem convincentes ou não.

No contexto da atividade de regulação das agências brasileiras é fundamental analisar também a realidade de cada setor e os grupos econômicos envolvidos, para que se possam identificar quais os objetivos específicos de um determinado ato ou na regulação de um serviço público. A despeito de as agências reguladoras possuírem características institucionais em comum, na prática, o seu modo de atuação tem se mostrado bastante dispare, de maneira que seria temerário considerá-las como uma realidade política uniforme, tendo em vista a dinâmica de cada setor regulado (energia elétrica, telecomunicações, petróleo, transportes, portos, aeroportos, saúde etc.) em decorrência da “*ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor*”²⁷.

De qualquer maneira, a interação dos grupos de interesse, do órgão regulador e demais membros da sociedade na construção de determinada regulação ou política pública, tem sugerido o caráter dialógico ou policêntrico (Cassese) na forma de atuação das agências reguladoras. A função de árbitro e mediadora dos interesses envolvidos tem sido um desafio constante da atividade de regulação realizada pelas agências na busca do cumprimento equilibrado do comando do artigo 170 da Constituição Federal²⁸.

27 Conforme advertência de Abrucio e Pó: “a construção das agências reguladoras de cada área teve dinâmica e motivações próprias. Os problemas do setor, os desejos e negociações dos representantes políticos, a existência de grupos e interesses organizados afetam a configuração institucional e as regras a que uma agência pode estar submetida. A argumentação deste artigo mostra que essa uniformidade é, em grande medida, aparente e esconde diferenças significativas no funcionamento das agências. Assim, a diversidade dos setores já estaria incorporada no funcionamento, mais que no desenho das agências, o que matiza a argumentação de Mueller e Pereira (2002:68) no sentido de que as diferenças entre os reguladores serão provocados depois da sua instalação devido à ação dos atores políticos, sociais e econômicos envolvidos em cada setor” (Id., *Ibidem*, p.).

28 “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: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade;

A relação entre o Estado e o particular não pode ser reduzida, portanto, a partir de uma mera relação de tensão e antagonismo entre ambos (bipolar ou binária), mas multilateral de modo a equilibrar os interesses do próprio Estado, os setores econômicos regulados e a própria sociedade²⁹.

3 A FUGA PARA O DIREITO PRIVADO E AS NOVAS FORMAS CONTRATUAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O reflexo das transformações do papel do Estado também tem se projetado na disciplina dos contratos administrativos. A estreita relação dos modelos consensuais da Administração Pública com a regulação é evidente, na medida em que essa modalidade de intervenção estatal cria as condições necessárias para uma relação de parceria com os setores público e privado na prestação ou exploração de determinada atividade ou serviço público³⁰.

Nesse sentido, mostra-se relevante tecer algumas considerações sobre o fenômeno da “*fuga para o direito privado*”. Com efeito, essa expressão, que inicialmente foi invocada pelo jurista alemão Fritz Fleiner, em 1928³¹,

- IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; 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; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.
- 29 Como destaca Cassese: “aqui a relação entre Estado e economia é bem mais complexa. O Estado não indica fins, mas estabelece regras e procedimentos e não desempenha ele mesmo a atividade de execução, mas a confia a autoridade de regulação ou adjudicação. Entre reguladores e regulados instauram-se relações não binárias, mas multilaterais. Basta o exemplo das regulações assimétricas introduzidas para facilitar a entrada de novos empresários (new entrants) em setores antes dominados por um monopolista de fato ou legal (incumbent). Nesse caso, a disciplina pública, na medida em que favorece alguns, desfavorece outros. E não é feita para durar, mas para cessar, ser substituída por um regime não desequilibrado, mas paritário, no qual as empresas concorrem com as mesmas” (Id., *ibidem*, p. 50).
- 30 Segundo SUNDFELD: “no caso brasileiro, talvez os desafios jurídicos mais interessantes dos últimos anos sejam sobre a regulação que envolve a celebração e gestão de contratos públicos – contratos que, em geral, a legislação denomina ‘concessão’. Essa legislação vem crescendo, criou variações em torno das ideias mais antigas de concessão e tem sido amplamente aplicada” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito público e regulação no Brasil*. In GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014, p. 99).
- 31 Assinala COUTO e SILVA que a doutrina de Fritz Fleiner foi desenvolvida logo após o fim da primeira guerra mundial. A teoria desenvolvida pôs em “xeque a teoria do serviço público, pois, em certas situações, a vinculação a um serviço público, por mais estreita que fosse, não era mais suficiente para qualificar como de direito público os atos naquela praticados. O serviço público passou também a ser

foi utilizada por Estorninho para analisar as mudanças ocorridas em Portugal durante o processo de reforma e reestruturação da Administração Pública no início da década de 1990³².

O objeto de investigação do fenômeno “*fuga para o direito privado*” consiste em analisar “*aquelas situações nas quais a Administração Pública adopta as formas de organização e/ou as formas de actuação jurídico-privadas, para com isso se furta ao regime de direito público a que normalmente está sujeita*”³³. Ou seja, procura identificar a perda de identidade da Administração Pública diante do crescimento do neoliberalismo na gestão pública, resultante da crise do Estado e do direito positivo.

O fenômeno da privatização se consagra como a tendência conformadora da atuação administrativa que se torna diversificada, mas consensual. Trata-se da transferência da gestão pública de determinados serviços públicos ao particular por meio de “*parcerias*”, utilizando meios próprios de flexibilização: privatização, concessões e contratualização.

O uso das formas contratuais para a instrumentalização da prestação do serviço público pelos particulares (concessão) não é um fato novo, sendo fruto de um processo histórico gradual determinado por razões diversas. O alargamento das atividades do poder público no final do século XIX, decorrente da transformação do Estado liberal, fez com que a administração pública, em razão da escassez de recurso para a prestação do serviço público com qualidade, utilizasse das formas contratuais para delegação dessas funções ao particular para a realização de grandes obras. Não obstante, a doutrina francesa construiu a figura do contrato administrativo como um regime jurídico diferenciado dos contratos de direito privado, caracterizado pela presença das denominadas cláusulas exorbitantes do direito comum, à luz do paradigma bipolar do direito público.

Porém, o interesse da doutrina administrativa francesa pelo contrato administrativo passou por um período de “*quase-hibernação*”, sendo o seu interesse voltado praticamente para a figura do ato administrativo. A partir do pós-guerra a teoria do contrato administrativo ressurgiu, adquirindo uma nova vitalidade em decorrência da passagem do Estado

prestado por entidades de direito privado, da administração descentralizada ou indireta, e sujeitas a regime jurídico predominantemente de direito privado” (Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. Revista de Direito Administrativo, 209: 43-70, jul/set. 1997, p. 59).

32 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

33 Id., *ibidem*, p. 17.

social e o alargamento das funções do Estado agravado pela insuficiência dos recursos estatais para prover os interesses da coletividade cada vez mais crescente. A particularidade desse período é o “*aparecimento de uma nova mentalidade*”, que começa a se observar na transição da administração autoritária para a “*administração soberana consensual*”, pondo em dúvida os esquemas teóricos tradicionais do direito administrativo. De acordo com ESTORNINHO:

Trata-se de uma forma de administração nova, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais actos unilaterais da autoridade, aparecendo em relação a eles com uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública³⁴.

Nas décadas de 1980 e 1990, a discussão acerca do papel do Estado para prover os interesses da coletividade volta à pauta, influenciada pelas críticas do neoliberalismo à incapacidade da administração pública de realizar com eficiência políticas públicas de interesse da coletividade, devido ao “*alargamento desmesurado da atividade administrativa*”, que resultou na “*sobrecarga e ineficiência*” do aparato estatal. Nesse contexto, a crise do Estado Social influenciou sobremaneira a privatização da Administração pública, contribuindo para “*o recurso às formas jurídico-privadas de organização e actuação administrativas*”³⁵.

Assim, a busca pela eficiência da Administração Pública está intimamente ligada ao processo de privatização e a utilização de novas formas jurídico-privadas de organização e atuação administrativas. Há uma nova concepção do modo de administrar, negociada ou contratual, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade. O administrado passa a ser visto como “*consumidor ou cliente de uma administração gestora e garante*”³⁶.

Couto e Silva³⁷ assinala que a ideia de administração consensual ou *soft administration* é caracterizada pela utilização de “*formas consensuais em substituição às decisões unilaterais que caracterizam o ato administrativo*”, voltadas para a “*colaboração entre particulares e Estado na realização de*

34 ESTORNINHO, op. cit., p. 44 e 47.

35 Ibid., p. 47.

36 Id., ibidem, p. 47.

37 COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, n. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

fins públicos”, dentro do contexto de um regime jurídico que valoriza a democracia participativa. Este tema está diretamente associado “às noções de Estado e sociedade, de interesse público e de interesse privado, de direito público e de direito privado”. As formas de colaboração se irradiam por vários institutos do direito administrativo, especialmente em relação às novas formas de contratação no âmbito da administração pública.

Na órbita dos contratos administrativos a quebra do paradigma bipolar mostra-se evidente nas últimas décadas, ao se apresentar como importante instrumento jurídico para a condução da gestão pública. Com esteio na doutrina de Gauguin, Medauar³⁸ ressalta que o aumento do uso dos contratos administrativos nas últimas décadas devido a aproximação entre o Estado e a sociedade no âmbito do espaço democrático, que permeou a gestão governamental por meio das técnicas contratuais, utilizando-se das práticas de negociação e a busca do consenso com o particular. Há uma diminuição da centralidade do ato administrativo como instrumento de gestão pública, que, de uma certa forma, refletia um caráter mais autoritário na atuação do poder público em relação ao particular.

O contrato administrativo emerge como instrumento democrático (consensual) na gestão pública, propiciando uma maior aproximação e participação do setor privado na prestação do serviço público. Com efeito, “preconiza-se uma nova ação pública, debatida e negociada, menos longe dos cidadãos”. A relação jurídica entre o Estado e o particular não está baseada na concepção de supremacia, mas a “partir de um enfoque pluralista e consensual da ação pública que se manifesta pela externalização, regulação e negociação”³⁹.

No espaço regulatório é possível vislumbrar algumas opções adotadas pelo legislador pátrio no sentido de prestigiar o caráter consensual na gestão da política de regulação conduzida pelas agências reguladoras e a respectiva relação com o setor privado:

- a) Na regulação do setor elétrico, a Lei nº 9.684/1998 atribuiu a uma pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos as atividades de coordenação e controle da geração e transmissão de energia elétrica, qual seja, o Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, cuja gestão é realizada por um órgão colegiado composto por representantes indicados pelos setores público

38 MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014;

39 MEDAUAR, op. cit., Acesso em: 4 set. 2014;

(3 dirigentes) e privado (2 dirigentes). A sua atividade contém certas limitações, possuindo função de caráter executivo e está sujeita à fiscalização e regulação da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL. Não obstante, é inegável o uso de mecanismos típicos de direito privado para a gestão de serviços considerados públicos;

- b) Na regulação do serviço de interconexão em redes de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações estabelece a possibilidade de “*livre negociação entre os interessados, mediante acordo*”, desde que observado o disposto na Lei e na regulamentação expedida pela Anatel. O acordo firmado deverá ser “*formalizado por contrato*”, cuja validade dependerá de homologação pela Agência. Na hipótese da ausência de acordo entre os interessados, a Agência, mediante provocação, “*arbitrarás as condições para a interconexão*” (Art. 153, Lei nº 9.472/1997)⁴⁰;
- c) O marco regulatório do regime de exploração direta e indireta de Portos pela União, instituído pela Lei nº 12.815/2013 (conversão da MP nº 595/2012), cujo objetivo foi lançar “*novas bases para o desenvolvimento do setor portuário nacional*”, de modo a promover “*a participação da iniciativa privada com o Estado, da operação dos terminais portuários*”. Para as instalações dentro do Porto Organizado foi instituído o regime de “*concessão de uso de bem*”

40 Em sede de controle jurisdicional, há decisões no sentido de prestigiar as decisões adotadas pela Anatel em sede de arbitragem na regulação do serviço de interconexão. Com efeito, no julgamento do Recurso Especial nº 1.171.688/DF, o Superior Tribunal de Justiça apreciou um litígio entre duas operadoras de telefonia celular acerca da correta mensuração do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M) diferente do originalmente pactuado entre as partes, em razão da implementação de um sistema de interconexão fundado exclusivamente na cobertura de custos, que resultou na instauração de vários procedimentos no âmbito administrativo e judicial entre as partes envolvidas, levando a Anatel a constituir uma Comissão de Arbitragem de Interconexão (CAI). Ao entender que a Agência é o órgão competente para dirimir “as condições de interconexão quando se mostrar impossível a solução entre as operadoras interessadas”, nos termos do artigo 153, § 2º, da Lei nº 9.472/1997, posicionou-se o Tribunal no sentido de prestigiar a decisão adotada pelo ente regulador, em virtude do “alto grau de discricionariedade técnica imanente ao tema e em consideração aos princípios da deferência técnico-administrativa, da isonomia e da eficiência”, pois “a lógica do sistema de telecomunicações impõe a prudência de estender o VU-M fixado no despacho n. 3/2007 a todos os demais participantes de arbitragens similares, o que abrange a contenda entre a recorrida e a recorrente”. Cumpre ressaltar que no julgamento do RESP nº 1.171.688/DF, a Segunda Turma do STJ, ao prestigiar a decisão administrativa da Anatel, advertiu que a deferência do Judiciário para com a interpretação técnica adotada pela Agência reguladora (judicial deference), “não se confunde com insindiciabilidade, covardia ou falta de arrojo”. Mas o reconhecimento de que, “em matéria eminentemente técnica, que envolve aspectos multidisciplinares (telecomunicações, concorrência, direito de usuários de serviços públicos), convém que o Judiciário atue com a maior cautela possível”, de modo a não prejudicar o funcionamento do sistema de serviço público de telefonia.

público”, formalizados em contrato de concessão e arrendamento; e, para a exploração de atividade fora do porto organizado vai ser utilizado o regime de “*autorização*”⁴¹.

No plano da gestão do serviço público de saúde, podemos destacar a criação de uma empresa pública federal (Lei nº 12.550/2011), a Empresa Brasileira de Serviço Hospitalares - Ebserh, com personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério da Educação – MEC, com o objetivo de gerir os hospitais universitários federais. A relação jurídica entre a Ebserh e cada instituição universitária (autarquia federal) deverá conter as obrigações dos signatários, as metas de desempenho, indicadores e prazos de execução e a sistemática para o acompanhamento e avaliação das metas estabelecidas.

Outrossim, há diversas situações em que fica evidenciado o caráter consensual da relação do Estado para com o particular, cuja relação contratual não fica caracterizado pelo conceito tradicional da teoria dos contratos como uma relação de interesses contrapostos pelas partes contratantes (sinalagma). É o caso, por exemplo, dos contratos de gestão e dos consórcios públicos em que as partes buscam atingir interesses e objetivos comuns para a prestação de serviços públicos, instituindo “*obrigações recíprocas*”⁴². Destaquem-se também a regulação da forma de colaboração (ou parceria) entre o Poder Público e as organizações da sociedade civil, envolvendo ou não transferência de recursos financeiros em regime de mútua cooperação, para a realização de atividade de fomento

41 Exposição de Motivos da MP nº 595/2012, EM Interministerial nº 00012-A - SEP-PR/MF/MT/AGU, de 3 de dezembro de 2012.

42 Como destaca Medauar: “muitas dúvidas surgiram, e ainda existem, ao se cogitar do tratamento jurídico desse modo de atuar, em especial no tocante ao enquadramento das novas figuras na categoria dos contratos administrativos. Há corrente que nega a natureza de contrato a tais módulos, sobretudo por lhes faltar uma aventada contraposição de interesses que seria, nesta visão, a essencial característica dos contratos. No entanto, situando-se nas obrigações recíprocas o elemento fundamental dos contratos, as novas figuras, sem dúvida, podem ser vistas como tipos contratuais, com regime jurídico público (de regra), embora diferente, em muitos pontos do regime aplicado aos contratos clássicos. A título de exemplo, pode-se mencionar o tratamento dados aos consórcios públicos no ordenamento brasileiro, atribuindo-lhes natureza contratual, embora ausente a contraposição de interesses; os consórcios públicos no Brasil envolvem a realização de interesse comum de dois ou mais entes federativos, todas as pessoas jurídicas públicas, inexistindo, assim, interesses contrapostos” (Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014).

e consecução de finalidades de interesse público, nos termos da Lei nº 13.019/2004⁴³.

No plano das concessões públicas, foi instituída uma nova modalidade de concessão patrocinada ou administrativa, diversa do regime clássico das concessões, regulado pela Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação sob a forma de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública nas condições em que específica, cuja finalidade desta lei foi criar incentivos à iniciativa privada para que pudesse investir em colaboração com o Estado em importantes obras e serviços públicos de infraestrutura (rodovias, construções de hospitais e metrô, por exemplo). Na distribuição dos riscos entre o concedente e o concessionário pode-se dizer que a lei propiciou uma maior margem de negociação na busca da melhor forma de exploração da atividade, na medida em que não especifica quais riscos do empreendimento deve recair sobre o Estado e quais irão ficar sob a responsabilidade com a empresa concessionária⁴⁴. *“O importante é que haja justificativa econômica adequada para o modelo de repartição de riscos adotado”*, adverte Sundfeld⁴⁵.

Como revela Menezes de Almeida⁴⁶, existem ainda os contratos pelos quais o ente público participa como sócio minoritário em uma sociedade empresária, com o objetivo específico de fomento de determinada atividade econômica. É o caso da Lei Paulista de Inovação Tecnológica (Lei nº 049/2008), na qual prevê que *“O Estado, suas autarquias, fundações e empresas por ele controladas, direta ou indiretamente, poderão participar de sociedade de propósito específico, visando ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos...”* (art. 21).

43 De acordo com os fundamentos da “gestão pública democrática” traçada pela Lei nº 13.019/2014: “Art. 5º O regime jurídico de que trata esta Lei tem como fundamentos a gestão pública democrática, a participação social, o fortalecimento da sociedade civil e a transparência na aplicação dos recursos públicos, devendo obedecer aos princípios da legalidade, da legitimidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da economicidade, da eficiência e da eficácia, além dos demais princípios constitucionais aplicáveis e dos relacionados a seguir”.

44 A Lei nº 11.079/2004 prevê que na contratação da Parceria Público-Privada a “repartição objetiva de riscos entre as partes” (art. 4º, VI), devendo ser formalizado no contrato “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III).

45 SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

46 MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier latin, 2012.

Marques Neto⁴⁷ destaca, por fim, que a ideia da gestão consensual se projeta além dos contratos administrativos, podendo ser visualizado, também, no âmbito das funções administrativas em que existe uma centralidade mais presente da autoridade estatal, como ocorre no exercício do poder de polícia. É a hipótese da celebração do compromisso de cessação previsto na Lei nº 12.529/2011, que, em seu artigo 85, prevê a possibilidade nos procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica no âmbito do CADE, o infrator firmar um pacto com a autoridade competente para parar a prática de atividade lesiva à ordem econômica, nos termos e condições fixados em lei.

4 CONCLUSÃO

As transformações ocorridas nas últimas décadas na gestão pública brasileira têm evidenciado significativas mudanças no direito administrativo e nos seus respectivos conceitos e institutos. Influenciados pelos fenômenos da globalização e da privatização o movimento de reforma da administração pública federal realizada na década de 1990 tiveram por objetivo imprimir uma nova relação do Estado para com a sociedade, de forma a propiciar uma participação democrática na definição e realização de políticas públicas. Há uma mudança do papel estatal, em que prepondera a função de regulação e árbitro frente à exploração da atividade econômica delegada à iniciativa privada, que, por sua vez, exige uma atuação de forma mais consensual e negociada na instituição no espaço regulatório.

A criação das agências reguladoras foi uma necessidade adotada pelo governo federal de conferir maior credibilidade e segurança jurídica às novas formas de participação e investimento do setor privado na exploração de atividades econômicas privatizadas. O insulamento do ente regulador frente ao poder político tradicional foi um mecanismo utilizado pelo legislador de conferir uma maior independência e autonomia na regulação da atividade econômica. Por outro lado, a instituição de mecanismos de *accountability* (consultas e audiências públicas, por exemplo) propiciou uma maior participação do setor regulado e da sociedade no âmbito regulatório, exigindo das Agências uma conduta mais transparente e responsiva.

Nesse sentido, a relação entre o Estado e o particular, que antes eram considerados polos separados e em oposição, vão construindo uma relação jurídica de maior aproximação, priorizando uma relação de parceria e

47 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, Ano XXIX, Dez. 2009. nº 107, p. 74/81.

cooperação. As novas formas contratuais previstas na legislação sinalizam a tendência consensual na relação do poder público com o setor privado, pondo em cheque inclusive a ideia de contraprestação presente na teoria clássica dos contratos. Os termos de parceria, contratos de gestão e consórcios públicos, por exemplo, as partes contratantes perseguem objetivos comuns (não antagônicos) na prestação de um serviço público.

Na verdade, as novas formas de atuação da administração pública sugerem que a concepção de que o Direito Privado e o Direito Público seriam verdadeiros conceitos *a priori* está ultrapassada. Prevalece o entendimento de que a ordem jurídica é uma realidade unitária ou uma “*miscelânea*”, na expressão de Estorninho⁴⁸, cuja distinção entre ambos tem o cunho meramente didático, não se tratando de campos jurídicos totalmente opostos.

A utilização das formas jurídico-privadas pelo poder público não tem o condão de eliminar por completo o regime jurídico de direito público e os respectivos mecanismos de controle a que está sujeito, conforme traçado na legislação e na Constituição Federal. Pode-se dizer que há certa gradação na incidência do regime de direito público nas formas de contratação por opção de política legislativa, cuja flexibilização do regime nos contratos administrativos é um reflexo da nova concepção de administração pública inserida em um regime democrático, voltada, na medida do possível, para uma gestão pública consensual e paritária.

REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz; PÓ, Marcos Vinicius. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, ago. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CASSESE, Sabino. *A crise do Estado*. São Paulo: Saberes, 2010.

48 ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. 209: 43-70, jul./set. 1997.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. *Globalização e o novo direito administrativo*. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, Ano XXIX, nº 107, dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. Nota sobre a contratualização na atividade administrativa. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago. 2012. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=80288>>. Acesso em: 4 set. 2014.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier latin, 2012.

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

PECI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

POSNER, Richard. Teorias da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et alli (Coord.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*, São Paulo: Editora 34, 2004.

SANT'ANA, Diogo de. Conjuntura da regulação no Brasil: conflitos e convergências. In: SCHAPIRO, Mario Gomes (coord.). *Direito Econômico Regulatório*. São Paulo: Saraiva/FGV, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

RECEBIDO EM: 17/09/2014

APROVADO EM: 06/04/2015

O CARÁTER IDEOLÓGICO DA ATIVIDADE INTERPRETATIVA E A POSSIBILIDADE DE SUA CRÍTICA NA OBRA DE PAUL RICOEUR

*THE IDEOLOGICAL CHARACTER OF THE INTERPRETATIVE
ACTIVITY AND THE POSSIBILITY OF ITS CRITIQUE IN PAUL
RICOEUR'S WORK*

*Hitala Mayara Pereira de Vasconcelos¹
Advogada da União na PRU – 1ª Região
Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco
Mestranda em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de
Brasília – UNICEUB, Brasília/DF, Brasil*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As funções da hermenêutica e sua evolução; 2 A atitude do distanciamento e a ideia de “mundo do texto”; 3 A noção de ideologia e a impossibilidade de sua crítica a partir de um local não ideológico; 4 Conclusão; Referências.

1 hitala.vasconcelos@agu.gov.br

RESUMO: Normalmente compreendida como algo negativo por força da influência de Karl Marx na definição do seu conceito, a ideologia é apresentada por Paul Ricoeur como algo inerente ao homem, sendo inviável a pretensão de sua crítica de um local não ideológico. A partir do estudo de sua obra “Interpretação e ideologias”, é possível observar a noção de complementaridade presente no pensamento de Paul Ricoeur e demonstrar que toda atividade interpretativa é, em si, ideológica, o que não impede o exercício da crítica quanto a seu resultado, tampouco seu papel transformador, considerações estas que o autor apresenta a partir das noções de “distanciamento” e de “mundo do texto” por ele propostas.

PALAVRAS-CHAVE: Paul Ricoeur. Teoria da Interpretação. Ideologia. Distanciamento. Mundo do Texto.

ABSTRACT: Usually understood as something negative under the influence of Karl Marx in the definition of its concept, the ideology is presented by Paul Ricoeur as something inherent in man, being an impractical claim its criticism from a non-ideological place. From the study of his work “Interpretation and Ideologies”, it is possible to see the notion of complementarity in Paul Ricoeur’s thought and demonstrate that all interpretative activity is, in itself, ideological, which does not preclude the exercise of criticism about its outcome nor its changeable role, once these considerations are shown through the notions of “detachment” and “the world of the text”, proposed by him.

KEYWORDS: Paul Ricoeur. The Theory of Interpretation. Ideology. Detachment. World of the Text.

INTRODUÇÃO

Se não existem fatos ou leis, mas apenas suas interpretações, é possível observar que dessa constatação decorre ainda a de que não existe experiência de verdade a não ser como ato interpretativo, de maneira que, também no âmbito jurídico, é impossível ao intérprete conhecimento pleno a respeito dos fatos que lhe são submetidos e que jamais ficarão isentos à lente deformadora da subjetividade do julgador, como já definia Gadamer.²

Foi nesse contexto que a teoria da interpretação passou a se debater em uma busca da objetividade, pretendendo afastar o máximo possível os traços de subjetivismo que necessariamente marcam a atividade interpretativa, dentre os quais se destaca a ideia de ideologia.

O conceito de ideologia, sua suposta função de domínio – nos termos idealizados por Karl Marx e Friedrich Engels – e a existência de um método que a distancie da atividade interpretativa do julgador constituíram o objeto de estudo de Paul Ricoeur em sua obra “Interpretação e Ideologias”. Suas respostas, apresentadas a partir da noção de complementaridade, mostram-se relevantes até os dias atuais, por evitarem extremismos ainda presentes na Teoria do Direito.

O objetivo do nosso estudo é analisar qual a proposta de Ricoeur para a suposta dicotomia existente entre hermenêutica e crítica, atividade interpretativa e objetividade. Para tanto, faremos, inicialmente, um exame sobre a evolução da hermenêutica e suas funções, a partir da qual chegaremos à questão sobre a possibilidade de introduzir uma instância crítica à ideia de pertença à tradição delineada por Gadamer.

Neste contexto, para compreendermos a solução apontada por Ricoeur, partiremos para o exame da noção de distanciamento e de teoria do texto por ele pensada, base para que se compreenda a resposta conciliatória que é apresentada em sua obra à presença da ideologia e da tradição na atividade interpretativa do julgador sem que ocorra perda de objetividade

2 Para Gadamer, “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos, embora a vontade do nosso conhecimento deva sempre buscar escapar de todos os nossos preconceitos. [...] O fato de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer marca certamente o limite do ‘método’ mas não o da ciência”. In GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013. p. 631.

nem renúncia à atividade crítica, que constituirá a conclusão do presente estudo.

1 AS FUNÇÕES DA HERMENÊUTICA E A SUA EVOLUÇÃO

O direito natural pode ser apontado como ponto de partida da explicação da racionalidade do direito, pois, segundo ele, estaria o direito baseado em algo racional e lógico, embora extrajurídico, cabendo ao intérprete apenas sua contemplação, nos mesmos moldes de um matemático.³

Contudo, já em Aristóteles se encontra a ideia de que as leis não poderiam conter todas as soluções, devido ao caráter complexo e circunstancial dos assuntos humanos e à própria ideia de vontade presente no ato interpretativo⁴. Tornou-se necessário, assim, garantir à interpretação uma racionalidade que afastasse a simples “ideologia” do julgador na solução do caso concreto.

Ao longo do século XX, então, a Hermenêutica passou a se mover, precipuamente, a partir de dois polos: de um lado, a noção de disciplina encarregada de racionalizar metodicamente as denominadas ciências do espírito; de outro, uma ontologia centrada no caráter interpretativo da realidade humana, vertente elaborada por Gadamer.⁵

Ambos buscam superar tanto o que pregava a Escola do Direito Livre, para a qual caberia ao Juiz decidir segundo a experiência, a observação e as opiniões dos homens⁶, tendo a lógica pouco a dizer em

3 SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 20.

4 Essa consideração é apresentada por John M. Kelly a partir do estudo da obra de Guido Fassó, nos seguintes termos: “[...] a suposição inicial sobre a qual esse processo repousava era que o legislador precisava apenas exprimir em forma de lei os preceitos da razão, e que esse direito positivo não seria mais que uma declaração pública, uma determinação com força obrigatória, do direito natural. O que efetivamente aconteceu foi que a vontade do legislador passou a ser considerada a fonte do direito; e que o direito natural, após ser aclamado por breve período como a própria essência do código, logo foi esquecido e, depois, rejeitado e escarnecido. O antigo conflito entre a razão e a vontade terminou, na aparência, com a aceitação das exigências da primeira; e, na realidade, com a completa vitória da última” (FASSÓ apud KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010p. 412-413).

5 RODRIGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. *Interpretación, derecho, ideología*. Granada: Comares, 2011. p. 1.

6 E que acabou, por isso mesmo, perdendo a visão sociológica de seu fundamento para tornar-se mecanismo de justificação do nacional-socialismo a partir do momento em que previa que o Direito não expressava razão alguma, mas a vontade predominante – no caso, a do mais forte. In SANCHÍS, op. cit., p. 40.

relação à experiência da vida⁷; quanto a ideia restrita do positivismo clássico, preso à letra da lei e à adesão passiva do juiz a seus termos, teoria essa que já sucumbia em sua própria base por não poder racionalizar a atividade do julgador na escolha das premissas do silogismo a partir do qual ocorreria a aplicação da lei.

A ideia central, portanto, seria a de que o juiz tem que atender à realidade, pois o sentido e o alcance da norma devem ser compreendidos a partir da situação real. Isso, contudo, não pode levar a decisões distanciadas do quanto prevê a lei⁸, conclusão esta que afasta tanto a supremacia absoluta do julgador quanto a do legislador, garantindo um mínimo de racionalidade e a legitimação das decisões judiciais em um Estado de Direito.⁹

O panorama encontrado por aqueles que passaram a se dedicar à hermenêutica jurídica, contudo, estava dominado pelo desengano, pois não parecia fácil encontrar o filtro necessário para garantir objetividade à interpretação jurídica¹⁰. Foi necessário buscar reforço na Filosofia Hermenêutica, que, com Schleiermacher, adquire o caráter geral de atividade interpretativa, iniciando verdadeiro movimento de desregionalização.

O problema com o qual se defrontou Schleiermacher, porém, foi o da relação entre duas formas de interpretação: a interpretação gramatical – que se apoia nos caracteres do discurso – e a interpretação técnica – dirigida à singularidade da mensagem do escritor –, distinção constante em sua obra, segundo a qual não seria possível praticar os dois tipos de interpretação ao mesmo tempo.

Nessa separação entre as interpretações é que Ricoeur pousa sua crítica, para afirmar que o excesso da primeira gera o pedantismo; o da segunda, nebulosidade, sendo preciso conjugá-las, vez que a interpretação técnica ou psicológica – como a denomina Ricoeur – jamais se limita a uma afinidade com o autor, mas implica motivos críticos na atividade de comparação: uma individualidade só pode ser apreendida por comparação e por contraste, jamais como algo isolado.¹¹

7 RODRIGUEZ PUERTO, *op.cit.*, p. 16.

8 *Ibidem*, p. 25.

9 SANCHÍS, *op.cit.*, p. 48.

10 RODRIGUEZ PUERTO, *op.cit.*, p. 33.

11 RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. p. 22.

Embora Dilthey garanta uma extensão à ideia de Schleiermacher através da inclusão das ciências exegéticas e filosóficas no interior das ciências históricas, destaca Ricoeur¹² que, no objetivo maior de replicar o positivismo, Dilthey não garantiu sustentabilidade a sua teoria, pois, mesmo focando o aspecto histórico, manteve como base de sua tese o homem fundamentalmente singular. Com isso, a questão da objetividade manteve-se como um problema, por força do caráter psicológico por ele atribuído à tarefa da compreensão.

Foi na obra de Gadamer que a hermenêutica jurídica passou a encontrar seu grande estímulo, pois, diferentemente do que se tinha visto até então, surge com ele questão nova: ao invés de nos perguntarmos *como sabemos*, perguntaremos *qual o modo de ser desse ser que só existe compreendendo*¹³. Desse modo, não persistia a necessidade de vislumbrar a compreensão como ligada ao problema de outrem, à possibilidade de se aceder, por transferência, a um psiquismo estranho. Gadamer, com fundamento na obra de Heidegger, observa que os fundamentos do problema ontológico devem ser procurados do lado da relação do ser com o mundo, e não da relação com outrem.

A questão *mundo* toma, então, o lugar da questão *outrem*, que se fez presente nas obras de Dilthey e Betti. Com isso, o compreender se *despsicologiza*, tendo por primeira função a de nos orientar em determinado contexto, de modo que a compreensão de um texto, por exemplo, não é descobrir um sentido inerte que nele estaria contido, mas revelar a *possibilidade* de ser por ele indicada.¹⁴

Diferentemente de Dilthey, que mantinha a história no plano epistemológico, Gadamer a insere no processo ontológico. Trata-se da consciência de ser exposto à história e à sua ação, de tal forma que não podemos objetivar essa ação sobre nós, porque faz parte do próprio fenômeno histórico.¹⁵

A partir deste raciocínio, a interpretação possuiria uma estrutura circular, já que o intérprete está vinculado à tradição, mas ao mesmo tempo determina seu significado através do próprio ato interpretativo, em uma fusão de horizontes que nos permite constatar que, ainda que a lei seja

12 Ibidem, p. 21.

13 Ibidem, p. 30.

14 Ibidem, p. 32-33.

15 RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990. p. 40.

o critério justificador da decisão – no âmbito jurídico –, seu conteúdo só será conhecido no momento de sua aplicação.

O intérprete não está diante de um caso concreto livre de qualquer pressuposto, mas formando parte de uma estrutura de antecipação do compreender, que reflete seu mundo e suas experiências precedentes, não de um modo subjetivo, mas a partir da comunidade e da tradição a que pertence, sendo que esta última está sujeita a atualizações e transformações constantes mediante interpretações sucessivas.

A teoria da tradição, pensada por Hans-Georg Gadamer, não está, contudo, isenta de críticas, como aquelas apresentadas por Habermas, para quem, presa à tradição, a teoria gadameriana impediria qualquer visão crítica da realidade. Segundo Ricoeur¹⁶, o problema que ela apresenta, no campo da ideologia, é o seguinte: *como é possível introduzir qualquer instância crítica numa consciência de pertença expressamente definida pela recusa do distanciamento?*

É, portanto, a partir do confronto entre a teoria gadameriana e a crítica habermasiana sofrida pela primeira que Paul Ricoeur busca apresentar uma resposta ao questionamento acima. Para que possamos compreender a solução que Ricoeur apresenta a referido problema é que se torna necessária uma análise sobre seus conceitos de distanciamento, mundo do texto e, principalmente, de ideologia.

2 A ATITUDE DO DISTANCIAMENTO E A IDEIA DE “MUNDO DO TEXTO”

A crítica de Ricoeur à obra de Gadamer pousa na oposição existente entre distanciamento alienante e pertença e, conseqüentemente, na adoção, pelo segundo, da ideia irrestrita de pertença à tradição.

Distanciamento alienante é a atitude a partir da qual é possível a objetivação que reina nas ciências do espírito ou ciências humanas. Contudo, esse distanciamento seria, ao mesmo tempo, a degradação que arruína a relação fundamental que nos faz pertencer e participar da realidade histórica que pretendemos erigir em objeto. Assim, ou praticamos a atitude metodológica através do distanciamento, mas perdemos a densidade ontológica da realidade estudada, ou praticamos

16 RICOEUR, op. cit., p. 40.

a atitude de verdade e somos forçados a renunciar à objetividade das ciências humanas¹⁷.

Para Ricoeur, contudo, a solução não está em escolher entre uma das alternativas acima – e, aqui, evidenciamos a ideia de complementaridade, de conciliação, presente em sua obra –, mas sim em uma tentativa de ultrapassá-la, o que encontra sua expressão na escolha de uma problemática dominante, que seria o texto, o “mundo do texto”¹⁸.

Para explicar a base de sua teoria, Ricoeur¹⁹ apresenta a ideia de que o discurso se dá como evento, mas se compreende como significado, o que envolve não só o que é dito, mas também como é dito. Essa ultrapassagem do evento na significação configuraria o primeiro distanciamento: o do dizer no dito, que envolve não apenas o *ato de dizer*, mas *aquilo que fazemos ao dizer* e *aquilo que fazemos pelo fato de falar*.

Uma vez entendido como significado, pode o discurso ser enquadrado como obra, o que o insere na noção de estilo, que é o elemento de mediação entre o evento e o significado, garantindo um novo enfoque ao autor e ao texto dentro de uma específica situação e, por conseguinte, uma maior objetivação.

A explicação, assim, seria caminho obrigatório para a compreensão. A escrita, por sua vez, tornaria o discurso autônomo em relação ao autor, introduzindo-lhe o relevante fator da *fixação*. Com isso, pode-se transcender o texto das condições psicossociológicas de sua produção – ou seja, da própria tradição do seu autor –, abrindo-o a uma sequência ilimitada de leituras, em contextos socioculturais diversos, libertando, assim, a coisa escrita e tornando-a passível de transformações.

A autonomia do texto garantida pela escrita passa a demonstrar o distanciamento não como questão metodológica, mas condição de

17 RICOEUR, op. cit., p. 43.

18 Por conta do foco dado por Ricoeur ao “texto” como base da interpretação é que alguns autores denominam a sua hermenêutica como “Teoria do Texto”. In: FERNANDÉS-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1995.

19 RICOEUR, op.cit., p. 45-47.

interpretação, afastando, com isso, a forte dicotomia que se coloca entre interpretação e objetivação.

É nessa ideia de distanciamento que surge o conceito de *mundo do texto*, o qual se afasta da busca do autor, do seu objetivo quando da elaboração da obra, presente na hermenêutica romântica, e também da análise meramente estrutural do escrito, a partir da constatação de que todo texto possui sentido (objeto real a que visa) e referência (pretensão de atingir a realidade).

Interpretar, assim, refere-se a explicitar o tipo de ser-no-mundo manifestado *diante* do texto; o texto é, portanto, a mediação pela qual nos compreendemos a nós mesmos²⁰ a partir de sua nova contextualização. O mundo do texto já não é um mundo irrepetível, mas um mundo de um perene poder ser²¹, passível de várias novas interpretações.

Através do distanciamento do autor da obra, ou seja, do afastamento da subjetividade em relação ao autor do texto que está sendo interpretado – principal problema com o qual se confrontava a hermenêutica romântica –, porém, é que surge a ideia de subjetividade do leitor, e, com isso, a necessidade de exame a respeito da ideologia na atividade hermenêutica e seus limites à atividade crítica, foco da obra em estudo.

3 A NOÇÃO DE IDEOLOGIA E A IMPOSSIBILIDADE DE SUA CRÍTICA A PARTIR DE UM LOCAL NÃO IDEOLÓGICO

A forte influência do marxismo sobre o problema da ideologia é algo que não se pode negar. Contudo, destaca Ricoeur²², essa é uma das primeiras armadilhas que surgem quando passamos ao estudo do tema, justo porque tal percepção nos leva a sempre enxergar a ideologia como algo negativo, como se o próprio pensamento marxista não fosse também ele fortemente ideológico²³.

O estudo da ideologia, portanto, não deve se pautar em posições marxistas ou antimarxistas, mas a-marxistas, até mesmo porque não

20 RICOEUR, op. cit., p. 56-57.

21 FERNANDÉS-LARGO, op. cit., p.80.

22 RICOEUR, op. cit., p. 82.

23 Essa percepção também se encontra na obra de Villoro, no momento em que constata que o marxismo, de uma atividade crítica libertária, transmutou-se em doutrina autossuficiente, isolada de outras formas de pensamento crítico. In: VILLORO, Luís. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 10.

necessariamente a ideologia é um instrumento de *dominação*, tampouco de *dominação social*. Seu estudo, para Ricoeur²⁴, requer uma análise das funções que exerce, momento em que o autor se apoia nas lições de Max Weber.

Para este autor, a noção de ideologia parte do conceito de *ação social* e de *relação social*: há ação social quando o comportamento humano é significativo para os agentes individuais e quando o comportamento de um é orientado em função do comportamento do outro. A ideia de relação social acrescenta a esse duplo fenômeno a noção de uma estabilidade e previsibilidade de um sistema de significações, e é nesse nível que surge o fenômeno ideológico, ligado à necessidade de um grupo social conferir uma imagem de si mesmo.

A ideologia, neste aspecto, tem a função de perpetuar a energia inicial existente quando da formação do grupo, assumindo não só uma função mobilizadora, mas também justificadora, que lhe confere o caráter argumentativo de demonstrar que o grupo que a professa tem razão de ser o que é. Esta seria a *função geral da ideologia*.

É nesse contexto que tudo pode tornar-se ideológico, sem, necessariamente, ser algo negativo. De igual modo é que, também, tem relevo o caráter não reflexivo que caracteriza o fenômeno ideológico, pois, no intuito de conferir um “espelho” a um determinado grupo, a ideologia opera um estreitamento do campo com referência à possibilidade de interpretação, o que gera uma *cegueira ideológica*, sendo impossível que uma tomada de consciência se efetue de outra forma que não também através de um código ideológico.

O caráter de inércia da ideologia realça a sua *função de dominação*, na qual ela se instaura como sistema justificativo, conceito este intimamente ligado ao precedente, na medida em que o fenômeno da autoridade é coextensivo à constituição de um grupo²⁵. É por isso que a ideologia-dissimulação interfere em todos os outros traços da ideologia-integração, ainda que não os elimine, ocorrendo, por exemplo, através do uso de crenças verdadeiramente justificadas como pressuposto das crenças injustificadas, para lhes garantir validade.²⁶

24 RICOEUR, op.cit., p. 67-68.

25 Ibid., p. 72.

26 Exemplo prático desta situação estaria na invocação da democracia (crença justificada) como fundamento para o capitalismo exagerado, sendo que da democracia deveria decorrer apenas o sentido de governo do povo.

Mas não é ainda aqui que nos deparamos com o conceito propriamente marxista, que não se limita à ideia de dominação, inserindo, também, a noção de distorção, de deformação por inversão, destacando o próprio conteúdo da ideologia, em sua *função deformadora*.

Para Karl Marx e Friedrich Engels, o equívoco estaria em pensar o homem como ser abstrato, quando é ele um ser em concreto. Ao assim agir, a religião e – à época de seus escritos – a denominada “Ideologia Alemã” acabaram por realizar representações falsas sobre o homem, sobre o que ele deve ser. Contudo, não é simplesmente a visão distorcida da realidade o que caracteriza a ideologia: é necessário que esta distorção condicione relações sociais, exercendo uma função social de dominação. A ideologia, portanto, de forma dissimulada, acaba por transformar conceitos individuais em universais, permitindo a dominação daqueles que a propagam – a classe dominante.²⁷

É preciso, contudo, observar que nem mesmo Karl Marx vê a voluntariedade como elemento necessário para a ideologia. Para ele, é possível afirmar que a universalização das ideias das classes dominantes ocorre de modo involuntário, inconsciente, baseada justo na firme convicção de que tais conceitos seriam universalmente válidos, por ser a ideologia uma *necessidade social*.

Conjugando os critérios supracitados, é possível perceber que todos confluem para a constatação de que a ideologia é fenômeno insuperável da existência social, na medida em que a realidade social sempre possui uma constituição simbólica e comporta uma interpretação em imagens e representações do próprio vínculo social, pois, como visto, a ideologia possui funções no âmbito da vida em sociedade.²⁸

Outra hipótese de interferência da ideologia-dissimulação na ideologia-integração dá-se através de uma “confusão” de valores aceitos socialmente, como a invocação da paz como justificativa para a instauração de um forte conflito armado. In VILLORO, Luís. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 37-39.

27 Karl Marx e Friedrich Engels afirmam de modo peremptório que a classe dominante, que é o poder material dominante, é também o poder espiritual dominante, pois é ela que dispõe não só dos meios de produção material, mas também dos meios de produção intelectual. In MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 48.

28 RICOEUR, op. cit., p. 75.

A questão que surge – e que é exatamente o foco da obra de Ricoeur que estamos analisando – é quanto à possibilidade de um lugar não ideológico do qual seja possível falar cientificamente da ideologia e, com isso, tecer críticas quanto a sua presença na atividade interpretativa.

Nesse aspecto, Paul Ricoeur²⁹ é peremptório ao responder negativamente a esse questionamento, destacando que o que o surpreende não é o que se diz sobre a ideologia – foco das várias teorias anteriormente elencadas –, mas a pretensão de dizê-lo de um lugar não ideológico chamado ciência, através de um pensamento *disruptivo*, que cumpra a função de ruptura das crenças.

Esta pretensão estava presente na obra de Karl Marx e dos defensores da teoria social concebida como crítica, segundo a qual a doutrina representada pelo proletariado (grupo dominado) seria uma doutrina crítica, como se também ela não estivesse condicionada pelas mesmas relações sociais ou como se bastasse o antagonismo à classe dominante para retirar o caráter ideológico da posição por eles defendida.³⁰

Também é possível verificar a mesma pretensão na doutrina *positivista*, que, em uma *armadilha epistemológica*, na qual a explicação por estruturas é tomada por um discurso que não seria assegurado por nenhum sujeito específico, buscou afastar a ideologia do intérprete, ficando, contudo, enfraquecida sua vigilância na ordem da verificação e da falsidade, na escolha das premissas da decisão, fraqueza essa que a denuncia também como ideológica.³¹

Conclui Ricoeur³² que a dificuldade em uma crítica neutra da ideologia situa-se justo na constatação de ser esta última anterior ao próprio vínculo social, que, por si só, já é simbólico, sendo a ideologia a ele inerente. A ideia de transparência, portanto, não se encontra atrás de nós, na origem, mas diante de nós, no término de um processo histórico talvez interminável, sendo necessário enxergar uma relação não de antagonismo entre ciência e ideologia, mas de dialética, devendo a

29 RICOEUR, op. cit., p. 77.

30 VILLORO, op. cit., p. 72-73.

31 RICOEUR, op. cit., p. 79.

32 Ibidem, p. 84.

ciência – que não pode ser neutra – ser pacífica, e não combatente de uma única ideologia.

Isso, contudo, não significa concluir que devemos renunciar a todo juízo de verdade sobre a questão ideológica. A solução está exatamente em um discurso hermenêutico sobre as condições de toda compreensão de caráter histórico, sendo na construção da resposta ao conflito entre consciência hermenêutica e consciência crítica que Ricoeur contrapõe as obras de Gadamer e Habermas, para questionar se é possível uma análise da ideologia só com fins de compreensão ou se ela somente é possível com o viés de crítica.

Para este debate, Ricoeur destaca ser na eleição do ponto de partida que os autores acima mencionados diferem. Isso porque Gadamer, ao eleger a tradição, daria à crítica um papel passivo, limitado pela pré-compreensão. A instância crítica só poderia desenvolver-se como um momento subordinado à consciência de finitude e de dependência no que concerne às figuras da pré-compreensão.

Diferentemente, seria o interesse pela emancipação que movimentaria a teoria crítica de Jürgen Habermas, a qual possui por tarefa discernir, sob as regularidades observáveis das ciências sociais empíricas, formas de relações de dependência ideologicamente fixas. Em decorrência, no lugar ocupado pelo conceito de não-compreensão, para a hermenêutica das tradições, seria justamente onde residiria a ideologia para a ciência crítica.

Enquanto para Gadamer há hermenêutica onde houver não compreensão, para a teoria crítica, a ideologia está exatamente neste lugar, marcada pela ideia de dominação, de violência no discurso, que se dá por distorções da linguagem, numa pseudocompreensão que somente poderia ser dissolvida por processos explicativos, e não meramente compreensivos, os quais, contudo, não são delineados por Habermas.

Ocorre que, apesar das divergências, nenhuma das duas teorias está isenta também a novas críticas, e é este o foco da obra de Ricoeur e objeto deste estudo.

Para o autor³³, o gesto da hermenêutica é um gesto humilde de reconhecimento das condições históricas a que está submetida toda a

33 RICOEUR, op. cit., p. 131.

compreensão humana, sob o regime de finitude. Já o da crítica é um gesto ativo de desafio, dirigido contra as distorções da comunicação humana. À hermenêutica caberia afastar a dicotomia que apresenta entre pertença à tradição e distanciamento, entendendo-o como elemento metodológico através do qual é possível captar o mundo do texto. Nessa captação, portanto, em que a coisa do texto dá ao leitor a dimensão de sua subjetividade, é que se tornaria possível uma crítica das ilusões do sujeito, a qual não é desenvolvida numa hermenêutica puramente das tradições.

À crítica, por sua vez, compete aceitar que o interesse pela emancipação, que a motiva, não possui estatuto tão distinto com referência ao interesse que anima as ciências histórico-hermenêuticas. Isso porque é sobre o fundo da reinterpretação criadora das heranças culturais que o homem pode projetar sua emancipação e antecipar uma comunicação sem entrave e sem limite.

Uma crítica jamais pode ser a primeira e última. Só criticamos distorções em nome de um consenso que não podemos antecipar simplesmente no vazio. Quem não é capaz de reinterpretar seu passado, também não será capaz de projetar concretamente seu interesse pela emancipação. Assim, a questão histórica, a tradição, não pode ser dispensada pela teoria crítica, sob pena de encarnar um desejo piedoso, conclui o autor.³⁴

É a história que admite que o passado dê razão ao presente, pois é somente a partir do passado que se *descobre* o presente³⁵. É a história que, ao explicar as origens, permite ao indivíduo compreender os laços que o unem a sua comunidade, não sendo por outro motivo que nenhuma atividade intelectual obteve maior êxito que a história em dar consciência da própria identidade a uma comunidade, seja para favorecer a coesão no interior do grupo (pensamento integrador) ou para reforçar atitudes de defesa e luta frente a grupos externos (pensamento disruptivo).³⁶

Se a hermenêutica possui relação com a crítica e vice-versa, isto ocorre porque não são elas teorias antagônicas, mas complementares,

³⁴ RICOEUR, op. cit., p. 142.

³⁵ VILLORO, op. cit., p. 156.

³⁶ RICOEUR, op. cit., p. 162.

como conclui Ricoeur³⁷, sob pena de, separadas totalmente, se tornarem meras ideologias.

Deve, assim, ser aceito o par ciência-ideologia, sendo que, para tanto, Paul Ricoeur apresenta as seguintes proposições - poderíamos falar em constatações:

A primeira é a de que todo saber objetivante sobre nossa posição na sociedade é precedido por uma relação de pertença que jamais poderemos refletir inteiramente. Ao assumir essa pertença, assumimos o primeiro papel da ideologia, que é o de função mediadora da imagem, da representação de si, uma vez que a pré-compreensão exclui a reflexão total que nos colocaria na situação privilegiada do saber não ideológico.

Se o saber objetivante dá-se sempre relativamente a uma relação de pertença, não obstante pode constituir-se em uma relativa autonomia, sendo o momento crítico possível, em virtude do fator de distanciamento que pertence à relação de historicidade. Assim, se a crítica das ideologias pode libertar-se parcialmente de sua condição inicial de enraizamento na pré-compreensão, pode organizar-se em saber, o qual, porém, fica condenado a permanecer parcial, justo porque se comunga à ideia de interesse prevista em Habermas.

Deste modo, a crítica das ideologias, fundada por um interesse específico, jamais rompe seus vínculos com o fundo de pertença que a fundamenta, sob pena de cair na ilusão de uma teoria crítica elevada ao nível de saber absoluto. Constitui, portanto, uma tarefa que, além de parcial, possui início, mas jamais fim.

É possível, portanto, concluir que a proposta de Ricoeur obtém o propósito inicial de sua teoria: compatibilizar a ideia de pertença, base da teoria hermenêutica, com a de distanciamento, reivindicada pela teoria crítica como mecanismo de liberação das compreensões ilusórias.

Para tanto, o autor destaca que o projeto futuro buscado pela teoria crítica somente pode ser atendido a partir de uma situação concreta, que é justo a tradição da qual procedemos e a partir da

37 RICOEUR, op. cit., p. 146.

qual obtemos impulso para um futuro melhor, pois a própria crítica é também tradição.³⁸

4 CONCLUSÃO

Como observamos, mesmo Karl Marx, um dos maiores pensadores a respeito do tema da ideologia, não a negava como uma condição da vida em sociedade e, portanto, inafastável, por ser inerente ao homem a necessidade de apoiar-se em crenças como mecanismo de convívio social. Esta situação é suficiente para, por si só, retirar o caráter negativo que por muitos é dado à ideologia, destacando seu caráter sociológico e, por conseguinte, tornando possível uma análise crítica a seu respeito.

É preciso, contudo, admitir que esta análise não pode ser neutra, eis que o homem é um ser necessariamente ideológico, e esta percepção, inclusive, é algo positivo, pois, como alerta Luís Villoro³⁹, uma cultura universal – e, conseqüentemente, uma ideologia única –, ainda que possua forte conteúdo integrador, pode também se manifestar em mecanismo obscuro de dominação e destruição de culturas menores, por, em regra, não resultar de um consenso entre iguais, mas da dominação e violência exercidas sobre as minorias.

É necessário, deste modo, garantir uma comunicação entre todas as culturas, e não pretender suprimi-las a pretexto de uma universalização ideológica, marcada pela intolerância. E é a partir da própria realidade que podemos reagir a essa ideologia que nos impede de conhecer o real como um todo.

Para isso, é necessária uma reflexão fundamental sobre os conflitos, tanto de forma teórica como também de modo empírico, analisando-os descritivamente, não só contra as ideologias que os mascaram, mas contra as que os reforçam. Com isso, possível será uma síntese da liberdade e do sentido, do arbitrário e da instituição, permitindo ultrapassar as formas clássicas de ações revolucionárias.

É essa reação que também deve estar presente na hermenêutica jurídica, pois, se a ideologia é inafastável ao convívio social, também o é à interpretação jurídica. Sua análise crítica, e não uma tentativa de

38 FERNANDÉS-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenêutica jurídica*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1995. p. 85.

39 VILLORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985. p. 183.

sua completa eliminação – a exemplo da buscada pelos positivistas – é justamente o que permite à hermenêutica reelaborar constantemente o direito, sem que, com isso, uma decisão judicial venha a ser reputada arbitrária.

A evolução da hermenêutica demonstrou ser impossível negar a influência de fatores externos na interpretação do direito, até por ser esta uma prática social que se constrói progressivamente, a exigir do intérprete valorações, mesmo que sempre tendo a norma como limite interpretativo.

Uma sentença, por estar limitada por todo um conjunto de leis e precedentes, não será arbitrária, ainda que incorpore um elemento subjetivo ou ideológico, o qual, de fato, desempenha um papel fundamental que nenhum recurso hermenêutico pode – nem deve – eliminar.⁴⁰

A atividade judicial se expressa mediante uma série de operações complexas, cognitivas e volitivas, que dificilmente podem ser submetidas a um modelo unitário de compreensão. Desde a primeira fase do processo interpretativo, de delimitação do grupo normativo aplicável com base nos fatos narrados, já há atividade de valoração e de criação, que apenas se intensifica nos casos de lacunas.⁴¹

Assim, deve-se superar a busca por uma racionalidade indispensável, bem como a ideia de que a criação judicial é algo nefasto, até mesmo porque os juízes criam menos Direito do que sustentam os mais radicais, embora, quando atuem, o façam com mais liberdade do que se supõe.⁴²

A criação judicial deve, sim, ser vista como fundamento para se pensar o papel da jurisprudência no sistema jurídico-político, como poder criado para garantir a coerência material da Constituição, sendo o dever de motivar e o respeito às garantias constitucionais do processo os mecanismos utilizados para sua legitimação e controle.

O desafio, portanto, é que a interpretação judicial não se resuma ao mero conhecer da lei; ela deve ir além para, reconhecendo o “mundo do texto” presente em cada texto normativo, abri-lo a diversas interpretações e,

40 SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993. p. 15.

41 Sobre o tema, Sanchís destaca a impropriedade de se falar em criação diante de conceitos jurídicos indeterminados, vez que, por força da própria linguagem, é impossível falar em conceitos determinados. In SANCHÍS, op.cit., p. 94.

42 SANCHÍS, op.cit., p. 88.

principalmente, a transformações que, incluindo tudo que nos é transmitido pela história e pela relação inafastável de pertença à tradição, possa garantir sua evolução constante.

REFERÊNCIAS

FERNANDÉS-LARGO, Antonio Osuna. *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*. Valladolid: Universidade de Valladolid, 1995.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RICOEUR, Paul. *Interpretação e ideologias*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

RODRIGUEZ PUERTO, Manuel Jesús. *Interpretación, derecho, ideología*. Granada: Comares, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, 1993.

VILLORO, Luis. *El concepto de ideología*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

RECEBIDO EM: 06/07/2014

APROVADO EM: 18/01/2015

A HIERARQUIA DOS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

*INTERNATIONAL TREATIES' AUTHORITY IN RELATION TO LAWS
ENACTED BY PARLIAMENT IN BRAZIL*

Juliano Scherner Rossi¹

Procurador Federal

Especialista em Direito Público – UnB

Mestrando em Direito – PPGD/UFSC

SUMÁRIO: Introdução; 1 O relacionamento entre direito internacional e direito doméstico; 1.1 O problema da subordinação das ordens internacional e doméstica; 1.2 Monismo e dualismo; 1.3 A operação interna dos tratados; 2 A operação interna dos tratados no direito brasileiro; 2.1 Aplicação direta; 2.2 Vigência interna; 3 Hierarquia entre lei e tratado; 3.1 O caso das leis ordinárias; 3.2 O caso dos tratados em direitos humanos e tributos; 4 Considerações Finais; Referências.

¹ juliano.rossi@agu.gov.br

RESUMO: É estudada a operação interna dos tratados internacionais, especialmente a hierarquia entre tratado e lei. Buscam-se os elementos para fundamentar uma decisão judicial em que exista antinomia entre tratado e lei na teoria e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É utilizado o método dedutivo e a técnica monográfica. Apenas sob o aspecto de responsabilização internacional é permitido afirmar-se que o direito internacional, fundado na soberania, tem primazia sobre as ordens domésticas. O direito internacional permite aos países liberdade de organização, inclusive no que se refere à operação interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. No Brasil, segundo o Supremo Tribunal Federal, há aplicação direta dos tratados e a vigência interna se dá na publicação do decreto de sua promulgação. Os tratados estão em nível hierárquico inferior à Constituição e igual ao das leis ordinárias e as antinomias são resolvidas segundo o *lex specialis* e o *lex posterior*; os tratados de direitos humanos ocupam hierarquia supralegal.

PALAVRAS-CHAVE: Tratado Internacional. Lei. Hierarquia. Aplicação Direta. Vigência. Invocabilidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The internal operation of international treaties, particularly the hierarchy between treaty and laws enacted by parliament is studied. This article presents theoretical models to provide basis for the solution of antinomies between treaty and laws and analyses the related precedents of the Brazilian Supreme Court. The deductive method and the monographic technique are used. Only from the point of international responsibility it is allowed to say that international law, founded on sovereignty takes precedence over domestic orders. Theories which attempt to describe the relationship between international and domestic law, monism and dualism, do not allow establishing definitively the discussion. International law allows countries freedom of organization, including with regard to the internal operation of treaties, provided that this does not harm the good faith in implementing the treaty obligations. In Brazil, according to the Supreme Court, there is direct application of treaties and internal validity is given in the publication of the decree of promulgation. The treaties are on a lower hierarchical level in relation to the Constitution and on an equal level in relation to the laws enacted by parliament. Antinomies are resolved according to the *lex specialis* and *lex posterior*. Treaties on human rights occupy supralegal authority.

KEYWORDS: International Treaty. Law. Hierarchy. Direct Application. Validity. Invocability. Brazilian Supreme Court.

INTRODUÇÃO

As relações internacionais têm sido objeto de um número maior de estudos no Brasil em função do aumento da importância do comércio internacional. Com a circulação de mercadorias e de pessoas, surge a necessidade de que o sistema legislativo brasileiro esteja preparado para essa realidade. A Constituição da República Federativa do Brasil (doravante Constituição), ainda que seja criticada por ser muito analítica, repetitiva e alçar ao nível constitucional matérias, em princípio, de lei ordinária, deixou de disciplinar a relação entre direito interno e direito internacional, criando uma lacuna quase incompreensível para os dias de hoje. A operação interna dos tratados, em função da própria matéria, tem componentes que muitas vezes escapam a uma abordagem estritamente jurídica, envolvendo elementos de organização e teoria do estado e, principalmente, de política externa. Isso constitui desafio ainda maior, pois o discurso científico muitas vezes será utilizado para embasar ideologias políticas ou simpatias ocultas.

Este visa estudar a operação interna dos tratados, principalmente no que se refere à hierarquia entre tratado internacional e lei ordinária. Com isso, buscam-se estabelecer elementos pelos quais se pode embasar uma decisão judicial em que existem tratados e leis regulando a mesma matéria. Constitui-se a pesquisa, então, fundamentalmente dogmática. Serão vistos, mesmo assim, aspectos teóricos relacionados como os fundamentos jurídicos da ordem internacional e dos tratados e algumas das teorias sobre o relacionamento entre o direito internacional e o direito nacional dos estados.

A primeira seção tratará do relacionamento entre ordens jurídica internacional e doméstica. Isso visa a contextualização acerca do sistema internacional e as formas que este possui de estabelecer a sanção ou de promover o ajuste de conduta dos estados no caso de descumprimento de obrigações internacionais e a operação interna dos tratados. O tema será estudado em seus aspectos teóricos, a partir das principais teorias existentes sobre a relação entre direito internacional e direito interno. Aqui, o foco estaria na díade dualismo/monismo com seus erros e acertos. O aspecto prático será visto na seqüência com o estudo dos aspectos constitucionais relativos à operação interna dos tratados. A segunda e a terceira seções estudam o caso brasileiro, com base no direito positivo e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Serão abordados os aspectos mais relevantes acerca dos pontos discutidos na primeira seção, como aplicação direta, vigência interna, e hierarquia entre tratado e fontes internas (constituição e leis infraconstitucionais). O trabalho finaliza com alguns rápidos apontamentos a respeito de duas matérias com tratamento diferenciado: os direitos humanos e o direito tributário.

O método empregado é o dedutivo e a técnica, monográfica. A documentação consultada consiste primordialmente na legislação brasileira e nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal (STF).

1 O RELACIONAMENTO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO DOMÉSTICO

O estudo das relações entre direito internacional e direito interno envolve questões teóricas e práticas. O aspecto *teórico* envolve a construção de uma teoria jurídica que explique coerentemente o relacionamento entre o Direito Internacional – DI e o direito interno dos estados. O *prático* está relacionado à resolução dos problemas surgidos da aplicação de normas particulares do DI no direito interno e os eventuais conflitos entre eles, ou como preferem os autores de língua inglesa, questões decorrentes da *operação interna dos tratados (internal operation of treaties)*.

Historicamente, é possível identificar dois períodos em que houve, no estudo do tema, o predomínio de um dos aspectos sobre o outro. Em um primeiro momento, desde o final do século XIX até a década de 30 do século passado, quando se sistematizou o problema, as discussões acerca do tema envolviam predominantemente os aspectos teóricos da matéria. Posteriormente, por pouco refletirem na realidade das relações entre os estados, passou-se a privilegiar o aspecto pragmático da matéria.² Apenas com o surgimento do positivismo e do voluntarismo é que o problema conformou-se, opondo DI e ordem interna, quando anteriormente vigoravam concepções universalistas e jusnaturalistas do DI.³

Normalmente o estudo do relacionamento entre DI e direito interno é caracterizado pela díade *monismo/dualismo*. Esses termos, entretanto, são equívocos. Por um lado, *monista* e *dualista* são teorias jurídicas de caráter científico. Tem-se aqui, como objetivo principal a descrição, não de um caso particular, mas de um conjunto inteiro de fenômenos. Mais especificamente, busca-se criar uma teoria para descrever as relações entre DI e direito interno não de um ou de alguns países, mas de uma universalidade de países. Aqui, os termos refletem o já mencionado aspecto teórico da disciplina.

2 GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente leis internas*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 7., n. 27, abr./jun. 1999. p. 143-153.

3 LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro : Forense, [1968?].

Por outro lado, *monista* e *dualista* são também termos que caracterizariam diferentes sistemas político-constitucionais de aplicação de normas internacionais no interior dos estados. Dessa forma, países seriam identificados como monistas ou dualistas – ou quaisquer denominações intermediárias – dependendo de como as soluções adotadas por seu direito constitucional se assemelhem às conclusões de uma ou outra das terias científicas. Jackson⁴ aponta para a inadequação dessa terminologia, visto é que é por demais dicotômica e imprecisa. Na realidade, existem vários graus de aplicação direta de tratados, sem mencionar a confusão que existe quando se trata do assunto. A concepção *voluntarista*, ao fundar o DI no consentimento dos estados, leva ao dualismo; a concepção *objetivista*, ao situar a origem do ordenamento jurídico fora da vontade humana, conduz ao monismo. Por envolver o estudo das constituições dos países, refletem, por seu lado, o aspecto prático.

Por conta disso, quando forem utilizados os termos *monismo* e *dualismo*, na medida do possível, será estabelecido precisamente de qual contexto fazem parte.

1.1 O PROBLEMA DA SUBORDINAÇÃO DAS ORDENS INTERNACIONAL E DOMÉSTICA

O direito internacional (DI) funda-se sobre bases diferentes das do direito doméstico.⁵ No direito doméstico, os indivíduos são compulsoriamente sujeitos à jurisdição do estado – ou de uma sociedade particular – que os tutela. O estado monopoliza a distribuição da justiça e é dotado de órgãos especificamente criados para darem efetividade às decisões que compõem o direito. Tal não ocorre na relação entre as nações. Historicamente, a formação de grupos humanos independentes tornou necessária a existência de certas normas ou princípios jurídicos que regulassem o contato entre tais grupos, forjando um núcleo normativo cuja eficácia e amplitude variava em razão dos seus estágios de desenvolvimento e cultura.

As peculiaridades da estrutura da sociedade internacional e do direito que a regula irão, logicamente, determinar as consequências jurídicas dos tratados internacionais.⁶ Essas consequências, entretanto,

4 JACKSON, John. H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. v. 86, n. 2, Washington, 1992, p. 310-340.

5 Neste estudo, os termos direito interno, direito nacional e direito doméstico serão considerados sinônimos.

6 Em função de suas peculiaridades, o DI teve contestada a sua condição como real “direito” por vários autores, especialmente considerada a teoria positivista, em razão da inexistência de um órgão que garanta a produção e aplicação das normas que garanta a unidade formal do sistema. Cf. HART, Herbert L. A. O conceito de direito. 2. ed. Lisboa : Calouste Gulbenkian, 1994. p. 252-253; KELSEN, Hans.

não repercutem apenas no plano internacional. Os tratados implicam obrigações de comprometimento total do estado, muitas vezes visando criar reflexos no direito interno.

A soberania, a ausência de subordinação como a do indivíduo ao estado, é um dos elementos chave para a compreensão do DI. O DI “pressupõe a existência de ordens jurídicas estatais que se autodeterminem, de sorte que não poderia conter norma alguma susceptível de suprimir a existência ou desfazer a autonomia de tais ordens”.⁷ O DI contemporâneo segue sendo interestatal, estando baseado no pressuposto da soberania e na distribuição individual do poder político, ou o predomínio da estrutura relacional ou de justaposição, baseada nos estados, sobre a estrutura institucional, baseada nas organizações internacionais. Dois dos aspectos formais mais característicos desse ordenamento são o voluntarismo e o relativismo, com extraordinária relevância do consentimento do estado tanto na criação como na aplicação das normas internacionais.

Os países e a sociedade internacional, com fundamento na soberania, não se interessam por anular normas domésticas de outros países. O contencioso internacional é de reparação, não de anulação: não há jurisdição entre estados soberanos e iguais (*par in parem non habet iudicium*).⁸ É o que se compreende do art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969): “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um tratado”.⁹ O DI toma as decisões dos parlamentos ou tribunais nacionais simplesmente como fatos que expressam a vontade e constituem atividades do estado, da mesma forma como com os atos administrativos.

Se for possível se falar em subordinação da ordem jurídica doméstica à internacional, essa se dá apenas no *dever de reparar*. Ainda que realizadas conforme o direito doméstico, condutas podem configurar ilícito internacional. O estado que, ao descumprir uma obrigação internacional,

Teoria pura do direito. 6. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998; KELSEN. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

7 BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional, direito constitucional brasileiro: os caminhos da paz*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 177.

8 cf. art. 2.º, § 7.º, Carta da ONU.

9 BRASIL. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014. O art. 46 traz única exceção, relativa à competência para concluir tratados.

causa dano a outro estado deve a ele uma reparação adequada. A responsabilidade internacional não apresenta desenvolvimento semelhante ao direito dos tratados, já codificado, mas é geralmente aceito que a responsabilidade internacional tem natureza *compensatória* e implica duas consequências: o da *reparação* e o da *satisfação*, eventualmente. A *reparação* está relacionada a danos materiais, implicando o restabelecimento das coisas ao estado anterior ou em sua primitiva integridade, eventualmente uma indenização da quantia equivalente. A *satisfação*, por outro lado, relaciona-se a danos imateriais e faz-se geralmente por meio de atos expiatórios, como o pedido de desculpas ou a punição dos culpados.

É importante perceber a responsabilidade internacional decorrente de atos legislativos ou judiciais nacionais não significa a ingerência sobre assuntos de domínio exclusivo dos estados, visto que nenhum desses atos será anulado. Existe, sim, a reparação por um dano decorrente da violação de uma norma internacional, ou, em outros termos, da inexecução de uma obrigação contraída sob o regime do DI.

1.2 MONISMO E DUALISMO

A teoria dualista é cronologicamente mais antiga do que a monista. O primeiro estudo acerca da relação entre DI e direito interno foi realizado por Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Völkerrecht und Landesrecht*. Em 1905, na Itália, Dionisio Anzilotti, lançou *Il Diritto Internazionale nei Giudizi Interni*, em que desenvolve as idéias propostas inicialmente por Triepel.

A teoria dualista funda-se sobre o voluntarismo e a soberania do estado. Ela afirma o DI e o direito interno como duas ordens igualmente válidas, porém absolutamente distintas e independentes. Não havendo ponto de contato, teoricamente não há o risco de conflito entre um e de outro. Basicamente, a teoria propugna a diversidade entre as fontes do DI e do direito interno. As normas de DI procedem de uma *vontade comum* dos estados, não podendo senão em razão dela ser modificadas ou suspensas; ao passo que as normas de direito interno emanam unilateralmente da *vontade soberana* do estado – somente este podendo modificá-las ou suspendê-las – e seriam incapazes de estabelecer obrigações entre estados.

Um sistema jurídico pode referir-se a outro por intermédio da *recepção* das normas do outro ordenamento. Essa recepção (mediante um *ato de transformação* ou *de incorporação*) seria responsável por uma transformação da natureza da norma em termos de: (a) seu valor formal, que se faz jurídica na ordem interna; (b) seus destinatários, deixando de serem estados para

serem indivíduos; e (c) seu conteúdo, que é mais ou menos transformado para que se dê valor extensivo interno – eficácia nacional. Os possíveis conflitos decorrentes das antinomias entre normas internacionais e internas (depois de devidamente recepcionadas, logicamente) seriam resolvidas no plano internacional por intermédio da responsabilização internacional do estado sem invalidar, contudo, a norma interna.

A teoria monista surgiu da crítica à teoria dualista ao afirmar a unidade do direito público. Em vez de haver duas ordens separadas e independentes, DI e direito interno formariam uma única ordem jurídica, organizada segundo um princípio de derivação ou subordinação de uma à outra. Kelsen é considerado o precursor da teoria, tendo assumido posição de vanguarda, contra a opinião dominante em sua época. Ele consagra o monismo no livro *Das Problem der Souveranitat und die Theorie des Volkerrechts*, em 1920. O monismo não chegou, todavia, a constituir um movimento homogêneo. Sob o mesmo nome reuniram-se diversos doutrinadores com concepções diversas acerca dessa unidade do direito público. Diversos também seriam os fundamentos.

A teoria de Kelsen tem as mesmas bases de sua ciência normativa (lógico-formal, então) apresentada na *Teoria Pura do Direito*. Segundo tal sistema, as normas extrairiam seu fundamento de outras normas que lhes conferem validade, estas de hierarquia superior. A regressão continuaria até que se alcançasse uma norma fundamental de caráter hipotético, garantidora da validade de todo o ordenamento. Sendo um único sistema, ou as duas ordens são subordinadas uma à outra ou são coordenadas entre si e ambas subordinadas a uma terceira ordem. Como esta não existe, está-se diante da primeira opção.

Para Kelsen, a ordem internacional teria a primazia, articulando todo o ordenamento partindo de uma norma que poderia ser enunciada da seguinte forma: “os Estados devem se conduzir como têm se conduzido de costume”.¹⁰ A constituição não surge como um ato de afirmação do poder do estado (soberania), mas do acordo de países que a permite como forma de relacionamento entre países. Ainda assim, a invalidação das normas internas em desacordo como as normas internacionais não seria automática. Kelsen observa que a “ilegalidade de uma norma significa a possibilidade de revogar a norma ou de punir o órgão criador da norma”.¹¹ Aponta, contudo, que o DI geral não estabelece esse processo por meio do

10 KELSEN, op. cit., p. 525.

11 Ibid., p. 528.

qual se poderia declarar a “ilegalidade” de uma norma de direito interno, tal como ocorre no direito interno ou em algum DI particular, ainda que possa vir a sê-lo no futuro. Segundo parece, em função da situação política internacional, assim continuará por um bom tempo.¹² No plano interno, por sua vez, se houver conflito entre disposição de tratado e de norma doméstica, o juiz estaria obrigado por sua jurisdição; se a constituição determinar a prevalência da norma interna, assim deve proceder. Isso, todavia, configuraria ilícito internacional, submetendo o estado ao regime da responsabilização.

As duas correntes – e as diversas teorias existentes – não estão imunes a críticas. Das duas posições, a dualista é a que encontra maior crítica. Inicialmente, o voluntarismo, sua base filosófica, tem vários inconvenientes, pois tem dificuldade em explicar o fundamento do DI, especialmente a obrigatoriedade do costume internacional e menos ainda o *jus cogens*. Também se verifica que o DI costumeiro é normalmente aplicado pelos tribunais internos sem que haja qualquer transformação em lei interna.¹³ Dificilmente, ainda, se poderia dizer que as ordens internacional e interna têm uma separação fundamental. Do ponto de vista sistêmico, o DI dirige-se ao direito nacional dos estados; se estes não o cumprem, ele deixa de funcionar. As normas de DI são incompletas e aguardam suplementação pelas normas do direito nacional. Da mesma forma, é historicamente superada a idéia de que normas de DI somente se endereçam aos estados. O indivíduo, mesmo não tendo ascendido à qualidade de sujeito de DI geral, pode ser de um DI particular. Existem normas importantes do DI que impõem obrigações e conferem direitos aos indivíduos de forma direta, como, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Da mesma forma, um indivíduo pode ser responsabilizado internacionalmente pelo Tribunal Penal Internacional.

O monismo, por seu lado, também tem falhas porque trata um sistema como derivação do outro, ignorando as realidades físicas, políticas e sociais que de fato as separam. A hierarquização formal de todo o sistema, proposta por Kelsen, é dificilmente verificável. Ao apoiar a norma fundamental (hipotética) num princípio de eficácia (factual), continua padecendo dos mesmos defeitos da *teoria pura do direito*. Saindo do domínio puramente normativo, ao se estabelecer a supremacia de uma ordem sobre a outra, está-se fazendo um juízo de valor *a priori*. Essa escolha apriorística,

12 cf. art. 2.º, § 7.º, Carta da ONU.

13 GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o caso brasileiro?* São Paulo : LTr, 1997. p. 134.

contudo, não garante que a ordem prestigiada tenha maior valor ou seja mais justa do que a outra no caso concreto.¹⁴ Numa situação como essa, ou mantém-se a escolha inicial, com o risco de haver uma solução injusta, ou dá-se primazia à outra ordem. Nesse caso, porém, não se pode dizer que existe subordinação de uma ordem à outra, mas uma subordinação das duas ordens a uma terceira, uma solução de contornos claramente jusnaturalistas.

Em adição, nenhuma das duas correntes responde de forma satisfatória a outras questões práticas relacionadas, como a questão da interpretação dos tratados por tribunais nacionais ou o valor da jurisprudência internacional nesses tribunais.

As teorias positivistas, que dão ênfase à estrutura formal, parecem não dar conta do problema de compatibilizar fontes formais diversas, de modo que abordagens sistêmicas têm sido privilegiadas atualmente.¹⁵ Assim, o foco foi desviado para os mecanismos de compatibilização e de harmonização, de índole pragmática. O estudo da operação interna dos tratados, que virá a seguir, é dessa vertente.

1.3 A OPERAÇÃO INTERNA DOS TRATADOS

A questão da hierarquia entre lei e tratado é apenas umas das diversas questões constitucionais envolvendo tratados e direito nacional. É, contudo, a que ocupa as maiores preocupações dos autores brasileiros, que a tomam por central, pouco se ocupando de outros assuntos igualmente relevantes. Ainda que o objetivo neste estudo seja apenas a questão hierárquica, existem outros temas correlatos que precisam ser também tratados de forma a poder compreender-se essa hierarquia.

Jackson,¹⁶ em vez de inferir se um país se enquadra nas categorias tradicionais *monista* ou *dualista*,¹⁷ prefere enumerar as questões a serem resolvidas pelos seus sistemas constitucionais. Ele inclui entre as principais questões envolvendo tratados no direito nacional as seguintes: (a) o poder

14 O'Connell cita o caso de Verdross, cujas razões pelas quais colocou o direito internacional sobre os direitos nacionais dos Estados não são claras, desconfiando que se relacionem ao desejo do jurista por um mundo regido pelo direito. Cf. O'CONNELL, D. P. *International law*. London: Stevens & Sons, 1965. p. 41.

15 Para contextualização, recomenda-se a leitura do relatório *Fragmentation of International Law*, da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (2006); uma abordagem sistêmica recomendada é apresentada em *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*, de Gunther Teubner (1997).

16 JACKSON, op. cit.

17 Desta parte em diante, os termos monista e dualista aparecerão sempre entre aspas.

de negociar o tratado; (b) o poder de assinar o tratado (normalmente *ad referendum*, apenas para autenticar o texto); (c) o poder de manifestar consentimento em obrigar o país pelo tratado; (d) a validade do tratado em face do direito constitucional e sua vigência; (e) o poder de implementar as obrigações do tratado; (f) aplicação direta do tratado no direito nacional; (g) a invocabilidade do tratado; (h) hierarquia de normas no direito nacional quando há conflito entre normas do tratado e normas de direito interno; (i) o poder de administrar (*administer*) o tratado, que inclui uma série de questões como o procedimento formal de ratificação;¹⁸ o poder de interpretar o tratado para aplicação doméstica e em termos de DI; o poder de representar o país nos procedimentos institucionais relacionados ao tratado (como em reuniões bilaterais ou multilaterais); o poder de votar em tais procedimentos; o poder de emendar um tratado; e o poder de denunciar o tratado.

Os pontos de maior interesse aqui são os que envolvem a operação interna dos tratados, ou seja, a aplicação direta (AD), a vigência, a invocabilidade e a hierarquia. Os efeitos relativos à operação interna dos tratados somente podem ser apreciados por etapas; para que se possa passar ao ponto seguinte, deve haver uma afirmativa no anterior. Sendo assim, a questão hierárquica somente será apreciada se o tratado: (a) for válido segundo ambos DI e direito doméstico; (b) for diretamente aplicável; (c) estiver vigente domesticamente e (d) for invocável pela parte interessada.

O primeiro dos temas referentes às provisões constitucionais acerca dos tratados no direito interno é o da operação interna dos tratados. Normalmente a questão não é tratada pelos doutrinadores brasileiros nestes termos. Nem por isso deixa de ter relevância, pois determinará, em última análise, se o Brasil adota a solução “monista” ou a “dualista”. Um país “monista” seria aquele que privilegia a *aplicação direta*. Em um “dualista”, haveria a necessidade de um *ato de transformação* (ou *ato de incorporação*) para que os tratados tivessem operação dentro do país.

Aplicação direta significa que os tribunais e os órgãos administrativos assumirão o tratado diretamente como fonte do direito, tratando seu texto

18 O termo ratificação, segundo Rezek, tem sido utilizado para significar quatro coisas distintas: a) o ato internacional de estado que exprime a vontade de se obrigar por um tratado; b) o procedimento internacional para a formação de um tratado, a troca ou depósito formal dos instrumentos de ratificação; c) o documento em que o estado exprime sua vontade de obrigar-se pelo tratado; e d) a aprovação do tratado pela legislatura ou outro órgão do estado cujo consentimento possa ser necessário (REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo : Saraiva, 1998. p. 51-53). Esta última acepção é indesejável, por ser atécnica.

exatamente da mesma forma como se fosse o de uma lei.¹⁹ Com relação à AD, O'Connell²⁰ estabelece ainda uma distinção necessária entre tratados auto-aplicáveis (*self-executing*) e não auto-aplicáveis (*non self-executing*). Estes últimos teriam apenas a intenção de obrigar externamente, sujeitando os países apenas à responsabilização internacional e não sendo capazes de vincular diretamente no interior dos países. A diferenciação entre um e outro estaria na intenção das partes e da linguagem do tratado. Tratados não auto-executórios necessitariam, dessa forma, de atos legislativos internos posteriores para concretizar o propósito do tratado. Logicamente, somente esses atos internos poderiam ser invocados em um tribunal nacional.²¹

Invocabilidade ou aplicação direta parcial (ADP), por seu lado, está estreitamente ligada com a AD e relaciona-se a *quem* pode invocar o tratado. Talvez mais bem colocado, atua sobre o âmbito subjetivo de aplicação da norma convencional. Jackson²² observa que, por exemplo, um tratado pode ser diretamente aplicável numa disputa entre diferentes níveis de governo, ou entre governo e cidadãos (verticalmente), mas não entre cidadãos (horizontalmente).

Se não se adota a AD, tem-se que o texto do tratado não será invocável num tribunal do país de forma alguma pela parte interessada. Havendo sido editada lei que dispuser sobre a matéria contida no tratado, será ela, e somente ela, invocável. Tal lei seria o *ato de transformação*, termo utilizado pelos dualistas para caracterizar o ato legislativo previsto na constituição do estado que conferiria direitos e obrigações com aspecto de obrigatoriedade, generalidade e abstração (definição de lei), posto que o tratado, como ato meramente internacional (entre estados), não teria essa capacidade. No interregno entre a vigência do tratado no âmbito internacional e a vigência da lei interna que o regulamenta, não há direito invocável internamente, ainda que o país esteja sujeito à responsabilização internacional. Interessante é notar que num sistema como esse, não há lugar para discutir-se sobre hierarquia, visto que o tratado não faz parte do acervo normativo nacional. As leis que internalizam o texto do tratado

19 Não confundir com (a) aplicabilidade direta (em espanhol aplicabilidad inmediata o automática), a qualidade das normas da União Europeia de se incorporarem automaticamente à ordem jurídica dos estados-membros, sem necessidade de qualquer ato estatal que as recepcione, e (b) efeito direto (em espanhol aplicabilidad directa), outra qualidade das normas da União Europeia que confere direitos e obrigações diretamente aos cidadãos dos estados-membros. O efeito direto é análogo, na terminologia adotada aqui, ao tratado diretamente aplicável e invocável.

20 O'CONNELL, op. cit.

21 Ibid., 55-56.

22 JACKSON, op. cit.

seriam leis ordinárias tais quais outras leis ordinárias, ou seja, estariam no mesmo nível hierárquico. Estariam sujeitas, portanto, aos mesmos critérios em caso de conflito. Como exemplo paradigmático, pode-se citar o caso da Inglaterra. A Coroa tem como prerrogativa exclusiva a celebração de tratados, incluindo a ratificação, não havendo participação formal do Parlamento nesse processo. Em compensação, tratados nunca têm AD, necessitando que o Parlamento edite uma lei, que poderá, inclusive, repetir exatamente os termos do tratado. Somente tais leis poderiam ser aplicadas pelos tribunais.

Tendo o tratado AD, deve-se perquirir sobre o termo de início de vigência no interior do país. Os estados, como entes soberanos, podem diferir a vigência interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. Sendo assim, a menos que haja algum tipo de restrição constitucional, os tratados devem entrar em vigor simultaneamente nas órbitas internacional e doméstica. Sendo, entretanto, o tratado um contrato, e não lei, ele estabelece apenas regras para as partes pactuantes, que devem ser promulgadas para o indivíduo antes que elas o obriguem. Sendo assim, com o início da vigência internacional, apenas os governos estariam obrigados pelo tratado. A vigência interna estaria a depender de um ato do estado que a estabelecesse. Usualmente se promulgam os tratados de alguma forma (por lei ou decreto) ou, senão, pela simples publicação oficial, antes que possam vincular indivíduos.

O termo *hierarquia* pode se tornar equívoco, de modo que uma conceituação é necessária. No plano lógico-normativo da teoria positivista, o direito regula a sua própria criação. Uma norma é apenas válida se criada segundo determinação de forma e conteúdo de outra norma que a antecede. Sendo assim, tem-se nesta o fundamento de validade daquela. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior e a norma criada segundo essa regulamentação é a norma inferior. A relação entre normas superior e inferior é uma relação hierárquica. No que se refere ao tratado internacional, não existe relação de hierarquia propriamente dita. O tratado não busca na constituição seu fundamento de validade. Por ser uma norma de DI, é neste que o tratado busca seu fundamento de validade, não no direito interno. Mesmo que a constituição outorgasse maior autoridade ao tratado do que à lei ordinária no âmbito interno, ainda assim não haveria hierarquia. O tratado continuaria buscando seu fundamento de validade no DI.

Sendo assim, deve-se entender hierarquia no contexto deste estudo de forma um pouco mais frouxa, significando a *autoridade* que goza, no

interior de um estado, o tratado de afastar a aplicação de outra norma antinômica interna, que poderia ser norma constitucional, lei federal, constituição ou lei estaduais ou outras, mesmo de níveis inferiores, como decretos ou resoluções. Como essa autoridade não pode ser deduzida do ordenamento, pois as origens formais são diversas, ela deve ser obrigatoriamente *outorgada*. O instrumento idôneo para isso em matéria de direito interno seria a constituição.

De qualquer sorte, é na existência de antinomias que o problema da hierarquia surge. Em se dando valor à questão da harmonização, entretanto, o alcance da palavra antinomia também deve ser redefinido. Os critérios de solução de antinomias visam precipuamente a eliminação de uma das normas segundo o seguinte raciocínio: se duas normas são contraditórias, uma delas deve ser afastada. De acordo com os princípios da harmonização, por outro lado, se há conflito, ambas devem prevalecer por intermédio de uma conciliação, desde que isso seja possível.²³ Bobbio²⁴ chamaria essa operação de *interpretação corretiva*.

Dessa forma, antinomia deve ter uma acepção mais restrita, significando, segundo Jackson,²⁵ uma norma de tratado inevitavelmente inconsistente com normas domésticas. Como as constituições são usualmente reputadas superiores aos tratados, a questão chave seria determinar a autoridade de um tratado quando há conflito com lei posterior. Em constituições que outorgam maior autoridade aos tratados, seria afastada a aplicação da lei no que fosse contrária. Se, por outro lado, não houver prevalência de um sobre o outro, costuma-se utilizar o princípio *lex posterior derogat priori*, como se estivessem no mesmo nível hierárquico.

Como paradigma da aplicação direta com *status* superior dos tratados – ADSS,²⁶ tem-se a Holanda. Com efeito, um tratado pode mesmo derogar parte da constituição. Para isso basta que seja observado procedimento especial – ainda assim, menos rigoroso do que o para aprovar emenda constitucional – na sua aprovação pelo parlamento (art. 91, § 3.º). Não há, da mesma forma, controle de constitucionalidade de tratados (art. 120). Os tratados obrigariam internamente na data de sua publicação no país (arts. 93 e 95).

23 Para a teoria da harmonização, cf. O'Connell, op. cit.

24 cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília : UnB, 1997. p. 97-105.

25 JACKSON, op. cit.

26 "Monismo internacionalista" ou "monismo radical", locuções também encontradas.

2 A OPERAÇÃO INTERNA DOS TRATADOS NO DIREITO BRASILEIRO

O Brasil não tem uma história de abertura às questões internacionais e os eleitores se interessam muito pouco por relações internacionais. Talvez por essa razão a operação interna dos tratados internacionais tenha recebido tão pouco destaque na Constituição. De todas as constituições brasileiras, a de 1988 é a que dá mais destaque às relações internacionais e à política externa. O mesmo avanço, todavia, não se estendeu à operação interna dos tratados, fundamentalmente repetindo quase literalmente os mesmos – e poucos – dispositivos desde a primeira constituição brasileira. De fato, os únicos artigos pertinentes se relacionam à aplicação direta e, mesmo assim, de forma implícita, como se verá mais adiante. A vigência interna dos tratados não é expressamente mencionada, só encontrando previsão se se recorrer à interpretação extensiva.

Em especial no que se refere à hierarquia entre tratado e lei ordinária, não existe nem existiu disposição alguma. Rezek menciona que nos trabalhos preparatórios da constituição de 1934 foi rejeitada proposição que visava conferir maior autoridade ao tratado do que às leis ordinárias.²⁷ Nos trabalhos da Constituinte de 1987 foi aprovada a ADSS na comissão temática, mas durante a sistematização, o dispositivo foi alterado para AD com igualdade hierárquica entre lei e tratado e, em uma etapa posterior, suprimido pura e simplesmente,²⁸ revelando uma resistência à ADSS que não se verifica na doutrina nacional.

De qualquer forma, ao não estabelecer expressamente o regime de incorporação de normas internacionais, o Parlamento optou pela obscuridade. Tendo rejeitado a ADSS em mais de uma oportunidade, não foi capaz, por outro lado, de suportar o ônus da subscrição de um texto que determina a derrogação de normas convencionais por lei interna. Ao fazer isso, transferiu para o Judiciário a resolução de uma questão política por excelência. E isso pode ser especialmente desconfortável para um juiz, cuja formação não é direcionada para solucionar tal tipo de questão. Mesmo assim, quando não existe clara definição clara definição de *status* na inserção dos tratados no ordenamento, os tribunais e corpos administrativos ainda possuem margem de manobra para influenciar

²⁷ REZEK, op. cit., 105.

²⁸ A forma como isso se deu é descrita em detalhes por DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, o qual se recomenda a leitura.

este *status* em diferentes direções,²⁹ o que permite maior liberdade para se apreciar a matéria.

2.1 APLICAÇÃO DIRETA

Não há norma que expressamente afirme a possibilidade, ou não, da AD dos tratados. É possível, entretanto, chegar à conclusão da possibilidade da aplicação direta por via oblíqua. Os autores mencionam, basicamente, duas formas de se inferir-se isso.

A primeira delas repousa na análise da seguinte questão: existe em nosso ordenamento algo como um *ato de transformação*? Para responder a essa questão é necessário conhecer-se um pouco do procedimento da formação da vontade do estado. No sistema brasileiro, como na maioria dos países democráticos, o processo de celebração de tratados é fundamentalmente conduzido pelo Executivo, tendo o Legislativo participação formal na exigência de aprovação do Congresso Nacional anterior ao consentimento definitivo (arts. 84, VIII, e 49, I, Constituição). Essa aquiescência é materializada na forma de decreto legislativo, por ser matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional. Sendo o único momento em que se reserva ao Congresso Nacional, órgão do Legislativo, papel na celebração dos tratados, seria argumentável que o decreto legislativo de aprovação do texto do tratado realizasse a função de ato de transformação. O decreto legislativo, entretanto, não é instrumento hábil a criar normas dotadas de generalidade ou abstração, considerada a reserva legal (art. 5.º, II, da Constituição).

Deve-se considerar igualmente que a vigência de um tratado sujeito a procedimento extenso somente se inicia com a ratificação. Não faz sentido que comece a vigorar como tratado no interior de um país se o tratado nem chegou a ser concluído. Não há, na aprovação do tratado pelo Legislativo, “uma atividade legislativa capaz de gerar uma norma interna e, menos ainda, de transformar o tratado em direito interno a ser aplicado pelo Tribunal.”³⁰

O segundo argumento pela AD está na análise de termos utilizados em partes da Constituição, aqui e ali, que não tratam propriamente da operação interna dos tratados, mas permitem intuir que tratados podem ser diretamente aplicáveis. O controle de constitucionalidade dos tratados

29 JACKSON, op. cit., p. 312.

30 FRAGA, op. cit., p. 57.

(art. 102, III, “b”, Constituição), o recurso contra decisões que negam aplicação a tratado (art. 105, III, “a”, Constituição) e a possibilidade de crimes poderem ser previstos em tratado (art. 109, V, Constituição) indicam que um tratado pode ser aplicado diretamente.

O STF, por seu lado, tem afirmado a AD desde muito tempo. O julgamento paradigmático no país a esse respeito foi o do recurso extraordinário (RE) n. 71.154-PR,³¹ em 1971. A questão foi submetida à corte contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que negara vigência à Lei Uniforme de Genebra, afirmando que “os tratados, as convenções internacionais, não são auto-executáveis, dependendo, para que entrem no quadro da legislação interna, de lei elaborada pelo Congresso”.³² O RE foi provido, por unanimidade. Interessante, nesse caso, que o relator, Min. Oswaldo Trigueiro, adotou argumentos claramente políticos para justificar a posição do tribunal, ao afirmar que, se fosse necessário um ato de transformação, isso “colocaria o Brasil na privilegiada posição de poder exigir a observância do pactuado pelas outras partes contratantes, sem ficar sujeito à obrigação recíproca” e “não se justificaria que, além de solenemente aprovar os termos do tratado, o Congresso Nacional ainda tivesse de confirmá-los, repetitivamente, em nôvo diploma legal”.³³

A conclusão de que o direito brasileiro admite a AD, entretanto, não responde completamente ao questionamento inicial. Isso porque apenas se sabe que a AD constitui regra no direito brasileiro. Outra questão é saber se existem causas para que se afaste a aplicação direta de um tratado em particular. O STF, por exemplo, já afirmou, na ADI 1.480, que tratados regulando matérias reservadas a lei complementar não têm aplicação direta.³⁴ Outra questão é saber se um tratado reputado como auto-executório – ou auto-aplicável – poderia ainda assim não ser diretamente aplicável. Como foi mencionado na seção 1.3, a competência para decidir sobre a aplicação direta pode não ser exclusiva do Judiciário. O Congresso, ao aprovar o tratado, poderia, ao menos em tese, limitar a aplicação direta a alguns casos, restringir a invocabilidade ou, ainda,

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 71.154/PR*, Odilon Mello de Freitas e Aníbal Goulart Maia, relator Oswaldo Trigueiro, Brasília, 4 de agosto de 1971. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

32 BRASIL, 1971. p. 281-282. Transcrito no Relatório.

33 *ibid.*, p. 283.

34 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3/DF*, Confederação Nacional do transporte – CNT, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Celso de Mello, Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013. p. 233 9 dos autos).

declarar simplesmente que o tratado não é diretamente aplicável ou auto-executório. Não existe, entretanto, precedente no STF.

2.2 VIGÊNCIA INTERNA

Ao contrário de países como a Espanha ou Portugal, que prevêem expressamente em suas Constituições o início da vigência dos tratados no ordenamento interno,³⁵ não existe no Brasil disposição a esse respeito. Segundo Rezek³⁶ e Magalhães,³⁷ não havendo disposição sobre vigência interna, um país deveria adotar a simultaneidade das vigências internacional e nacional, por favorecer o próprio objeto do tratado. Sendo assim, o ato de ratificação marcaria tanto o início da obrigação frente aos pactuantes quanto estabeleceria a obrigatoriedade dentro do país. Existe, entretanto, a necessidade da publicação doméstica, de algum modo, do ato de ratificação e do texto do próprio tratado, visto que não se dá vigência à lei sem que ela tenha sido publicada, nos termos do art. 84, IV, da Constituição, e do 1.º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.³⁸ No Brasil, a publicidade dos tratados tem se dado por sua promulgação pelo Presidente da República, por meio de decreto, dos tratados objeto de aprovação pelo Congresso Nacional. A promulgação ou, senão, a simples publicação, seria o primeiro dever ante a vigência do tratado, já sendo parte da fiel execução do tratado na ótica do direito internacional.³⁹

O STF já firmou jurisprudência acerca da vigência interna dos tratados, exigindo a promulgação dos tratados por decreto presidencial. Ainda que existam precedentes anteriores no mesmo sentido, em julgados mais recentes, os próprios Ministros citam como paradigma a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.480-DF, que discutiu ampla gama de assuntos relativos à incorporação de tratados. Essa orientação parece não comportar exceções. No Agravo Regimental em Carta Rogatória (AgRCCR) n. 8.279-4, que discutiu o *status* dos tratados no âmbito do Mercosul, negou-se vigência ao Protocolo de Medidas Cautelares de Ouro Preto, então vigente internacionalmente para o Brasil, mas que não havia sido

35 Constituição Espanhola, art. 93; Constituição da República Portuguesa, art. 8.º, § 2.º.

36 REZEK, op. cit.

37 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000.

38 BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

39 REZEK, op. cit., p. 85.

ainda promulgado até a data da decisão agravada. A negação de provimento atestou que os tratados do Mercosul, instituição que justamente tem por função a integração, não têm tratamento especial.

3 HIERARQUIA ENTRE LEI E TRATADO

Nos estados democráticos, além da garantia e promoção dos direitos fundamentais, que, na atualidade, constituem o fundamento da legitimidade do estado, cumpre à Constituição essencialmente cuidar da repartição de poderes ou competências. Deve ela cuidar, então, de determinar o *quê*, o *quem*, o *quando*, o *como* e o *porquê*. Isso não se refere somente ao poder de celebrar tratados ou o procedimento para tanto (olhar para dentro), mas também ao valor que possuem os compromissos internacionais e a inserção internacional do país (olhar para fora). Sendo assim, mesmo que seja outorgado a um tratado prevalência sobre todas as normas nacionais, incluindo a própria Constituição, o está sendo porque a Constituição o fez. Nesse aspecto, não existe texto com maior autoridade num estado do que sua própria Constituição.

A Constituição não permite que tratados internacionais prevaleçam sobre ela em caso de antinomia. A referência é feita de forma implícita no art. 102, que prevê a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de tratado.⁴⁰ Em 1977, o STF declarou inconstitucional parte da Convenção n. 110 da Organização Internacional do Trabalho, na Rp n. 803.⁴¹

3.1 O CASO DAS LEIS ORDINÁRIAS

De todos os problemas relativos à operação interna de tratados, o que traz maiores dificuldades é o da hierarquia entre tratado e lei ordinária. Ao contrário das questões anteriores, em que alguns dispositivos constitucionais, ao menos, servem de guia, não existe indicação nenhuma em que se apoiar. Ainda que existam recursos hermenêuticos para se extraírem palavras do silêncio, dificilmente pode-se afirmar que foi eliminado suficientemente o campo de indeterminação. Numa situação como esta, a abertura proporcionada pelo sistema ao intérprete possibilitaria

40 Disposições semelhantes nas seguintes Constituições: a) 1969, Emenda n.º 1: art. 119, III, b; e b) 1967: 114, III, b.

41 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Representação n. 803*, Procurador-Geral da República e Congresso Nacional, relator Djaci Falcão, Brasília, 15 de setembro de 1977b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

interpretar excessivamente, extraindo algo que não é lícito pensar que no texto estivesse. Em virtude de um sistema de expectativas do intérprete, busca-se legitimar uma simpatia oculta.⁴²

Sendo assim, é preciso estabelecer desde logo que existem indicações circunstanciais, mas elas não servem para resolver o problema, pois não formam um conjunto idôneo. Por exemplo, nos arts. 102, III, b, e 105, III, b, o fato de *tratado* ser citado antes de *lei* não pode ser tomado como suposta preferência pelo tratado, pois não existem outros elementos para corroborar essa tese. Também não significa que ambos estejam no mesmo grau hierárquico, pois o texto do art. 102, III, b, apenas afirma que ambos estão sujeitos a controle de constitucionalidade, ou seja, num nível abaixo da Constituição. No art. 105, III, b, por seu lado, simplesmente se afirma que é possível Recurso Especial quando a decisão recorrida negar vigência a tratado ou lei, nada referindo-se a hierarquia. Da mesma forma, o art. 4.º, IX, ao estabelecer que a República reger-se-á em suas relações internacionais pelo princípio da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, não estaria colocando o tratado acima da lei, pois a) a similaridade entre *cooperação* e *tratado* é por demais tênue; e b) induz a uma falsa similaridade entre *política externa*, conduzida pelo Executivo, e *processo legislativo*, competência do Legislativo.

A primeira possibilidade seria deduzir a hierarquia do ordenamento interno. Como o Congresso Nacional é o corpo do estado com poder de ditar leis e o tratado é aprovado pelo mesmo corpo e seguindo o mesmo procedimento do utilizado para leis ordinárias, seria lícito supor que ambos estivessem no mesmo nível hierárquico. Como normas de mesmo nível hierárquico revogam-se umas às outras, a resolução de conflito seria pelos mesmos critérios utilizados para o conflito de normas do mesmo escalão, como o *lex posterior derogat priori* e o *lex specialis derogat generali*. Esse raciocínio, contudo, tem um grave problema, pois, como se viu, o decreto legislativo que aprova um tratado não é capaz que criar norma; nada mais é do que a aprovação decorrente do sistema de freios e contrapesos adotado pela Constituição. O fato de fazerem-se aprovar leis e tratados pelo mesmo corpo do estado não é capaz de torná-los iguais, pois lei continua sendo lei e tratado continua sendo tratado, em razão da diversidade de fontes formais. Somente iguais seriam por algum tipo de abstração.

42 Para um desenvolvimento dessa ideia, cf. ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Como outra forma de tentativa de resolução, pode-se tentar deduzir a solução do ordenamento internacional. Tal solução, como não poderia deixar de ser, colocará os tratados em um lugar acima as leis. Como o DI dispõe de meios próprios para a revogação dos tratados, como a denúncia, por exemplo, não seria possível que fosse revogado por outras formas não previstas no DI. Sendo assim, lei, não importando se anterior ou posterior, não poderia agir de forma a revogar tratado. Tal abordagem é abonada por Garcia Júnior,⁴³ Mazzuoli,⁴⁴ e Magalhães.⁴⁵ Também seguiu essa linha de pensamento o Min. Xavier de Albuquerque, em seu voto, vencido, no RE n.º 80.004-SE.⁴⁶

Essa argumentação, todavia, é bastante mais radical do que parece. Se um tratado está vigente e somente pode ser revogado segundo as normas de DI, valerá inclusive em desfavor da constituição, nos termos do art. 27 da Convenção de Viena. Quem defende essa solução como solução teórica deve estar preparado para todas as conseqüências, pois não seria coerente se fosse válida apenas para leis ordinárias e não para a constituição, que não deixa de ser norma positiva interna exatamente como aquelas. Está claro, também, que essa proposta supõe a existência de um ordenamento em que existe subordinação formal da ordem doméstica à ordem internacional, tal qual o monismo internacionalista, com todos os inconvenientes (de ordem científica) a essa teoria já mencionados.

Se for admitido que a solução proposta não visa a teoria, mas simplesmente a prática, ela deve ser outorgada pelo ordenamento, como já foi visto. Existem, de fato, constituições que adotam essa visão, como a Constituição Espanhola, em seu art. 96, § 1.º, que prevê que as disposições dos tratados internacionais “somente poderão ser derogadas, modificadas ou suspensas na forma prevista nos próprios tratados ou de acordo com as normas gerais de Direito Internacional”⁴⁷ (tradução nossa). Como não existem, entretanto, elementos para corroborar essa idéia, não há como sustentá-la.

43 GARCIA JÚNIOR, op. cit.

44 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

45 MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

46 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 80.004/SE*, Belmiro da Silveira Góes e Sebastião Leão Trindade, relator Xavier de Albuquerque, Brasília, 1.º de junho de 1977a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

47 GUERRA, Luis Lopez. *Constitución española*, 10. ed. Madrid: Tecnos, 1999. p. 81.

Para resolver a questão, Fraga⁴⁸ propõe um raciocínio interessante. Ela afirma que o descumprimento de um tratado é uma decisão política, não um preceito jurídico. Jurídica é a regra, *pacta sunt servanda*, política a exceção, a quebra do compromisso. Em outros termos, o estado *deve* cumprir seus compromissos, mas *pode* descumpri-los, responsabilizando-se pelo ato. Sendo assim, não caberia ao juiz a apreciação dos componentes políticos, que dão a possibilidade de se avaliar a conveniência do descumprimento, mas apenas dos estritamente jurídicos, ou seja, que os compromissos devem ser cumpridos. Segundo esse raciocínio, os tratados devem ter sempre prevalência sobre as leis ordinárias, anteriores ou posteriores.

O raciocínio de Fraga toca numa das questões centrais na relação entre ordem interna e ordem internacional. O contencioso internacional continua sendo de reparação, não de anulação, ou seja, não existe a anulação de atos de soberania interna pelo DI, ainda que se apure a responsabilidade se houver dano. O juiz doméstico, por outro lado, como deve proceder numa situação como essa? Será possível que um juiz possa “anular” tais atos de soberania interna de modo a garantir a “legalidade” do DI? A resposta para tal questão está na jurisdição do juiz. E para estabelecê-la, deve-se retornar à Constituição. A questão é que os juízes somente podem afastar a aplicação da lei quando expressamente autorizados pela Constituição. A única hipótese contemplada por ela, entretanto, é a de contrariedade com seu próprio texto. Isso leva a que se aplique a lei – ainda que ela contrarie o tratado.

Fraga explica de forma pouco convincente como fez para contornar a contradição apontada. Afirma que o *pacta sunt servanda* é princípio implícito na Constituição – o que é bastante discutível – e que isso possibilitaria afastar a aplicação da lei, anterior ou posterior, quando em conflito com o tratado. A superioridade dos tratados decorria, também, segundo ela de princípios universais de direito, o que faz retornar ao problema do monismo.⁴⁹

Parece que, não sendo possível colocar o tratado acima da lei, a paridade entre tratado e lei, com solução de antinomias pelos critérios cronológico e de especialidade, é a melhor solução científica, por assim dizer. A única reparação a ser feita seria a incorporação dos princípios de harmonização, como exposto na seção anterior.

48 FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

49 *ibid.* p. 98.

Essa solução não é a mais simpática, pois considerar a hipótese de que pactos possam ser rompidos em função da conveniência não é confortável para alguém que aspira um mundo governado pelo direito. Admitir-se que a lei posterior possa afastar a aplicação de tratado, sujeitando o país à responsabilidade internacional, pode ofender a consciência jurídica ou o senso de justiça dos indivíduos, pois dá a entender que o Judiciário está a abonar uma conduta ilegal. Isso com a agravante de que os tribunais internacionais, com poucas exceções, são fechados a indivíduos. Por outro lado, é uma solução “adulta”, pois cada povo irá responder por seus atos e será respeitado, ou não, por causa disso.

Também é necessário apontar para o fato que a ADSS não garante efetivamente que os tratados sejam mais ou menos bem cumpridos ou executados, da mesma maneira que a declaração de direitos não garante que eles estejam sendo efetivados, nem que ela é um caminho mais rápido para a integração, pois isso é uma decisão muito mais política do que propriamente jurídica. Como se vê, a discussão sobre as políticas relativas à operação interna dos tratados acaba se tornando muito mais rica, por ser mais ampla, do que os seus aspectos jurídicos. Ainda mais no caso do Brasil, onde não há disposição expressa, essa discussão pode ser determinante.

Mesmo assim, se a paridade é a melhor solução a ser adotada em todos os casos, é uma questão a se discutir. Alguém mais perspicaz, por exemplo, já deve ter percebido que a palavra *justiça* não foi mencionada nenhuma vez aqui. O caso concreto pode colocar problemas outros, que também devem ser considerados quando se busca a solução. A ciência do direito, como toda a ciência, é limitada e incapaz de responder a todos os anseios de uma sociedade. Por isso, principalmente nessa questão hierárquica, a aplicação de determinadas fórmulas apriorísticas, aplicadas sem a antecipação de consequências são formas irresponsáveis de interferir no mundo.

O STF já admitiu a primazia dos tratados. As referências documentais diretas são escassas, entretanto. Conforme Rezek, Philadelpho Azevedo,⁵⁰ quando ainda Ministro do STF, em 1945, publicou, comentário acerca da unanimidade do Tribunal quanto à ADSS. Segundo Ariosi, Valladão⁵¹ chegou a compilar uma lista de precedentes relativos à ADSS. Na Apelação Cível n. 9.587, julgada, por unanimidade, em 1951, afirmou-se que “o tratado revoga as leis que lhe são anteriores; não pode, entretanto, ser

50 Apud REZEK, op. cit., p. 105. Não se encontraram os originais, para certificação.

51 Apud ARIOSI, op. cit., p. 183. A referência não trouxe a lista dos precedentes compilados.

revogado pelas posteriores, se estas não o fizerem expressamente ou se não o denunciarem.”⁵²

Em 1977, ao invés, o julgamento do RE 80.004, por maioria, fixou jurisprudência, para não mais mudar, afirmando a paridade entre tratado e lei. O STF examinava RE contra a decisão do Tribunal de Justiça de Sergipe, que admitiu a ação de cobrança contra avalista de título não registrado na forma prevista no Decreto-Lei n.º 427/69. O processo referia-se a uma particularidade criada pelo Decreto-Lei n.º 427/69, que exigia como requisito de validade – e cuja omissão acarretaria a nulidade de pleno direito – o registro de notas promissórias e letras de câmbio no Ministério da Fazenda, nos casos previstos. Tal exigência não era prevista na Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, convenção da qual o Brasil é parte, promulgada pelo Decreto 2.044, de 1908. O julgamento, contudo, foi bastante controvertido e criticado, pois os votos dos ministros não indicaram de modo algum uma uniformidade de pensamento.⁵³

Em 1997, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1480 – DF, o STF reexaminou várias das matérias relativas à operação interna dos tratados, mais precisamente o procedimento de incorporação dos tratados, a subordinação dos tratados à Constituição, o controle de constitucionalidade dos tratados, a hierarquia entre tratado e lei e, por último, a operação de tratados em face da reserva constitucional de lei complementar. Atualmente, este julgamento é citado nos julgados mais recentes como novo paradigma da posição do tribunal. A ADI, com pedido de liminar, foi proposta com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da Convenção n.º 158 da OIT. A liminar foi deferida em parte, por maioria, para declarar que a Convenção não possui aplicação direta. Ainda que se tratasse de medida liminar, os votos proferidos foram, em sua maioria, exaustivos. Não chegou, porém, a haver exame do mérito, pois a Convenção n.º 158 foi denunciada antes do julgamento final.⁵⁴ O julgamento estabeleceu que: (a) a vigência interna somente se dá pela publicação do decreto de promulgação; (b) os tratados estão num nível abaixo da Constituição e sujeitos a controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso; (c) tratados

⁵² Apud FRAGA, op. cit., p. 102. Julgamento não consta do sítio do STF.

⁵³ BRASIL, 1977a.

⁵⁴ A Convenção foi denunciada pelo Brasil em 20.11.1996, cf. <http://www.ilo.org>, aproximadamente 4 meses depois da propositura da ADI. O julgamento da medida cautelar, em função dos pedidos de vista, somente ocorreu em 04.09.1997. O processo foi extinto em 2001.

e leis estão no mesmo plano de validade; (c) tratados internacionais que versarem sobre matéria de lei complementar não terão aplicação direta.⁵⁵

O principal foco de discussão foi a relativa à lei complementar, onde houve divergência. O fundamento adotado foi o de que a Constituição estabelece quórum especial para as matérias reservadas a lei complementar (art. 69), critério não atendido pelo procedimento do decreto legislativo, de maioria simples. O julgamento não se pronunciou sobre a possibilidade de os tratados que versarem sobre matéria sujeita a lei complementar virem a ser aprovada por decreto legislativo com quórum especial. Nos outros pontos, ainda que nem todos os ministros tenham se pronunciado acerca de cada um especificamente, nenhum também levantou voz contra a jurisprudência do tribunal, o que indica que o posicionamento provavelmente continuará este ainda por um tempo considerável.

Algo interessante de ser notado é o fato de que as linhas de raciocínio nos RE 80.004 e na ADI 1480 mudaram radicalmente. Enquanto, no primeiro, predominou a discussão sobre monismo ou dualismo, na segunda, passou-se completamente ao largo da controvérsia. De fato, ela foi até repelida, conforme a ementa do julgamento:

É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.⁵⁶

3.2 O CASO DOS TRATADOS EM DIREITOS HUMANOS E TRIBUTOS

Até o momento, apenas tratou-se de tratados em geral, não se fixando em nenhum conteúdo em especial. Existem, entretanto, determinadas matérias que reivindicam, em função de suas especificidades, tratamento diferenciado.

O primeiro é o dos direitos humanos. A questão teve grande mudança com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45 (2004), que acrescentou o § 3.º ao art. 5.º, da Constituição:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois

⁵⁵ BRASIL, 1997.

⁵⁶ Ibid., p. 213 (dos autos).

turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁷

Anteriormente à promulgação, principalmente Piovesan⁵⁸ e Cançado Trindade⁵⁹ defendiam que os tratados internacionais de direitos humanos foram alçados a normas constitucionais, em função da redação do art. 5.º, § 2.º, da Constituição: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, que estabelecia *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, como reflexo da proteção constitucional da pessoa. Disso também decorreria a aplicação imediata desses tratados, dispensado o decreto de promulgação para a vigência interna, de acordo com a leitura do § 1.º do art. 5.º. Também é apontado um novo critério de solução de antinomias entre normas de direito internacional de direitos humanos e direito interno: o da prevalência da norma mais favorável à vítima.

A jurisprudência nacional, não só do STF, todavia, não conferia aos tratados de direitos humanos nenhum tratamento diferenciado, ou seja, era admitida a paridade hierárquica, mesmo após a promulgação da Emenda n. 45.⁶⁰

A alteração jurisprudencial no STF ocorreu apenas em 2008, no RE n. 349.703-RS, que estabeleceu um *status* supralegal aos tratados sobre direitos humanos.⁶¹ A causa dizia respeito à prisão por depósito infiel prevista no Decreto-Lei n. 911/69, que regula a alienação fiduciária, mas o acórdão estendeu a medida *obter dictum* a qualquer prisão civil dessa natureza. A prisão por depósito infiel é, em tese, permitida pela Constituição (art. 5.º, LXVII) e estabelecida pela legislação ordinária, além

57 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jul. 2014.

58 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional intencional*. 4. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

59 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 2003.

60 Precedentes: STF: Ext. 662 (República do Peru); Ext. 795 (Estados Unidos da América); HC 88.420-R; RHC 80.035/SC, HC 76.561/SP, RE 259.506/RS, RE 280.398/GO, RHC 79.785/RJ; STJ: RHC 11.731/SP; TST: RR 403.494, HC 1.582. Admitindo a superioridade dos tratados de direitos humanos: STJ: RESP 263.551/SP; TRT17: RO 4.272.

61 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 349.703/R.S.* Banco Itaú S/A e Armando Luiz Segabinazzi, relator Carlos Britto, Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2014.

de no Decreto-Lei n. 611/69, no Código Civil (art. 1.287 do de 1916 e art. 652 do de 2002), mas vedada pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que estabelece como única exceção ao princípio da vedação da prisão por dívida ao débito de natureza alimentar (art. 7(7)).⁶² A se admitir a paridade hierárquica, o Pacto de San José deveria ter derogado a disposição relativa à prisão do Decreto-Lei n. 911/69, em razão da *lex posterior*, mas o tribunal entendia válida a prisão, por duplo fundamento: o Decreto-lei ser *lex specialis* e a Constituição (*lex superior*) permitir expressamente a modalidade (HC n. 72.131, de 1995, e posteriores).

Não se utilizou como razão de decidir, no RE n. 349.703, a Emenda n. 45. Antes, houve uma releitura do art. 5.º, § 2.º, da Constituição, quase nos moldes propostos por Cançado Trindade e Piovesan. Seguiu-se a tendência internacional.

O STF, no HC n. 97.256/RS, de 2010,⁶³ estabeleceu também questão que surgiu com a inclusão do § 3.º, do art. 5.º, pela Emenda n. 45: o *status* dos tratados de direitos humanos em vigor antes da emenda, que não passaram pelo procedimento especial dos 3/5 em dois turnos. Foi proposto que eles teriam adquirido *status* de emenda constitucional, com fundamento no fenômeno da recepção, pelo qual se revalidam as normas que não são materialmente incompatíveis com a nova Constituição, ou seja, permanecem válidas, mas sob fundamento formal diverso.⁶⁴ Segundo essa ótica, os tratados anteriores teriam sido recepcionados formalmente como emendas constitucionais. O tribunal, entretanto, não interpretou dessa forma.

A questão dizia respeito à possibilidade de conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no crime de tráfico de drogas, vedada pelo art. 44, da Lei n. 11.343/06. Foram utilizados como razão de decidir a garantia constitucional da individualização da pena (art. 5.º, XLVI, Constituição) e o *status* supralegal, mas não constitucional, da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas que autorizava a aplicação de penas

62 Promulgada pelo Decreto n. 678/92; cf. BRASIL, 1992.

63 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 97.256/RS*, Alexandre Mariano da Silva, relator Ayres Britto, Brasília, 1.º de setembro de 2010. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

64 KELSEN, 1998a, p. 171-172.

alternativas.⁶⁵ O assunto não foi tanto desenvolvido nesse particular, pois os votos acabaram por discutir em maior profundidade o primeiro dos fundamentos. No HC n. 94.013/SP, por outro lado, houve o estabelecimento de dois regimes separados, o dos tratados segundo o § 2.º, de *status* supralegal, e o dos segundo o § 3.º, de *status* constitucional.⁶⁶ Na decisão, privilegiou-se o princípio democrático, pelo qual apenas uma decisão política seria capaz de operar alterações fundamentais na Constituição.

Com relação ao direito tributário, duas questões existem. A primeira se relaciona à redação do art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.” Este artigo, então, garantiria a superioridade da autoridade dos tratados em matéria tributária. Não há consenso, entretanto, sobre o sentido e o alcance desse artigo, nem na doutrina, nem na jurisprudência, ainda que raros sejam os casos nos tribunais. A constitucionalidade desse artigo também já foi questionada nos tribunais.⁶⁷

A segunda questão é relativa à competência tributária. Existem tributos cujas competências são dos estados membros e municípios. Argumenta-se que tratados que dispõem sobre tributos estaduais ou municipais seriam inconstitucionais, pois haveria a invasão de competências exclusivas por parte da União, a quem compete manter relações com estados estrangeiro. Não existe consenso acerca desse ponto. A questão também é controvertida e não existe jurisprudência firmada nos tribunais.⁶⁸ Como, entretanto, a União não representa apenas a si

65 BRASIL. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em 6 jul. 2014.

66 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.013/SP*, Ivete Doud Maia, relator Ayres Britto, Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

67 Pela superioridade da norma convencional: STJ, RESP 209.526/RS. Pela restrição da superioridade a tratados-contratos específicos: STJ, RESP 196.560/RJ. Pela inconstitucionalidade, veja-se o que afirma o então Des. Fed. Teori Albino Zavascki sobre o art. 98: “eivaria o dispositivo de flagrante inconstitucionalidade, pois implicaria consagrar restrições e limitações ao exercício do Poder Legislativo, inclusive do próprio poder constituinte derivado, restrições e limitações estas só cabíveis em texto constitucional, jamais em lei, ainda que complementar à Constituição” (PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário Nacional e Lei de Execução Fiscal* à luz da doutrina e da jurisprudência. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 589).

68 A jurisprudência do STJ é dividida, mas tende em favor da validade de tratado a reger matéria tributária reservada aos Estados e Municípios: STJ: AGRESP 205.352, AGA 438.449, AGRESP 399.281, AGRESP 147.250. Contrário a essa possibilidade: RESP 90.871.

própria no exterior, mas a República Federativa do Brasil, que inclui estados membros e municípios, não haveria inconstitucionalidade na celebração de tratados que dispusessem sobre tributos estaduais ou municipais. Tais tratados poderiam ser entendidos da mesma forma como as leis nacionais, criadas pelo Congresso Nacional, órgão da União, mas válidas para as três esferas políticas, em oposição às leis federais, válidas apenas no âmbito da União.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade internacional funda-se na igualdade soberana dos estados. Isso não significa, contudo, que estes possam agir de forma totalmente livre ou sem freios. Os estados organizam-se de forma a constrangerem-se uns aos outros não só pela força, mas também por meio de obrigações livremente assumidas, os tratados, ou por meio do costume. A existência de um direito internacional, todavia, não poderia ser explicado somente com base nas sanções impostas pela comunidade internacional, mas também pela materialização de objetivos compartilhados. Com o desenvolvimento das organizações internacionais e dos grandes tratados multilaterais, a sociedade internacional vem presenciando uma crescente institucionalização e um incremento na limitação do campo de ação de seus membros. Dito de outra forma, os estados olham-se muito mais de perto hoje do que antigamente.

As teorias que buscam descrever as relações entre direito internacional e direito interno, monismo e dualismo, principalmente, encontram várias críticas e não permitem estabelecer definitivamente a discussão. As teorias atuais adotam abordagem sistêmica, com foco nos mecanismos de harmonização. Ainda, todavia, que se argumente que a teoria pouco interfere nos negócios dos estados, a inexistência de uma formulação teórica adequada é responsável por soluções práticas pouco adequadas. Nesse aspecto, sim, seria necessário um estabelecimento definitivo da teoria, algo, entretanto, que perdeu muito de seu prestígio com o passar do tempo.

O direito internacional permite aos países a organização interna que lhes seja mais adequada, inclusive no que se refere à operação interna dos tratados, desde que isso não prejudique a boa-fé na sua execução. Sendo assim, a solução para os problemas da operação interna dos tratados será encontrada nas constituições dos países, não nas formulações teóricas. A boa-fé, como é um conceito fluido,

deve ser cuidadosamente avaliada pelos estados no momento em que estes constituem seus procedimentos internos. De qualquer forma, a exigência da boa-fé faz com que o direito internacional reivindique alguma autoridade aos compromissos internacionais.

As constituições devem estabelecer várias questões envolvendo tratados, tanto relativas à competência para praticar determinados atos quanto à operação interna dos tratados. Desta, destacam-se a aplicação direta, a invocabilidade, a vigência interna e a hierarquia. Sendo assuntos constitucionais, logicamente, envolvem questões políticas que devem ser criteriosamente avaliadas antes de serem adotadas. No Brasil, como a Constituição deixa em aberto boa parte de tais assuntos, há amplo espaço para o debate, também influenciado por questões políticas. A doutrina brasileira se inclina pela aplicação direta com *status* superior dos tratados, o que indica maior confiança nas instituições internacionais do que nas domésticas.

Não existem dispositivos capazes de indicar com precisão a hierarquia entre tratado e lei ordinária. A doutrina é dividida nesse particular, com prevalência pela primazia da norma convencional. Os autores que defendem essa posição o fazem com ênfase na obrigação de que um estado tem em manter seus compromissos internacionais. A paridade entre tratado e lei que ocupariam, então, o mesmo plano hierárquico, todavia, parece ser a posição mais equilibrada. Isso porque a jurisdição dos juízes é limitada pela Constituição que somente permite que uma lei não seja aplicada em caso de conflito com a própria Constituição. Dessa forma, obrigatória a lei e obrigatório o tratado, em caso de conflito, será dada prevalência ao mais recente ou ao de maior especialidade. A jurisprudência do STF e dos tribunais superiores corrobora tal entendimento, ainda que por razões diversas. Os julgamentos paradigmáticos são os do RE 80.004 e da ADI 1480.

Ainda que as conclusões acima sejam defensáveis, porém não são suficientes para formar uma teoria completa, pois carecem de sofisticação. Não são previstos, sendo assim, uma multiplicidade de fatores necessários a uma abordagem mais completa, como a justiça ou especificidades relativas a matérias em particular. Tal deficiência é observável também na doutrina. Sendo assim, tais conclusões podem ser utilizadas para constituir um início de análise, cabendo ao caso concreto determinar a melhor solução. A utilização dessas conclusões como solução apriorística para todos os casos seria, assim, temerária.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional, direito constitucional brasileiro: os caminhos da paz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991*. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 6 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 6 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 30 jun. 2014.

_____. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 2 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 71.154/PR*, Odilon Mello de Freitas e Aníbal Goulart Maia, relator Oswaldo Trigueiro, Brasília, 4 de agosto de 1971. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Recurso Extraordinário n. 80.004/SE*, Belmiro da Silveira Góes e Sebastião Leão Trindade, relator Xavier de Albuquerque, Brasília, 1.º de junho de 1977a. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. *Representação n. 803*, Procurador-Geral da República e Congresso Nacional, relator Djaci Falcão, Brasília, 15 de setembro de 1977b. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jul. 2014.

_____. *Medida Liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480-3/DF*, Confederação Nacional do transporte – CNT, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Celso de Mello, Brasília, 4 de setembro de 1997. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Agravo Regimental em Carta Rogatória n. 8.279-4 (República Argentina)*, Coagulantes Argentinos S.A. e Daniela Rocha Bessone Corrêa e outros, relator Celso de Mello, Brasília, 17 de junho de 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 06 jun. 2013.

_____. *Recurso Extraordinário n. 349.703/RS*. Banco Itaú S/A e Armando Luiz Segabinazzi, relator Carlos Britto, Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 4 jul. 2014.

_____. *Habeas Corpus n. 94.013/SP*, Ivete Doud Maia, relator Ayres Britto, Brasília, 10 de fevereiro de 2009. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

_____. *Habeas Corpus n. 97.256/RS*, Alexandre Mariano da Silva, relator Ayres Britto, Brasília, 1.º de setembro de 2010. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 jul. 2014.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ECO, Humberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma constitucional e o problema da superioridade hierárquica dos tratados frente leis internas. *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, São Paulo, v. 7., n. 27, abr./jun. 1999.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o caso brasileiro?* São Paulo: LTr, 1997.

GUERRA, Luis Lopez. *Constitución española*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

JACKSON, John H. Status of treaties in domestic legal systems: a policy analysis. *American Journal of International Law*. Washington, 1992, v. 86, n. 2.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.

_____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.

LITRENTO, Oliveiros L. *Manual de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, [1968?].

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito Internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

O'CONNELL, D. P. *International law*. London: Stevens & Sons, 1965.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Comissão de Direito Internacional*. Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law. Geneva, 2006. Documento A/CN.4/L.682. Estudo analítico do Grupo de Trabalho (finalizado por Martti Koskenniemi). Disponível em: <<http://untreaty.un.org/cod/avl/ha/fil/fil.html>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário Nacional e Lei de Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: M. Limonad, 2000.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

VALLEJO, Manuel Diez de Velasco. *Instituciones de derecho internacional público*. 12. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

RECEBIDO EM: 21/09/2014

APROVADO EM: 19/03/2015

A APROVAÇÃO DA PEC DO TRABALHO ESCRAVO E A FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NO BRASIL

*THE ENACTMENT OF THE SLAVE LABOUR CONSTITUTIONAL
AMENDMENT PROJECT AND THE FLEXIBILITY OF THE PROPERTY
RIGHTS IN BRAZIL*

Leandro Ferreira Bernardo¹

Procurador Federal

em exercício na Procuradoria Seccional Federal em Maringá/PR

Doutorando em Direitos Humanos pela USP

Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR

Professor em programas de Pós-Graduação

SUMÁRIO: Introdução; 1 A mudança de paradigma dos limites do direito de propriedade na história do Brasil – da propriedade escrava à aprovação da EC 81/2014; 2 O reconhecimento da terra como bem “especial” e as perspectivas para ampliação do rol de situações autorizadas da expropriação da propriedade independente de indenização; 3 Direito de propriedade e

¹ leandro.bernardo@agu.gov.br

direitos humanos; 4 Dificuldades e desafios na efetivação do art. 243 da C.R.; 5 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: A aprovação da Emenda Constitucional 81, de 5 de junho de 2014, que culminou com a alteração do art. 243 da Constituição da República, representou uma inovadora forma de punição à exploração do trabalho humano em condições de escravidão. Como principal medida, a referida norma constitucional tornou possível a perda da propriedade do bem imóvel em que se configurou a exploração, independente de qualquer indenização, e a destinação para reforma agrária ou habitação popular, a depender de sua localização no meio urbano ou rural. Nesse sentido, o presente trabalho busca, em um primeiro momento, realizar uma breve análise histórica do surgimento e desenvolvimento do conceito de propriedade privada, ao longo dos últimos séculos, na tradição europeia ocidental e também no Brasil, com suas peculiaridades locais. Em sequência, o texto ocupar-se-á de uma análise crítica da ideia tradicional decorrente do liberalismo filosófico e que reserva à terra um papel de mera propriedade particular e se discutirá as possibilidades de ampliação das situações autorizadas da expropriação da terra a partir do precedente gerado pela Emenda 81. Na sequência, serão analisadas as relações tradicionais entre direito de propriedade privada e direitos humanos e a necessidade de readequação daqueles dois institutos. Por fim, em que pese a relevância e o avanço na proteção dos direitos humanos no Brasil, com o surgimento daquela medida, imprescindível, também, analisar os desafios e dificuldades, doravante, na efetivação daquela novel norma constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho Escravo. Direito de Propriedade. Expropriação. Direitos Humanos. Constituição da República.

ABSTRACT: The adoption of Constitutional Amendment 81, in June 5, 2014, which culminated with the change of art. 243 of the Constitution, represented an innovative form of punishment to the exploitation of human labor in conditions of slavery. As a primary measure, that constitutional rule made possible the loss of ownership of immovable property in that set, regardless of any indemnity exploration, and the allocation for agrarian reform or public housing, depending on their location in urban or rural areas. In this sense, the present work, at first, conduct a brief historical analysis of the emergence and development of the concept of private property, during the past few centuries, in the Western European tradition and also in Brazi tradition, with its local peculiarities. In sequence, the text will treats a critical analysis of the

traditional idea of philosophical liberalism caused and reserving to the land the role of a simple private property and discusses the possibilities of expanding new situations of land expropriation starting from the previous generated by Amendment 81. Following, we analyze the traditional relations between private property rights and human rights and the need for readjustment of the two institutes. Finally, despite the relevance and progress in the Brazilian human rights protecting system, with the emergence of that Amendment, essential, also, analyze the challenges and difficulties, now, in execution of that novel constitutional rule.

KEYWORDS: Slave Labor. Law of Property. Land Expropriation. Human Rights. Constitution of the Republic.

INTRODUÇÃO

Em 5 de junho de 2014 restou promulgada a Emenda Constitucional n. 81, que alterou a redação do art. 243 da Constituição da República, de modo a autorizar a expropriação², sem qualquer indenização ao proprietário, de propriedades rurais e urbanas em que se constatar a utilização de trabalho escravo³.

Em que pese as críticas em sentido contrário, a referida alteração do texto constitucional representa uma verdadeira quebra de paradigma histórico nos limites da proteção à propriedade privada no Brasil em favor do interesse coletivo.

A redução à proteção da garantia da propriedade privada, a partir da mudança de postura por parte do constituinte derivado, com a promulgação da EC 81/2014, encontra pontos de aproximação – ainda que em reduzida escala – com outro marcante momento da história do país, o da edição da Lei 3353, de 13 de maio de 1888, a chamada “Lei Áurea”, que culminou com o fim da permissão da escravidão no Brasil e, conseqüentemente, com a proibição do exercício do direito de propriedade do homem sobre outro homem.

2 O termo “expropriação”, utilizado no presente texto, terá sempre o significado de perda de propriedade independente de indenização e como medida punitiva prevista na legislação. Não deve ser confundido com o termo “desapropriação”, forma de perda de propriedade privada, que se dá mediante indenização por parte do poder público em favor do proprietário. A desapropriação, que se dá apenas quando configurados casos de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social (art. 1228, § 3º do Código Civil), ao contrário da expropriação, não é, necessariamente, uma pena ao proprietário.

3 Até a referida alteração daquele dispositivo, o art. 243 da Constituição apenas permitida tal expropriação em casos de verificação de culturas ilegais de plantas psicotrópicas.

Obviamente não se está a comparar a relevância histórica entre dois momentos históricos – abolição da escravidão e a aprovação da EC 81/2014 –, separados por mais de um século e, por isso, incomparáveis sob os pontos de vista social, econômico e político.

Contudo, a despeito de toda a distinção entre os referidos momentos, é possível, por outro lado, traçar semelhanças entre os episódios, tais como as dificuldades enfrentadas no percurso da aprovação das referidas medidas dentro do processo legislativo, uma vez que concorreram para contrariar interesses de poderosos donos do poder econômico, ciosos do uso e abuso, sem limitação, de sua propriedade e do que acontecia dentro de seus limites territoriais⁴.

O presente trabalho analisará a evolução do conceito de direito de propriedade privada sobre a terra, ao longo do tempo, sobretudo com o desenvolvimento de uma preocupação maior no sentido de contemplar, ao lado do interesse pessoal do proprietário, a exigência do atendimento de uma finalidade que atendesse minimamente o interesse da coletividade, que culminou, por último, na aprovação da Emenda Constitucional 81/2014.

De outra banda, ante a novidade trazida pelo texto constitucional, novas questões são postas, como os limites, as dificuldades e as possibilidades, no futuro, para ampliar as hipóteses de expropriação da terra em outras situações que, da mesma forma, reclamam uma atenção especial.

Merecerá atenção especial a análise entre a relação do direito de propriedade com os direitos humanos, sobretudo no que diz respeito à alteração da realidade fática que inspirou os primeiros documentos internacionais de direitos humanos e o entrave que aquela garantia da propriedade privada, quando se refere à terra, representa para a coletividade.

1 A MUDANÇA DE PARADIGMA DOS LIMITES DO DIREITO DE PROPRIEDADE DA TERRA NA HISTÓRIA DO BRASIL ATÉ A APROVAÇÃO DA EC 83/2014

Ao longo da história mundial e, mais especificamente, dentro do Brasil, o conceito e os limites da propriedade têm variado, ao sabor, por um lado, de influência de teorias e pensamentos estrangeiros, e, por outro, da

⁴ Outro ponto de aproximação entre os dois momentos diz respeito a uma discussão central na proposta no presente texto, qual seja, a de saber se ao Estado, ao limitar ou extinguir o direito de propriedade até então existente, ainda que tais limites encontrem respaldo sob o ponto de vista ético, não deveria tomar para si a obrigação de indenizar os proprietários.

realidade e de peculiaridades locais. Abaixo, passa-se a uma breve análise da evolução do direito de propriedade nos últimos séculos, como medida necessária para uma melhor compreensão da relevância da EC 81/2014.

1.1 SURGIMENTO E CONSOLIDAÇÃO DA IDEIA DE PROPRIEDADE COMO DIREITO ABSOLUTO

O conceito de direito de propriedade privada vem passando por diversas transformações no mundo, em especial a partir do surgimento do Estado moderno e o desenvolvimento do capitalismo na Europa, nos últimos séculos.

Reconhecido como espécie de extensão da liberdade do homem, sob a influência dos teóricos iluministas⁵ e durante o período que se seguiu às revoluções liberais burguesas ocorridas a partir do século XVIII, o direito à propriedade privada passou a ser tratado nas primeiras codificações da legislação civil na Europa como direito absoluto de uso de seu titular, de forma que, como regra geral, nada ou ninguém poderia representar qualquer limite a seu exercício⁶.

No Brasil, o direito de propriedade privada, em especial da terra, apresentou desenvolvimento *sui generis*, em decorrência de peculiaridades próprias, sobretudo àquelas ligadas à submissão enquanto colônia, à metrópole portuguesa, e à forma de colonização aqui implantada.

1.1.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE NA COLÔNIA

Após a descoberta, restou fundamental a Portugal a manutenção das novas terras conquistadas, principalmente em face dos demais Estados europeus, que buscavam ampliar seu comércio ultramarino. Neste cenário

5 John Locke, em sua clássica obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, formulou, no fim do século XVII, importantes postulados filosóficos que seriam fundamentais, nos séculos seguintes, para legitimar a propriedade privada, em especial aquela sobre a terra. De acordo com o autor: “Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra de suas mãos, pode-se afirmar, são propriamente dele”. [...]Retirando-o do estado comum em que a natureza o colocou, agregou-lhe com seu trabalho um valor que o exclui do direito comum de outros homens” (LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil*: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994. p.38).

6 MARES, Carlos Frederico. Função social da propriedade. In: *Reforma agrária e meio ambiente: teoria e prática no estado do Paraná.*/ Claudia Sonda (Org), Sílvia Cristina Trauczynski (Org). Curitiba: ITCG, 2010. Disponível em: <http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/LIVRO_REFORMA_AGRARIA_E_MEIO_AMBIENTE/PARTE_3_1_CARLOS_MARES.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.
De acordo com Carlos Marés: “Para o direito liberal, o uso é apenas um direito do proprietário, que pode exercê-lo ou não, mas ainda que não o exerça, não o perde” (p. 182).

é que tem início o desenvolvimento do período de colonização de Portugal sobre a sua nova colônia, situação que iria perdurar por vários séculos⁷.

A partir de então, no intuito de buscar consolidar a presença portuguesa na colônia e seus interesses mercantilistas, Portugal criou uma estrutura de organização administrativa, que seria hierarquicamente submetida ao poder da metrópole. Nesse sentido, são criadas as Capitânicas Hereditárias, *como delegação de poderes da metrópole, em favor de nobres indicados pelo rei, que tinha por finalidade a defesa externa da colônia e o desenvolvimento de atividades favoráveis ao mercantilismo português*⁸.

No período colonial, o instrumento jurídico utilizado pela coroa portuguesa para regular a ocupação das terras na colônia foi o instituto das Sesmarias, já existente em Portugal desde o século XIV, embora utilizada na metrópole com finalidades totalmente diversas àquelas pelas quais fora transplantado para a colônia⁹.

Ao longo do período colonial, a distribuição das terras na colônia ficou relegado a pequenos grupos, embora não se possa reconhecer a existência de um verdadeiro direito de propriedade privada neste período, uma vez que aqueles detentores eram, no fundo, meros delegatários do poder real português.

1.1.2 O DIREITO DE PROPRIEDADE NO IMPÉRIO

O surgimento do Império tornou forçosa a criação de novos instrumentos jurídicos que rompessem com a tradição do período colonial e o desenvolvimento de novas fórmulas que contemplassem o direito de propriedade privada sobre a terra, sobretudo dos grandes detentores do poder econômico e político à época. Nesse sentido:

7 BERNARDO, Leandro F. *O problema do acesso à terra no estado multicultural brasileiro*. Maringá: Unicorpore, 2012. p. 27.

8 *Ibid.*, p. 28.

9 Aqui fica evidente mais um contraste na transposição do sistema sesmarial à colônia brasileira, uma vez que a intenção da Coroa portuguesa era, naquele momento, a exploração de grandes porções de terra em larga escala, com finalidades mercantilistas, a fim de abastecer o mercado europeu com produtos agrícolas de seu interesse. Não foi assim que se deu em Portugal, originariamente o uso daquele instrumento, uma vez que a preocupação, no uso originário do instituto, era com a sobrevivência alimentar da corte e dos súditos do reino, bem como com o êxodo rural em favor de cidades. Vide, para maiores, detalhes: RAU, Virginia. *Sesmarias medievais portuguesas*. Prólogo e adenda documental por Jose Manuel Garcia. Lisboa: Presença, 1982.

Em 1822, no intuito de aumentar o controle sobre a forma de aquisição das terras no Brasil⁶⁸, por meio de Resolução de 17 de julho de 1822 – no crepúsculo do período colonial e nos meses que precederam o surgimento do império – passa-se a proibir a concessão de novas sesmarias, de modo que a efetiva propriedade da terra passaria a ser adquirida em moldes próximos àqueles concebidos pelo civilismo europeu, importado para o Brasil, a partir daí¹⁰.

Importante marco no sentido de buscar regulamentar o direito da propriedade privada da terra é a Lei nº 601/1850, aprovada em 18 de setembro de 1850 e conhecida como “Lei de Terras”. A referida lei representava a tentativa de enquadramento da terra no Brasil dentro do moderno conceito de propriedade privada, nos termos importados do civilismo europeu. A partir daí, a terra poderia ser comprada, vendida, negociada como um bem particular.

Na prática, a Lei de Terras representou, em grande medida, uma forma de legitimar juridicamente e converter em propriedade situações de grandes posses preexistentes. Por outro lado, impediu, de forma quase absoluta, a formação da pequena propriedade no Brasil¹¹.

1.1.3 REPUBLICANISMO E DIREITO À PROPRIEDADE

No período republicano o Brasil passa a conhecer sua primeira codificação da legislação civil, com Código Civil de 1916, que, por sua vez, revogou várias e esparsas Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções e outros documentos que regulavam as relações civis. O referido código transplanta para o direito brasileiro, de forma mais clara, os conceitos e institutos já consolidados na tradição civilista liberal europeia, que tinha como um dos postulados a garantia da propriedade privada de forma praticamente absoluta e ilimitada frente a terceiros, inclusive o Estado.

Lembre-se que no início do período republicano do Brasil há um incremento do processo de concentração da propriedade de terras em favor de pequenos grupos política e economicamente dominantes, após a conjunção de importantes fatos sociais, em especial a transferência da titularidade das terras públicas devolutas em favor dos Estados, pela Constituição da República de 1991 e o desenvolvimento de uma complexa estrutura social de poder conhecida como “coronelismo”, que possibilitou

¹⁰ BERNARDO, op. cit., p. 39.

¹¹ Ibid., p. 59 a 98.

o aprofundamento do poderio de lideranças locais, os chamados “coronéis”, frente ao poder público central dos Estados¹².

1.1.4 A QUESTÃO DA PROPRIEDADE ESCRAVA NO BRASIL

Em que pese a existência de sérios entraves à aquisição da propriedade privada da terra durante os períodos colonial e do Império, tal situação não ocorreu com o direito de propriedade humana. Pelo contrário, durante quase os quatro primeiros séculos após a chegada do europeu, até 1.888 – data da aprovação da chamada “Lei Áurea”, que aboliu a escravidão no Brasil –, a legislação permitiu a aquisição, comercialização e exploração da propriedade escrava.

Relevante ressaltar que, a partir da segunda metade do século XIX, sobretudo em razão de pressão política externa, foram criadas normas restritivas ao direito de propriedade do escravo. Cite-se, neste período, em especial, a Lei do ventre livre e a Lei da Abolição da Escravatura, aprovadas, respectivamente, em 1871 e 1888¹³.

Digno de nota, ademais, que, ao longo destes primeiros quatro séculos de colonização, após o início da colonização portuguesa, o direito à propriedade privada escrava, sobretudo a do negro de origem africana, foi reconhecida e protegida pelo poder público e objeto de silêncio pelo poder eclesiástico¹⁴, fato este que permitiu a consolidação de um sistema de dominação de caráter étnico, o qual trouxe graves consequências negativas para a história do negro no Brasil, mesmo após o fim da abolição da escravidão.

1.2 A CRIAÇÃO DE LIMITES AO DIREITO DE PROPRIEDADE

Ao longo do tempo, sobretudo a partir do desenvolvimento da ideia de Estado de bem-estar- social – inicialmente na Europa – passou-se a

12 GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p.239.

13 BERNARDO, op. cit., p. 41.

14 LAS CASAS, Bartolomé de. *Princípios para defender a justiça dos índios*. In: Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (org.) Curitiba: Juruá/NDI, 1992. Las Casas, neste período de dominação europeia na América, representou uma importante, porém praticamente solitária voz crítica da exploração indígena dentro da Igreja. Por outro lado, contudo, a exploração do negro africano não foi objeto de maiores preocupações para o autor.

GOMES, Laurentino. 1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil. São Paulo: Globo, 2013. A respeito do silêncio da Igreja à época a respeito da escravidão do negro de origem africana, afirma Laurentino Gomes: “Em 1887, duas vezes que até então relutavam em defender os escravos cerraram fileiras com os abolicionistas. A primeira foi a do Partido Republicano Paulista, [...]. A segunda foi a da Igreja católica, que até então, com exceção de vezes isoladas, nunca fizera uma condenação oficial à escravidão” (p. 225).

reconhecer a necessidade de criação de limitações ao âmbito de abrangência da ideia de propriedade, de modo a trata-la não mais como direito absoluto, mas, pelo contrário, como direito sujeito a limites, sobretudo aqueles que imponham a exigência de cumprimento de uma função social¹⁵.

A Constituição da República de 1988, no esteio do que se deu nas suas últimas antecessoras, reconheceu o direito de propriedade como direito fundamental (art. 5º, XXII); contudo, ao mesmo passo, reconheceu a exigência do atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII). Como consequência da exigência do atendimento daquela função social, a Constituição da República estipula, ao tratar da Política Urbana (arts. 182 e 183) e Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária (arts. 184 a 191) critérios norteadores do uso racional da propriedade, bem como aponta para consequências penalizadoras de seu titular.

Dentre as penalidades possíveis, a Constituição da República prevê a possibilidade da desapropriação de imóvel, urbano ou rural, que não esteja cumprindo sua função social. Por outro lado, em ambos os casos, o processo desapropriatório somente será concluído ante prévia e justa indenização em favor do proprietário do imóvel¹⁶.

1.3 A QUESTÃO DA INDENIZAÇÃO NA EXPROPRIAÇÃO DA PROPRIEDADE UTILIZADA COM ABUSO

Ao longo da história da proteção ao direito de propriedade no Brasil, em compasso com o que se dava na legislação dos países ocidentais, da tradição europeia, tem sido aspecto comum o reconhecimento de núcleo econômico correspondente àquele direito. Tal núcleo impõe, como regra geral, a perda da propriedade apenas por meio da alienação ou renúncia e, em especial, no caso de bens imóveis, para conferir maiores garantias ao proprietário nestes casos, impõe que a transferência, em tais situações, submeta-se ao devido registro no cartório de Registro de Imóveis¹⁷.

15 De acordo com Marés, op. cit., p. 185: "Quando, no final do século XIX a fome bate na porta da frente da Europa e o socialismo a fustiga por trás, os liberais perdem espaço teórico e prático e os Estado começam a intervir na economia, a força do caráter absoluto da propriedade começa a declinar. O *laissez faire*, *laissez passer* começou a dar lugar a um Estado intervencionista, preocupado com as péssimas condições de trabalho, de alimentação, de saúde das pessoas, preocupado também com a crescente organização dos trabalhadores, dos sindicatos, dos partidos políticos, da imprensa livre e de esquerda, enfim, preocupados com a deterioração do sistema e do avanço do socialismo".

16 MARES, op. cit., p. 190: "A lei brasileira demorou muito para recepcionar a função social com instituto qualificativo da propriedade da terra, e quando o fez não foi apenas tímido, mas francamente dissimulado".

17 Vide art. 1275 e 1276 do Código Civil em vigor.

O reconhecimento daquele núcleo de caráter econômico do bem impõe, por outro lado, que, como regra geral, o Estado deve indenizar ou restituir o valor econômico representado pelo bem quando intenta desapropriá-lo para aplicá-lo em finalidade de seu interesse.

Ao se analisar a regulamentação referente à extinta propriedade escrava no Brasil, observa-se que na Lei do Ventre Livre, Lei 2040, de 28 de setembro de 1871, fica claramente estampada a necessidade de responsabilização por parte do Estado, em favor do proprietário, em razão da perda da plenitude do direito de propriedade sobre os filhos de escravos nascidos destes. Assim, aponta o art. 1º, em seu parágrafo 1º:

Art. 1º Os filhos de mulher escrava que nascerem no Imperio desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.

§ 1º Os ditos filhos menores ficarão em poder o sob a autoridade dos senhores de suas mãis, os quaes terão obrigação de criá-los e tratá-los até a idade de oito annos completos. Chegando o filho da escrava a esta idade, o senhor da mãe terá opção, ou de receber do Estado a indemnização de 600\$000, ou de utilizar-se dos serviços do menor até a idade de 21 annos completos. No primeiro caso, o Governo receberá o menor, e lhe dará destino, em conformidade da presente lei. A indemnização pecuniaria acima fixada será paga em titulos de renda com o juro annual de 6%, os quaes se considerarão extinctos no fim de 30 annos. A declaração do senhor deverá ser feita dentro de 30 dias, a contar daquelle em que o menor chegar á idade de oito annos e, se a não fizer então, ficará entendido que opta pelo arbitrio de utilizar-se dos serviços do mesmo menor.

Na Lei dos Sexagenários, Lei 3270, de 28 de setembro de 1885, da mesma forma, é muito presente o dever do Estado em ressarcir os proprietários de escravos. Nesse sentido, o art. 3º daquela Lei assim dispunha: *“Art. 3º Os escravos inscriptos na matricula serão libertados mediante indemnização de seu valor pelo fundo de emancipação ou por qualquer outra forma legal”*.

Na Lei da Abolição, de 1888, reconheceu-se, simplesmente, a incompatibilidade da manutenção daquela forma de propriedade sobre seres humanos, sem qualquer menção à responsabilidade do Estado em ressarcir os até então proprietários de escravos. Assim, como consequência ao reconhecimento do direito à liberdade dos até então escravos, não se originou qualquer obrigação do Estado em indenizar os antigos proprietários.

Obviamente, o não reconhecimento da necessidade de proteção do direito econômico dos ex proprietários de escravos não se deu de forma pacífica, por ocasião da aprovação da “Lei Áurea”. Pelo contrário, foi antecedida de acalorados debates no Congresso, com significativa ala de defensores da necessidade de indenização e, mesmo após sua aprovação, vários críticos à sua redação¹⁸.

Como referido no item anterior, ao longo da história do Brasil, a propriedade privada sobre bens imóveis sempre contou com a proteção do Estado, e, mesmo quando a legislação incrementou preocupações com a sua função social, em especial o direito do Estado desapropriar terras para fins de interesse social, como regra geral preservou o núcleo básico daquele direito, consistente na manutenção do valor econômico correspondente ao bem.

Assim, a nova redação do art. 243 da Constituição da República, ao ampliar as possibilidades de expropriação, contribuiu para uma mudança de paradigma do *status* conferido à propriedade e que, por este motivo e pela preocupação com a proteção contra o trabalho exercido em condições de escravidão, tem traços de semelhança com a citada “Lei Áurea”.

1.4 O PARADIGMA DA PERDA DA PROPRIEDADE INDEPENDENTE DO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO

Embora se reconheça os limites que representaram para o direito de propriedade o desenvolvimento da exigência do cumprimento da função social, é intrínseco à teoria funcionalista ou flexibilizadora do direito de propriedade o reconhecimento de um núcleo intocável daquele direito, que coincide com o valor econômico que ele representa.

18 JORNAL DO SENADO, RIO DE JANEIRO, 14 DE MAIO DE 1888, p. 5, Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolicao.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2014. De acordo com matéria publicada no Jornal do Senado, no dia imediatamente posterior à assinatura da Lei Áurea, o Barão de Cotegipe apresentava severas críticas à sua aprovação, sobretudo em razão da ausência de previsão de obrigação do Império indenizar os ex proprietários. De acordo com a publicação, Cotegipe teria justificado a necessidade de reconhecimento de direito à indenização aos antigos proprietários dos escravos, com afirmações como: “A lei reconhece como propriedade e matéria tributável o escravo” [...]; Continua Cotegipe, dizendo, segundo a reportagem: “A verdade é que vai haver uma perturbação enorme no País durante muitos anos [...]”. De acordo, ainda, com a referida publicação: “Afirmando que a propriedade sobre o escravo era uma propriedade do direito, ele enfatizou que ‘a Constituição, a lei civil, as leis eleitorais, as leis da fazenda, os impostos etc., tudo reconhece como propriedade e matéria tributável o escravo, assim como a terra’. Com a abolição, segundo Cotegipe, estaria se decretando que no país ‘não há propriedade, que tudo pode ser destruído por meio de uma lei sem atenção nem a direitos adquiridos nem a inconvenientes futuros”.

Pode-se imaginar caso hipotético de utilização abusiva de bem imóvel rural por seu proprietário e que tenha como consequência medida punitiva ao proprietário consistente em desapropriação para fins de reforma agrária pelo poder público. Conseqüentemente, no referido caso hipotético, ainda que tenha o referido imóvel sido retirado da esfera de domínio do proprietário, à luz daquela ideia da exigência da função social, o referido titular continua a manter intacto seu direito sobre o valor econômico que aquele bem representa, após a perda do direito de propriedade.

O art. 243 da Constituição da República, em sua redação original, já apresentava situação excepcional àquela regra geral da desapropriação – que é condicionada ao pagamento de indenização – ao permitir a possibilidade de expropriação da terra, quando utilizadas para o cultivo de plantas psicotrópicas. Já havia, dessa forma, nesta situação prevista na redação original da referida norma constitucional, a permissão de imposição de resposta excepcional por parte do poder público a situação de flagrante uso clandestino de terras em território nacional na produção de substâncias para a indústria das drogas ilícitas.

Por outro lado, a atual redação do art. 243, alterada por meio da Emenda Constitucional 81, de junho de 2014, estendeu aquela possibilidade de expropriação de bem imóvel, esteja ele localizado em área rural ou urbana, para casos de exploração de trabalho escravo. Tal alteração da norma constitucional representa, a nosso sentir, verdadeira mudança de paradigma da nossa legislação, pois, a par de ampliar o rol de situações de uso da terra pelo seu detentor que merecem uma punição mais severa, introduz em nossa legislação a ideia de que determinadas situações de violação de direitos humanos – como é o caso da submissão de pessoas a condições análogas à de escravo na relação laboral – representam tamanha ofensa a valores fundamentais da sociedade que não merecem ser minimamente garantidas pelo Estado¹⁹.

19 A Emenda Constitucional 81 foi promulgada pelo Congresso Nacional em junho de 2014, após vários anos de debates e disputas acerca da sua redação. A referida EC decorreu da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional 57-A, apresentada em 18 de junho de 1999, no Senado, após algumas alterações durante o processo legislativo.

Entretanto, não foi em 1999 a primeira vez que foi levado ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional, que tivesse a finalidade de alterar o art. 243, a fim de incluir entre os bens passíveis de expropriação terras em que restasse constatado emprego de trabalho escravo. Em 1995, a Proposta de Emenda Constitucional n. 232 dera início em sua tramitação na Câmara dos Deputados.

Tamanha a revolução que representa a inserção, na norma constitucional, da novel possibilidade de expropriação da propriedade privada em caso de constatação de emprego de trabalho escravo ou análogo que nos remete a outro momento histórico no Brasil, acima já citado: quando se reconheceu, em maio de 1888, ainda no período imperial, que a manutenção da propriedade escrava feria os valores humanos mais fundamentais, de modo que não poderia gerar em favor dos proprietários, por ocasião da assinatura da “Lei Áurea” – Lei 3.353, de 13 de maio de 1888 –, qualquer obrigação ressarcitória por parte do poder público²⁰.

Em ambas as situações – a abolição da escravatura e a aprovação da EC 81/2014 –, restou muito bem delineado que o Estado pode recusar-se a proceder a qualquer espécie de ressarcimento a proprietário – de terra ou de gente –, quando há violação grave de direitos humanos e interesses sobrepujantes da coletividade carentes de proteção.

2 O RECONHECIMENTO DA TERRA COMO “BEM ESPECIAL” E AS PERSPECTIVAS PARA AMPLIAÇÃO DO ROL DE SITUAÇÕES AUTORIZADORAS DA EXPROPRIAÇÃO DA PROPRIEDADE INDEPENDENTE DE INDENIZAÇÃO

A aprovação da EC 81/2014 traz à tona a importância em se reconhecer à terra, esteja ela localizada no meio rural ou urbano, um *status* diferenciado dos demais bens privados, passíveis de livre e ilimitado poder de disposição de seu titular, dentro de uma sociedade capitalista²¹.

20 NABUCO, Joaquim. *O abolicionismo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2011.

Por ocasião dos anos que precederam a abolição da escravidão no Brasil, afirmava Joaquim Nabuco, na obra *O Abolicionismo*: “*Já existe felizmente em nosso país uma consciência nacional – em formação, é certo – que vai introduzindo o elemento da dignidade humana em nossa legislação, e para a qual a escravidão, apesar de hereditária, é uma verdadeira mancha de Caim que o Brasil traz na frente*” (p. 65).

De acordo, ainda, com Nabuco: “O escravo é ainda uma propriedade como qualquer outra, da qual o senhor dispõe como de um cavalo ou de um móvel. Nas cidades, em contato com as diversas influências civilizadoras, ele escapa de alguma forma àquela condição; mas no campo, isolado do mundo, longe da proteção do Estado, sem ser conhecido de nenhum dos agentes deste, tendo apenas o seu nome de batismo matriculado, quando o tem, no livro da *Collectoria* local, podendo ser fechado em um calabouço durante meses, - nenhuma autoridade visita esses cárceres privados, - ou ser açoitado todos os dias pela menor falta, ou sem falta alguma; à mercê do temperamento e do caráter do senhor, que lhe dá de esmola a roupa e a alimentação que quer, sujeito a ser dado em penhor, a ser hipotecado, a ser vendido, o escravo brasileiro, literalmente falando, só tem de seu uma coisa – a morte” (p. 96).

21 POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens da nossa época. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1980.

De acordo com a visão crítica de Polanyi, a terra deve ser tida como pseudo-mercadoria, uma vez que não possui atributo essencial que um bem deve ter para ser mercadoria: o de ser produzido para ser trocado (p. 180).

Por evidente, não se trata a terra de simples bem de consumo, passível de ilimitadas trocas e facilmente substituível. Pelo contrário, é bem finito e sua importância cresce à medida em que se tornam mais escassos os espaços disponíveis para produção de alimentos, de energia, para a proteção ambiental, para a destinação à habitação das pessoas etc.

O sistema jurídico pátrio já aponta para várias possibilidades de punição àquele que utiliza de forma irregular a propriedade privada imóvel. A Constituição da República permite, p. ex., no art. 186, a desapropriação de imóvel localizado na área rural, por interesse social e para fins de reforma agrária, quando não preenchidos, cumulativamente, os requisitos de: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente²²; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ante o reconhecimento desta especial relevância da terra, como já ressaltado acima, o sistema jurídico pátrio criou uma penalidade mais gravosa para situações de uso daquele bem voltado para a prática de atos atentatórios aos direitos humanos, ao prever a possibilidade de expropriação, quando constatada a existência de emprego de mão-de-obra escrava no âmbito da propriedade.

A atual redação do art. 243 da Constituição da República, ao ampliar os casos que permitem a expropriação de imóvel de propriedade privada por parte do poder público independente de indenização, traz novas perspectivas de que, cada vez mais, situações graves, não mais toleradas pela sociedade, sejam inseridas naquele rol.

Segundo o mesmo autor: *“Aquilo que chamamos de terra é um elemento da natureza inexplicavelmente entrelaçado com as instituições do homem. Isolá-la e com ela formar um mercado foi talvez o empreendimento mais fantástico dos nossos ancestrais”* (p. 181).

22 Já entendeu o STJ no sentido de que o descumprimento da função ambiental justifica a desapropriação do imóvel: “[...] 6. O cumprimento da função social exige do proprietário uma postura ativa. A função social torna a propriedade em um poder-dever. Para estar em conformidade com o Direito, em estado de licitude, o proprietário tem a obrigação de explorar a sua propriedade. É o que se observa, por exemplo, no art. 185, II, da CF. 7. Todavia, a função social da propriedade não se resume à exploração econômica do bem. A conduta ativa do proprietário deve operar-se de maneira racional, sustentável, em respeito aos ditames da justiça social, e como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna” [...] (STJ, AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.138.517 – MG, Relator MINISTRO HUMBERTO MARTINS, data do Julgamento em 18 de agosto de 2011).

Assim, sob esta ótica, casos de criminosa degradação ambiental, uso irracional ou especulativo da propriedade privada imóvel, que, na atualidade, somente podem ser desapropriados mediante o pagamento de indenização e que, por outro lado, geram graves prejuízos à coletividade, poderiam integrar aquela relação do art. 243 no futuro.

3 DIREITO DE PROPRIEDADE E DIREITOS HUMANOS

A efetivação do direito à propriedade representou uma importante garantia na efetivação dos direitos de liberdade dos indivíduos durante a época das revoluções burguesas na Europa e Estados Unidos, a partir do século XVIII. Nesse sentido, aparece estampada no art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, a seguinte previsão:

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão.

Naquele momento histórico, a garantia da propriedade individual representava uma importante limitação em relação à ação do Estado sobre o indivíduo, como resposta ao modelo estatal absolutista monárquico que lhe antecedeu.

Documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, sobretudo aqueles que se seguiram às primeiras décadas ao período pós Segunda Guerra Mundial, no mesmo intuito de tutelar os direitos à liberdade do indivíduo frente os Estados e outras comunidades e indivíduos, previram o direito de propriedade como direito humano. Cite-se, p. ex., a Declaração Universal dos Direitos Humanos²³, a Convenção Americana de Direitos Humanos²⁴.

Por outro lado, apesar da inegável relevância que possui o direito à propriedade, devidamente reconhecido pelo Estado e pela sociedade

23 Dispõe o art. XVII da Declaração, aprovada em 10 de dezembro de 1948: "1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade."

24 Declara o Artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969: Art. 21 - Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei.

civil em que o indivíduo se encontra inserido, observa-se, na atualidade, sobretudo quando se constata a forma injusta do acesso à terra – em sua formação e manutenção –, o excessivo número de situações de abuso do poder econômico e prejuízos causados à sociedade pelo mau uso da propriedade imóvel, que a garantia daquele direito, de forma absoluta, representa, de forma paradoxal, uma verdadeira ameaça aos direitos humanos da coletividade.

Há outros direitos humanos ou de outra ordem, como o direito ao meio ambiente, reconhecidos pelo direito internacional ou pela legislação interna dos diversos países, que podem ser considerados tão ou mais relevantes que o direito à propriedade, e que, por este motivo, carecem ser contrapostos àquela garantia de proteção à propriedade privada de bens imóveis.

Não se pode deixar de mencionar que o direito à propriedade tem se mantido atual como verdadeiro direito humano, de outra parte, quando sua garantia representa uma proteção a grupos ou indivíduos não pertencentes ao grupo hegemônico ou majoritário dentro de determinada sociedade política. Com base na proteção ao direito de propriedade sob esta perspectiva, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reconhecido, p. ex., o direito à manutenção de comunidades indígenas nos espaços que ocupam tradicionalmente, independentemente de qualquer titulação prévia, bem como a obrigação do Estado em garantir aquele direito²⁵.

Note-se que, no caso das comunidades indígenas das Américas, a garantia do direito a ser mantido nas terras por elas ocupadas – ocupações estas que, em muitos casos, são milenares – representa, muitas vezes, a única possibilidade de manutenção e desenvolvimento daquelas culturas e como proteção contra a cultura majoritária²⁶.

Um exemplo, dentre vários outros possíveis, de direito humano passível de ser contraposto àquele direito de propriedade privada, e previsto reiteradamente nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos, é o direito a não ser submetido a trabalhos forçados. Em relação

25 SANTOS, Rosicler dos. O direito de propriedade à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun.2006. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/5657>>. Acesso em: 17 set. 2014.

26 Vide, p. ex., o julgamento do caso “*PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR*”, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

a este direito humano, dispõe o art. 8º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos:

ARTIGO 8

1. Ninguém poderá ser submetido á escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todos as suas formas, ficam proibidos.

2. Ninguém poderá ser submetido à servidão.

3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;

b) A alínea a) do presente parágrafo não poderá ser interpretada no sentido de proibir, nos países em que certos crimes sejam punidos com prisão e trabalhos forçados, o cumprimento de uma pena de trabalhos forçados, imposta por um tribunal competente;

c) Para os efeitos do presente parágrafo, não serão considerados “trabalhos forçados ou obrigatórios”:

i) qualquer trabalho ou serviço, não previsto na alínea b) normalmente exigido de um indivíduo que tenha sido encarcerado em cumprimento de decisão judicial ou que, tendo sido objeto de tal decisão, ache-se em liberdade condicional;

ii) qualquer serviço de caráter militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei venha a exigir daqueles que se oponham ao serviço militar por motivo de consciência;

iii) qualquer serviço exigido em casos de emergência ou de calamidade que ameacem o bem-estar da comunidade;

iv) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais²⁷.

27 No mesmo sentido, dispõe a Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação à proteção contra a escravidão e trabalhos forçados:

Artigo 6º - Proibição da escravidão e da servidão: 1. Ninguém poderá ser submetido a escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas. 2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de

O reconhecimento de direitos humanos mais prementes do que o direito à propriedade pela legislação internacional e interna dos países impõe a necessidade de se limitar, e até excluir, em determinadas situações, este último direito do âmbito de proteção jurídica. Tal afirmação ganha maior ênfase quando se constata que o direito à propriedade é utilizado, na prática, muitas vezes, como instrumento de violação do direito humano da liberdade individual, para esconder dentro dos seus limites e longe do alcance do restante da sociedade práticas ilícitas, como o emprego de pessoas em regime análogo ao de escravidão.

Nesse mesmo sentido, a alteração constitucional em seu art. 243, contribui para fomentar a efetivação do princípio do respeito à dignidade humana. Um ser-humano sem liberdade tem uma “existência mitigada”, corrompida, ultrajada. Essa expropriação constitucional possui conteúdo dúplice: é punitivo ao expropriar, mas pedagógico ao evitar novos focos de escravidão. Trata-se de uma “expropriação libertária”, pois a perda do bem contribuirá, paradoxalmente, para se fomentar a liberdade de milhares de trabalhadores.

4 DIFICULDADES E DESAFIOS NA EFETIVAÇÃO DO ART. 243 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Em que pese, como referimos acima, a aprovação da Emenda Constitucional 81/2014 represente uma importante mudança de paradigma na proteção dos direitos humanos em nosso direito pátrio, não se pode deixar de apontar para problemas que concorrem para dificultar e protelar sua imediata efetivação.

a) Necessidade de definição do termo “trabalho escravo” em lei infraconstitucional posteriormente

O primeiro aspecto que merece ser mencionado é o fato de que a atual redação do art. 243 da Constituição da República, após a aprovação da EC 81/2014, remete a definição de trabalho escravo a

proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso. 3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado; b) serviço militar e, nos países em que se admite a isenção por motivo de consciência, qualquer serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele; c) o serviço exigido em casos de perigo ou de calamidade que ameacem a existência ou o bem-estar da comunidade; d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

legislação infraconstitucional, a fim de justificar a expropriação de propriedade privada. A exigência de lei de hierarquia inferior futura como condição para garantir maior clareza pode trazer entraves para sua plena eficácia.

Atualmente, o conceito de trabalho escravo (ou trabalho em condição análoga à de escravo), pode ser extraído do art. 149 do Código Penal²⁸. A partir do referido dispositivo, poderíamos inferir que são suficientes para caracterizar a submissão a trabalho escravo as seguintes situações: I) submissão a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas de trabalho; II) sujeição a condições degradantes de trabalho; III) restrição, por qualquer meio, da locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; IV) cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; V) manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho; VI) posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. Tais espécies de trabalho escravo não destoam da classificação para aquela figura encontrada nos documentos internacionais de direitos humanos acima citados.

O Ministério do Trabalho e Emprego, por ocasião do exercício de sua competência fiscalizatória voltada para a erradicação do trabalho em condição análoga à de escravo, adota parâmetro semelhante àquele apontado no parágrafo anterior para definição daquela espécie ilícita de exercício de trabalho²⁹.

A manutenção da definição de trabalho escravo da forma como reconhecida na legislação internacional de direitos humanos recepcionadas pelo direito interno, pelo direito penal e também pelos órgãos de fiscalização da administração pública se apresenta como medida mais lógica para fins, também, de expropriação de terras.

28 Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I - contra criança ou adolescente; II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

29 *Vide art. 3º da Instrução Normativa Nº. 91, DE 05 DE OUTUBRO 2011, da Secretária de Inspeção do Trabalho, do MTE.*

Por outro lado, há grande receio de que o art. 243 seja regulamentado, em um futuro próximo, por lei específica para a finalidade perseguida por aquele dispositivo – expropriação de propriedade. Melhor dizendo, há um temor de organismos e defensores de direitos humanos de que seja criada uma lei que traga definição mais restritiva para trabalho escravo do que aquela constante no código penal e que tal redução reduza o âmbito de abrangência esperado pelo do art. 243 do texto constitucional.

b) Os entes legitimados para reconhecer a existência de trabalho escravo e decretar a perda da propriedade

Outras questões decorrentes da atual redação do art. 243 ainda demandarão maiores debates no futuro. Dentre estas questões, merece destaque a de saber qual ou quais entes ou órgãos públicos deterão a competência para realizar a expropriação das propriedades sobre os bens imóveis em que tenha sido constatado o uso de trabalho escravo.

Tal atribuição ficaria a cargo da auditoria fiscal do Ministério do Trabalho, do governo federal, instância esta que possui competência exclusiva para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, nos termos art. 21, XXIV? Poderiam os órgãos de persecução penal, por ocasião de sua atuação institucional, ao constatar a ocorrência do crime previsto no art. 149 do Código Penal, acima citado, pleitear o reconhecimento e o juiz criminal decretar a expropriação do imóvel? Levando em conta que o art. 243 permite a expropriação de terras rurais e urbanas e que a Constituição reserva para diferentes entes da federação a primazia de atuação administrativa no campo e na cidade, ter-se-á diferentes pessoas responsáveis pela expropriação, a depender da localização do imóvel?

Em princípio, como a perda da propriedade demanda a desconstituição jurídica do *status* do proprietário, não há dúvida de que o ato que impõe referida penalidade deve obedecer os princípios e garantias constitucionais de ampla defesa e contraditório, com a observância de prazos para apresentação de defesa, recursos, apresentação de provas etc. Por outro lado, desde que respeitadas aquelas garantias, nada obsta que a perda da propriedade seja decretada por ato administrativo.

Dessa forma, evitar-se-ia a imprescindibilidade de intervenção do poder judiciário, como parte integrante do processo expropriatório,

a fim de desconstituir direito preexistente e tal perda poderia decorrer, diretamente, de reconhecimento nesse sentido pelo ente administrativo.

c) *Medidas de proporcionalidade da pena prevista no art. 243 da Constituição da República*

Outro ponto que deverá merecer atenção por parte da lei regulamentadora do dispositivo constitucional, consiste em saber se a faixa do imóvel sujeito à expropriação possui alguma relação com a quantidade de pessoas ali encontradas em regime de trabalho escravo ou em condição análoga à de escravo.

Pode-se supor o exemplo de dois imóveis rurais de gigantescas dimensões, sendo que no primeiro, após ação da fiscalização trabalhista, restou identificado um trabalhador em condições de escravidão. Já no segundo imóvel, foram encontrados dezenas de trabalhadores em situação de escravidão. No exemplo hipotético, as consequências deveriam ser idênticas para as duas situações, com a perda total da propriedade dos imóveis ou haveria a necessidade de gradação das medidas punitivas, de acordo com a gravidade do caso concreto e com a quantidade de pessoas com seus direitos fundamentais violados, em homenagem ao princípio da proporcionalidade?

À ausência de previsão de gradações das penalidades a que estarão sujeitos os proprietários de imóveis, urbanos ou rurais, pelo emprego de trabalho escravo, em princípio, há que se imaginar que não é relevante o número de pessoas submetidas a tais condições, nem mesmo o tamanho da propriedade, sendo, para todos os casos, a perda da totalidade da propriedade medida automática. Contudo, decorrente das possíveis divergências acerca da correta aplicação da norma constitucional, certamente caberá ao judiciário, em especial ao Supremo Tribunal Federal uniformizar o melhor caminho sobre o tema.

d) *Da imediata aplicabilidade da norma constitucional.*

Desafio que doravante carece de superação consiste em saber se, enquanto não for criada a novel lei ordinária prevista no art. 243, ficaria obstada a aplicação da norma constitucional³⁰. Neste ponto, de início é

30 SILVA, Jose Antônio da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. De acordo com a teoria de José Afonso da Silva, tal norma constitucional seria classificada como norma de eficácia limitada, pois dependente da criação de norma infraconstitucional integradora para lhe garantir a plenitude de efeitos.

importante registrar que a jurisprudência de nossa Corte Constitucional tem caminhado no sentido de garantir ao texto constitucional a maior eficácia possível³¹.

Ainda que não se tornasse possível a concessão de imediata e plena eficácia ao dispositivo constitucional, há que se lembrar que o texto constitucional possui em seu corpo instrumentos que visam a garantir a máxima efetividade do texto constitucional. Assim, mesmo quando, em princípio, a integração legislativa se torna imprescindível e a lei integradora ainda não foi criada, a Corte Constitucional pode ser instada a preencher lacuna legislativa que impede o exercício de direito. Com esta finalidade é possível a utilização do Mandado de Injunção, previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição da República³² e a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão³³.

Questões outras devem ser suscitadas à medida que a realidade social demande a aplicação das penas previstas no art. 243 da Constituição, muitas delas praticamente impossíveis de antecipar.

31 Nesse sentido: “Esta Suprema Corte, nas inúmeras oportunidades em que debatida a questão da hermenêutica constitucional aplicada ao tema das imunidades, adotou a interpretação teleológica do instituto, a emprestar-lhe abrangência maior, com escopo de assegurar à norma suprallegal máxima efetividade [...]” (STF, RE 606107/RS, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Julgamento: 22/05/2013).

32 No sentido de garantir efetividade a determinação constitucional pendente de regulamentação por lei constitucional:

[...] I – Uma vez que ainda não existe lei regulamentadora do direito à aposentadoria especial em razão de atividade exercida exclusivamente sob condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física, prevista no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, afigura-se adequada a utilização do mandado de injunção, pois não há, à falta de previsão legal, direito líquido e certo amparável por meio do mandado de segurança. II – A vedação prevista no art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.717/1998, na redação dada pela MP 2.187-13/2001, “não impede, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, que a lacuna legislativa que obsta o pleno exercício de direito constitucionalmente assegurado seja suprida judicialmente [...]” (STF, MI 4503 AgR-ED/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento: 01/08/2014)

33 O STF, por unanimidade, julgou procedente pedido formulado em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ajuizada pela Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso, para reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal a que se refere o § 4º do art. 18 da CF, na redação dada pela EC 15/1996 (“A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei”), e, por maioria, estabeleceu o prazo de 18 meses para que este adote todas as providências legislativas ao cumprimento da referida norma constitucional. (STF, Pleno, ADI 3682/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, 9.5.2007, D. J., 09/05/2007).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese conclusiva, necessário destacar a relevância da aprovação da Emenda Constitucional no. 81, de junho de 2014, uma vez que tem um claro objetivo de reprimir, de forma mais radical do que era permitida pela legislação até então em vigor, a exploração do homem pelo homem, submetendo-o a condições de escravidão ou análogas à escravidão³⁴.

Sua aplicabilidade efetiva terá, pelo caminho, uma série de incertezas e desafios que somente tendem a serem superados com o tempo, sobretudo com a devida regulamentação do art. 243 da Constituição da República, bem como com a consolidação da interpretação dos seus limites pelo STF.

Trata-se de um grande marco paradigmático, um importante mecanismo para se concretizar o princípio da dignidade humana e, em especial, coibir novos focos de escravidão no país. Apresenta, assim, conteúdo dúplice, ou seja, é punitivo, mas também com forte conotação pedagógica.

Contudo, a permissão da possibilidade de expropriação de propriedades privadas imóveis no Brasil, como forma de punição pela violação de direitos humanos, permite acreditar, no futuro, na ampliação do rol do art. 243, a fim de contemplar outros relevantes valores como justificadores àquela forma de expropriação, valores estes igualmente relevantes dentre da realidade contemporânea.

A história do Brasil está repleta de casos que exemplificam situações de evoluções dos padrões civilizatórios – embora nem sempre ocorridas de forma linear e imunes a retrocessos –, que alteraram valores até então compreendidos como aceitáveis, relegando-os à marginalidade.

Não se pode deixar, por fim, de mencionar o central papel reservado pela Constituição, com a aprovação da Emenda Constitucional 81/2014, ao poder público, na efetivação da punição de violações graves de direitos humanos, em casos de constatação de trabalho escravo.

34 Acerca da relevância de se buscar reprimir a prática da escravidão, alguns anos antes da aprovação da Lei Áurea, escreve Joaquim Nabuco, op. cit., p. 245: *“A minha firme convicção é que se não fizermos todos os dias novos e maiores esforços para tornar o nosso solo perfeitamente livre, se não tivermos sempre presente a ideia de que a escravidão é a causa principal de todos os nossos vícios, defeitos, perigos e fraquezas nacionais, o prazo que ainda ela tem de duração legal - calculadas todas as influências que lhe estão precipitando o desfecho - será assinalado por sintomas crescentes de dissolução social”.*

Tal centralidade da figura estatal ganha mais destaque quando se constata, ao olhar para os primeiros quatro séculos que seguiram ao início da colonização europeia, que no passado este mesmo poder estatal foi diretamente responsável pelas mais perversas violações dos direitos humanos, das quais a escravidão foi a mais grave, seja pelo fomento direto de sua prática, seja pela simples omissão na proteção de grupos sociais aqui existentes.

REFERÊNCIAS

BERNARDO, Leandro Ferreira. *O problema do acesso à terra no estado multicultural brasileiro*. Maringá: Unicorpore, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR"*.

Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_245_esp.pdf>. Acesso em: 14 set. 2014.

GOMES, Laurentino. *1889: como um imperador cansado, um marechal vaidoso e um professor injustiçado contribuíram para o fim da monarquia e a proclamação da República no Brasil*. São Paulo: Globo, 2013.

GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

JORNAL DO SENADO, RIO DE JANEIRO, 14 de maio de 1888.

Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/arquivos_jornal/arquivosPdf/encarte_abolicao.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2014.

LAS CASAS, Bartolomé de. Princípios para defender a justiça dos índios. In: *Textos clássicos sobre o direito e os povos indígenas*. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (org.) Curitiba: Juruá/NDI, 1992.

LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

MARES, Carlos Frederico. Função social da propriedade. In: *Reforma agrária e meio ambiente: teoria e prática no estado do Paraná*./ Claudia Sonda (Org.), Silvia Cristina Trauczynski (Org.). Curitiba: ITCG, 2010. Disponível em: <http://www.itcg.pr.gov.br/arquivos/File/LIVRO_REFORMA_AGRARIA_E_MEIO_AMBIENTE/PARTE_3_1_CARLOS_MARES.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014

NABUCO, Joaquim. *O Abolicionismo*. Brasília: Universidade de Brasília, 1ª reimpressão, 2011.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*. As origens da nossa época. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1980.

RAU, Virginia. *Sesmarias medievais portuguesas*. Prólogo e adenda documental por Jose Manuel Garcia. Lisboa: Presença, 1982.

SANTOS, Rosicler dos. O direito de propriedade à luz do direito internacional dos direitos humanos. In: *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, v.3, n.3, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/dint/article/view/5657>>. Acesso em: 17 set. 2014.

SILVA, Jose Antonio Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.



RECEBIDO EM:31/03/2015
APROVADO EM: 25/04/2015

RECEITAS MUNICIPAIS DE TRANSFERÊNCIAS GOVERNAMENTAIS – ESTUDO DAS ALTERNATIVAS DO GESTOR MUNICIPAL PARA INTERFERIR NO REPASSE DE RECURSOS DO ICMS DO ESTADO DE SÃO PAULO

*MUNICIPAL REVENUES FROM GOVERNMENT TRANSFERS -
STUDY OF ALTERNATIVES MUNICIPAL MANAGER TO INTERFERE
IN THE TRANSFER OF THE SÃO PAULO STATE ICMS RESOURCES*

Marcos Paulo Spinelli¹

*graduado em Ciência da Computação pela Unesp/Bauru, Especialização em Gestão
Pública Municipal – Programa CEAD – UNIRIO*

Rodrigo Mendes Leal

*economista do BNDES, orientador de Trabalho de Conclusão de Curso do
Programa Nacional de Administração Pública, CEAD – UNIRIO*

SUMÁRIO: Introdução; 1.1 Tema; 1.2 Objetivo; 1.3 Justificativa; 2- Desenvolvimento; 2.1 Referencial Teórico; 2.2 Repasse do ICMS aos Municípios no Estado de São Paulo; 2.3 Coleta e análise de dados; 3 Considerações finais; Referências.

¹ mpsmps73@gmail.com

RESUMO: Este artigo trabalha com a temática das receitas que os Municípios recebem de transferências governamentais, em específico, aquelas oriundas do ICMS arrecadado pelos governos de Estado. Podemos resumir nosso problema de pesquisa em uma questão fundamental: quais as alternativas que o gestor municipal paulista dispõe atualmente para interferir no cálculo do seu índice de participação e incrementar o repasse de recursos do ICMS para seu município? O trabalho visa identificar os fatores críticos que influenciam o repasse do ICMS recebido pelas prefeituras paulistas. Para tanto será adotada como metodologia a análise de estudo de caso, nos exercícios de 2003 até 2012, na prefeitura de Serrana/SP, pequeno município paulista, onde a estrutura de fiscalização e arrecadação é reduzida. Os resultados apontam possibilidades de obtenção de ganhos substanciais por meio de atuação de forma estratégica do Município no aumento do índice de repasse do ICMS. Concluindo, o presente estudo pode servir de referência para outros municípios de pequeno porte, em especial aqueles localizados no Estado de São Paulo.

PALAVRAS-CHAVE: Receitas Municipais. Transferências Governamentais. ICMS.

SUMMARY: This article works with the theme of revenue that municipalities receive government transfers, in particular, those from the GST collected by state governments. We can summarize our research problem on a fundamental question: what are the alternatives that the São Paulo municipal manager now has to interfere in calculating your rate of participation and increase the transfer of ICMS resources for your municipality? The work aims to identify the critical factors that influence the transfer of ICMS received by São Paulo municipalities. For that will be adopted as the methodology case study analysis, in fiscal years 2003 through 2012, in the prefecture of Serrana / SP, small city located where the supervisory structure and storage is reduced. The results point to the possibility of achieving substantial gains by acting strategically in the city increased the ICMS transfer rate. In conclusion, this study can serve as a reference for other small communities, especially those located in the State of São Paulo.

KEYWORDS: Municipal Revenues. Government Transfers. ICMS.

INTRODUÇÃO

1.1 TEMA

O ICMS – imposto sobre a circulação de mercadorias e prestação de serviços, é de competência estadual conforme definido na Constituição de 1988. Trata-se de um imposto não cumulativo, compensando-se o valor devido em cada operação ou prestação com o montante cobrado anteriormente. Em cada etapa da circulação de mercadorias e em toda prestação de serviço sujeita ao imposto deve haver emissão da nota fiscal ou cupom fiscal. Do produto da arrecadação do Estado, 25% são transferidos para os municípios, conforme artigo 158, inciso IV da Constituição de 1988.

Cada Estado da federação determina quais serão os critérios de rateio do ICMS para repasse as prefeituras de sua jurisdição, desde que preservado o peso mínimo de 75% para o valor adicionado gerado pelo município. Os outros 25% do bolo de recursos destinados para repasse devem obedecer à lei estadual e, entre esses critérios, podem se estabelecer grandes diferenças de um Estado para outro. O repasse do ICMS aos municípios está regulado na Lei Complementar Federal 63 de 1990, na qual se destacam alguns parâmetros, dentre eles a possibilidade de fiscalização permanente pelo município ou por sua entidade de representação.

O objeto desta pesquisa é a regra de composição do índice de participação do repasse do ICMS do Estado de São Paulo.

O gestor municipal, com base neste trabalho de pesquisa, poderá buscar atuar de forma eficiente e eficaz no processo, gerando um incremento no valor financeiro recebido pela prefeitura.

Importante destacar que os recursos arrecadados do ICMS devem no Estado de São Paulo ser transferidos para a conta de cada município até o segundo dia útil da semana seguinte à da arrecadação, conforme descrito no Manual da DIPAM 2013, havendo aqui uma oportunidade de incremento da arrecadação com resultados potenciais de curtíssimo prazo.

Podemos resumir nosso problema de pesquisa em uma questão fundamental: quais as alternativas que o gestor municipal paulista dispõe atualmente para interferir no cálculo do seu índice de participação e incrementar o repasse de recursos do ICMS para seu município ?

1.2 OBJETIVO

O objetivo geral deste trabalho de pesquisa é identificar e analisar os fatores críticos que influenciam o repasse do ICMS estadual recebido pelas prefeituras paulistas.

Temos ainda alguns objetivos específicos a cumprir, como segue:

- 1 - Realizar uma revisão bibliográfica sobre o assunto, organizando e estruturando as informações disponíveis em material já publicado, como livros, artigos, periódicos, Internet, etc.;
- 2 - Pesquisar práticas bem sucedidas de incremento do repasse do ICMS, selecionando um caso para estudo aprofundado, de forma a detalhar de forma analítica suas causas e efeitos concretos.
- 3 - Propor ao gestor municipal paulista uma relação de alternativas factíveis para execução de um projeto local bem sucedido e eficaz de incremento da receita advinda do repasse do ICMS.

1.3 JUSTIFICATIVA

Conforme estudo de GARCIA (2002)², os estados brasileiros passaram a instituir modelos de distribuição do ICMS pertencentes aos municípios, utilizando-se em sua maioria de critérios que possibilitassem uma distribuição mais equânime. Ao mesmo tempo em que o valor adicionado representava um indicador de desempenho econômico por excelência, vários indicadores sociais também foram utilizados, entre eles população, território, meio ambiente, aspectos culturais, etc.

Os índices de participação dos municípios paulistas no produto da arrecadação do ICMS são imprescindíveis no cálculo do repasse do imposto estadual. Quanto maior o índice de participação, maior o montante repassado pelo Estado ao município. Objetivando o aumento do valor adicionado do município, os servidores municipais podem acompanhar o desempenho das empresas locais, através da checagem das suas operações de compras e vendas e do respectivo valor adicionado em cada caso.

2 GARCIA, Francisco José Teixeira. *A Distribuição de ICMS aos Municípios do Espírito Santo: Concentração ou Desconcentração?* – Rio de Janeiro: EBAP/FGV, 2002 (Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado Executivo em Gestão Empresarial da EBAPE/FGV, área de concentração Políticas & Estratégias), p. 24.

Com os dados desta pesquisa será possível, por exemplo, orientar os contribuintes para reduzir as omissões de dados e eventuais divergências entre os valores considerados pela Secretaria Estadual de Fazenda e os apurados pelo município.

A escolha do estudo se deve a importância destes recursos financeiros para estas prefeituras, uma vez que esta verba tem repasse de forma automática e semanal, e sendo assim, o gestor municipal conhecedor do mecanismo de apuração do repasse poderá intervir de forma proativa e eficaz no processo buscando o incremento dos valores.

Munido deste conhecimento, o gestor municipal poderá ainda melhorar seus controles tributários e aprimorar a eficiência dos servidores responsáveis pela tarefa de monitorar o repasse destes recursos financeiros, atuando de forma proativa nas variáveis mais relevantes para sua realidade local e buscando o aumento do seu índice de participação no ICMS paulista.

A dificuldade das prefeituras paulistas em entender as alternativas existentes para interferir positivamente no cálculo do seu índice de participação, pode levar o município a deixar de receber uma parcela significativa de recursos financeiros vitais para o melhor funcionamento da estrutura de serviços públicos locais.

Com o melhor entendimento das alternativas existentes, o gestor municipal pode agir de forma proativa buscando o incremento desta arrecadação e influenciar as variáveis mais sensíveis em sua realidade local, através de um projeto de planejamento, fiscalização e controle direcionado aos fatores mais eficazes na geração desta receita extra.

Existem variáveis que compõem o método de apuração do repasse do ICMS que possuem maior significância no valor final financeiro que chegará aos cofres do município. Estes fatores críticos que influenciam o resultado de valor adicionado se forem trabalhadas pelo gestor local de forma eficiente e eficaz poderão gerar incremento de arrecadação substancial no curto prazo.

A hipótese que queremos comprovar é a possibilidade real do gestor municipal conhecedor das alternativas para interferir nas variáveis importantes que compõem o seu índice de participação, possa atuar de forma eficiente e eficaz no incremento do valor financeiro que será repassado aos cofres municipais.

Queremos confirmar neste trabalho que o ajuste proativo de cada uma destas variáveis poderá contribuir de forma significativa no incremento da arrecadação municipal, desde que o gestor local conheça as peculiaridades de sua cidade e atue de forma eficiente sobre os fatores mais críticos na formação do índice de participação de seu município, obtendo resultados positivos no incremento do recurso financeiro disponível.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 REFERENCIAL TEÓRICO

A Constituição Federal³ estabelece em seu artigo 158, as repartições das receitas tributárias destinadas aos municípios. Entre os repasses originados nos Estados federados, destacamos o inciso III, que prevê o repasse de cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios, e o inciso IV, que prevê o repasse aos municípios de vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.

Este trabalho de pesquisa tem enfoque no estudo do repasse estadual mencionado no inciso IV do artigo 159, envolvendo o ICMS instituído pelo artigo 155, sendo de competência dos Estados e do Distrito Federal instituir imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

De acordo com o parágrafo único do artigo 158, as parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:

- I - três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;
- II - até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.

3 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Conforme pesquisa de GARCIA (2002)⁴ focada no Estado do Espírito Santo, o grande parâmetro que regulamenta a transferência da parte definida através de legislação estadual é a população, que tem peso de 13%.

O segundo maior peso é atribuído a um indicador de esforço tributário local, de caráter educativo, punindo o “caronismo fiscal”, e privilegiando o esforço da máquina fazendária municipal. Este indicador apesar de extremamente importante, sofre de uma dificuldade lógica, na medida em que para ter um desempenho bom, o município deve aumentar sua participação da receita tributária própria na receita tributária total. Ora, a cada aumento decorrente da melhoria no desempenho deste indicador, compromete-se o atingimento de novo desempenho, porque aumenta a relação entre transferência e receita própria.

2.2 REPASSE DO ICMS AOS MUNICÍPIOS NO ESTADO DE SÃO PAULO.

No Estado de São Paulo, o repasse tem como parâmetro primordial o índice de participação municipal - IPM, que define a totalidade da destinação dos recursos de repasse do ICMS.

O IPM é apurado anualmente, para aplicação no exercício seguinte, observando os critérios estabelecidos pela Lei nº 3.201, do Estado de São Paulo, de 23/12/81, com alterações introduzidas pela Lei Estadual nº 8.510, de 29/12/93, sendo que para a apuração do IPM são considerados 07 (sete) índices, aplicados de forma ponderada, conforme relacionado a seguir:

- 1 - Componente percentual Fixo (2%): que deve ser dividido igualmente pelo número de municípios do Estado (645 prefeituras), independentemente de qualquer fator. Corresponde ao valor de 0,00310077% por município.
- 2 - Índice percentual de População (13%): trata-se da relação percentual entre a população do município e a população do Estado. Os dados de população são fornecidos pelo recenseamento demográfico do IBGE, sendo que o último ocorreu em 2010.

4 GARCIA, Francisco José Teixeira. *A Distribuição de ICMS aos Municípios do Espírito Santo: Concentração ou Desconcentração?* – Rio de Janeiro: EBAP/FGV, 2002 (Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado Executivo em Gestão Empresarial da EBAPE/FGV, área de concentração Políticas & Estratégias), p. 67.

- 3 - Índice percentual de Receita Tributária Própria - RTP (5%): a RTP constitui-se da arrecadação municipal com os seguintes impostos: IPTU, ITBI e ISSQN. O total arrecadado no ano anterior ao da apuração deve ser informado ao Estado através do formulário da Declaração de Receita Tributária Própria Municipal (DREMU), conforme os dados do balanço apresentado ao Tribunal de Contas do Estado. O índice é apurado com base na relação percentual entre a RTP do município e a soma das RTP's dos 645 municípios do Estado.
- 4 - Índice percentual de Área Cultivada (3%): é apurado com base na relação percentual entre a área cultivada de cada município e a área cultivada de todos os municípios do estado. Os dados utilizados são do exercício anterior ao da apuração e são fornecidos pela Secretaria Estadual de Agricultura e Abastecimento.
- 5 - Índice percentual de Área Inundada (0,5%): a área inundada é aquela que, no exercício anterior ao da apuração, se destine exclusivamente à formação de reservatórios para geração de energia e que conste de levantamento da Secretaria Estadual de Energia. O índice é apurado com base na relação percentual entre a área inundada do município e a área inundada dos municípios do Estado.
- 6 - Índice percentual de Área Preservada (0,5%): área preservada ou protegida é a área que conste de levantamento, de acordo com o anexo da Lei 8.510/03, efetuado pela Secretaria Estadual do Meio Ambiente.
- 7 - Índice Percentual do Valor Adicionado (76%): obtido através da relação percentual entre o valor adicionado ocorrido em cada município e o valor total do Estado, pela média dos dois exercícios anteriores ao da apuração.

Como mostrado na Figura 01, a cada um dos sete indicadores são aplicados pesos fixos pré-estabelecidos, de forma que o somatório dos indicadores após sua ponderação por esses pesos resulta no índice de repasse do ICMS, correspondente à distribuição dos recursos.

Figura 1: Fórmula do IPM (índice de participação do município) paulista.

$$\text{IPM}/2012 = \frac{2\%}{645} * + 0,5\% \frac{\text{APM}}{\text{APE}} + 0,5\% \frac{\text{AIM}}{\text{AIE}} + 3\% \frac{\text{ACM}}{\text{ACE}} + 5\% \frac{\text{RPM}}{\text{RPE}} \\ + 13\% \frac{\text{PM}}{\text{PE}} + 76\% \left[\frac{\frac{\text{VAM2011}}{\text{VAE2011}} + \frac{\text{VAM2010}}{\text{VAE2010}}}{2} \right]$$

* nº de municípios do Estado de São Paulo

APM = Área Protegida do Município APE = Área Protegida do Estado

AIM = Área Inundada do Município AIE = Área Inundada do Estado

ACM = Área Cultivada do Município ACE = Área Cultivada do Estado

RPM = Receita Própria do Município RPE = Receita Própria do Estado

PM = População do Município PE = População do Estado

VAM = Valor Adicionado do Município VAE = Valor Adicionado do Estado

A DIPAM paulista, Declaração para o Índice de Participação dos Municípios, consiste na declaração dos contribuintes informando, à Fazenda Estadual, os valores das operações relativas à circulação de mercadorias e das prestações de serviços de transporte ou de comunicação.

Conforme descrito no Manual da DIPAM - 2013⁵, o componente mais importante, o VA - Valor Adicionado, contribui com 76% do índice total e é calculado pela Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, com base nas informações fornecidas pelos contribuintes na Guia de Informação e Apuração do ICMS - GIA, no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional - Declaratório - PGDAS-D, na Declaração de Informações Socioeconômicas e Fiscais - DEFIS e na DIPAM-A. O Valor Adicionado será atribuído ao município onde o contribuinte esteja inscrito, exceto nas situações especiais previstas no mencionado manual.

Conforme sítio da AFISCAMP (2014), o VA é a diferença entre as saídas (vendas) e as entradas (compras) de mercadorias das empresas, não importando se a operação é tributada ou amparada pela isenção ou imunidade. Reflete o resultado econômico da empresa no ano. Quanto maior o VA, maior será a fatia do Município na cota-parte municipal do ICMS. Daí a corrida dos agentes municipais junto às empresas estabelecidas em seus territórios visando aumentar o VA, independentemente de haver ICMS na operação.

5 *Manual da DIPAM 2013* - Declaração para o índice de participação dos municípios paulistas na arrecadação do ICMS - artigo 19 da Portaria CAT 36/2003. p.15. Disponível em: <www.fazenda.sp.gov.br/download/dipam/manual_dipam_2013.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

TRISTÃO (2003)⁶ afirma que o objetivo do critério majoritário do Valor Adicionado busca propiciar o retorno do produto da arrecadação à localidade onde é gerado o movimento econômico e são arrecadados os impostos correspondentes.

O autor propõe uma tipologia que demonstra, com certo grau de generalização, o comportamento tributário dos municípios brasileiros. Inicialmente, podemos distinguir entre: os “bons arrecadadores”, isto é, aqueles que utilizam bem a sua base tributária e os “maus arrecadadores”, aqueles que dependem muito, ou quase totalmente, das transferências intergovernamentais. Entre os “bons arrecadadores” existem aqueles que arrecadam melhor o IPTU e aqueles que arrecadam melhor o ISS. Entre os “maus arrecadadores” podemos distinguir aqueles que dependem mais da quota-parte do ICMS e aqueles que dependem mais do FPM.

Deste modo, conforme Quadro 01, o mesmo autor propõe 4 (quatro) tipos ideais para descrever o comportamento tributário dos municípios brasileiros.

Quadro 1 - Tipologia do comportamento tributário dos municípios brasileiros

TIPO 1 – Os bons arrecadadores de IPTU	TIPO 2 – Os bons arrecadadores de ISS
<ul style="list-style-type: none"> • Desempenho da arrecadação: bom. • Ênfase no IPTU. • Cidades turísticas. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desempenho da arrecadação: bom . • Ênfase no ISS. • Centros metropolitanos.
TIPO 3 – Municípios com alta participação na Quota-parte do ICMS	TIPO 4 – Municípios dependentes do FPM
<ul style="list-style-type: none"> • Desempenho da arrecadação: fraco. • Grande dependência da quota-parte ICMS. 	<ul style="list-style-type: none"> • Desempenho da arrecadação: muito fraco. • Grande dependência do FPM.

6 TRISTÃO, José Américo Martelli. *A Administração Tributária dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação*. São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p. (Tese de doutorado apresentada ao Curso de PósGraduação da EAESP/FGV. Área de Concentração: Organização, Recursos Humanos e Planejamento), p.118.

TRISTÃO (2003)⁷, relatou ainda que as transferências exercem um efeito desestimulante do esforço fiscal. Este efeito é mais claramente notado nos municípios do tipo 3, que representa os municípios que contam com a quota-parte do ICMS como sua principal fonte de receita. Como a distribuição desta transferência é proporcional ao valor do ICMS agregado por cada município, podemos inferir a existência de razoável potencial econômico e, portanto, possibilidades reais de incremento da arrecadação própria. Uma possível explicação para esta inércia tributária seria o fato de que, tendo uma fonte de recursos livre do ônus político decorrente da tributação, dificilmente o município procurará aumentar substancialmente a sua arrecadação.

Uma medida recomendada pelo mesmo autor, é a inclusão nos mecanismos de transferências, de dispositivos que recompensem os municípios que aumentarem a sua arrecadação própria. Uma iniciativa neste sentido foi tomada pelo Estado de São Paulo que acrescentou entre os critérios de repartição da quota-parte do ICMS a atribuição de um peso de 5% à relação percentual entre o valor da receita tributária de cada município e a soma da receita tributária própria de todos os municípios do Estado. Deste modo, o município que conseguir aumentar a arrecadação própria será recompensado também por um aumento na quota-parte do ICMS. Um dispositivo semelhante poderia ser utilizado também nas transferências do FPM.

Outra recomendação importante é a intensificação das políticas públicas voltadas para o incentivo ao aprimoramento da administração tributária dos municípios, a exemplo do que já vem sendo feito pelo BNDES/PMAT - Programa de Modernização da Administração Tributária e da Gestão dos Setores Sociais Básicos. O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, disponibiliza linhas de financiamento para investimentos de modernização da administração tributária, sendo uma excelente oportunidade disponível aos municípios brasileiros.

Importante destacar o texto da Súmula 13 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, introduzida pela Resolução nº 03/95, TC-A 13754/026/95, de 30/10/95, onde temos que não é lícita a contratação pelas prefeituras municipais de terceiros, sejam pessoas físicas ou jurídicas, para a revisão das Declarações para o Índice de participação dos Municípios -

7 TRISTÃO, José Américo Martelli. *A Administração Tributária dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação*. São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p. (Tese de doutorado apresentada ao Curso de PósGraduação da EAESP/FGV. Área de Concentração: Organização, Recursos Humanos e Planejamento), p.172.

DIPAMs, a qual deve ser feita por servidores públicos locais, valendo-se do auxílio da Secretaria Estadual da Fazenda.

A Resolução SF-13/2006 emitida pela Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo, aprovou a liberação do acesso das prefeituras ao Sistema de Consulta do Valor Adicionado - E-Dipam. Nos termos do artigo 2º, § 1º, da citada Resolução, o acesso aos dados se dará mediante senha pessoal e intransferível, que será fornecida ao(s) servidor(es) indicado(s) pelo Prefeito Municipal, após a entrega do Termo de Sigilo.

De acordo com a Lei Complementar 63/1990, os municípios podem também impugnar o índice preliminar publicado pela Secretaria da Fazenda, visando a corrigir o montante do valor adicionado que lhe foi atribuído. A impugnação deverá ser apresentada no prazo de 30 dias corridos, contados da data da publicação dos índices preliminares. Tratam-se basicamente de diferenças ou omissões relativas à GIA, ao PGDAS-D/DEFIS e/ou à DIPAM-A. Importante destacar que três circunstâncias podem justificar impugnações:

- a) erro no valor adicionado apurado pela Secretaria da Fazenda, com base em dados informados pelo contribuinte na GIA, no PGDAS-D/DEFIS ou na DIPAM-A;
- b) inexatidão ou omissão de dados apresentados pelo contribuinte na GIA, no PGDAS-D/DEFIS ou na DIPAM-A.
- c) omissão de GIA, de PGDAS-D/DEFIS ou de DIPAM-A.

GARCIA (2002)⁸ identificou que os principais motivos para a redução dos índices do VA no Estado do Espírito Santo, a partir de 1998, foram o fechamento de empresas, a redução de custos e a mudança de parte da produção para outros municípios. Em muitos casos, o elemento motivador da transferência de empresas locais para outras cidades foi a concessão de créditos do Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), e/ou outros benefícios tributários, causando a chamada “guerra fiscal”. Essa tendência pode ser observada no Estado de São Paulo também.

8 GARCIA, Francisco José Teixeira. *A Distribuição de ICMS aos Municípios do Espírito Santo: Concentração ou Desconcentração?* – Rio de Janeiro: EBAP/FGV, 2002 (Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado Executivo em Gestão Empresarial da EBAPE/FGV, área de concentração Políticas & Estratégias), p.68.

Conforme sítio da AFISCAMP (2014)⁹, verificamos que o Município de Campinas tem sido bastante atuante no incremento do VA municipal. Há anos a prefeitura conta com uma equipe permanente e especializada na verificação do VA do Município, a Fiscalização da DIPAM. Anualmente os auditores municipais verificam os documentos fiscais do ICMS das maiores empresas de Campinas, de segmentos específicos e de empresas de outros municípios que devem efetuar o rateio de VA, buscando incorreções, inconsistências e omissões nos lançamentos fiscais do imposto estadual. A equipe tem trabalhado também de forma preventiva, orientando os contribuintes na correta escrituração fiscal do ICMS, evitando problemas futuros de correção dos lançamentos.

Segundo o trabalho de RABELO (2010)¹⁰, o resultado dos trabalhos de auditoria municipal nas empresas locais envolvem a análise, a diligência fiscal e a solicitação de substituição de documentos, devendo prevalecer praticamente durante todo o exercício, pois se o documento não foi acatado pela Fazenda Estadual em um ano, poderá, mediante razões explicitadas através de Recurso Administrativo do Município, ser considerado no movimento econômico do exercício seguinte. O resultado da auditoria, base para repasses constitucionais do ICMS estadual, é a substituição da declaração de informações fiscais, objeto de questionamento, trazendo resultados positivos de movimento econômico e de maior receita ao município receptor desses recursos.

Evidentemente a ação fiscal sobre a DIPAM e outras declarações fiscais não bastam para a manutenção ou crescimento do índice. São necessárias ao município ações políticas de atração de empresas e de manutenção das empresas.

2.3 COLETA E ANÁLISE DE DADOS

Estudaremos o caso da prefeitura de Serrana/SP, nos exercícios de 2003 até 2012 (últimos 10 anos), pequeno município paulista, onde a estrutura de fiscalização/arrecadação é reduzida, podendo obter

9 Sítio da AFISCAMP - Associação dos Auditores-Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas. Disponível em: <http://www.afiscamp.org.br/site/prestando_contas/icms_fisco_municipal.php>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

10 RABELO, Maria Aparecida Silvério. Auditoria Tributária como forma de Aumento de Repasses Constitucionais: Quota Parte do ICMS dos Municípios – Valor Adicionado Fiscal. Monografia. CAD/ Universidade Gama Filho. Belo Horizonte, 2010, p. 42.

ganhos substanciais atuando de forma estratégica no aumento de seu índice de repasse do ICMS.

Conforme informações do sítio do município de Serrana, dentre as atividades econômicas do município, as que mais se destacam são: a lavoura de cana-de-açúcar, a prestação de serviços em diversas áreas, as indústrias de usinagem e implementos agroindustriais e o comércio. Serrana se destaca como um grande polo industrial e de logística do interior de São Paulo, com destaque para duas usinas de açúcar e álcool: Usina Nova União e Usina da Pedra.

O Quadro 2 apresenta, para o IPM de 2011, o ranking das dez primeiras cidades paulistas e a situação de Serrana, que se encontra na posição 192 para um total de 645 Municípios. Em 2011, o valor de repasse do ICMS para Serrana foi de R\$ 15.683.554,94, que representa 244% da sua Receita Tributária Própria, que foi de R\$ 6.427.152,00.

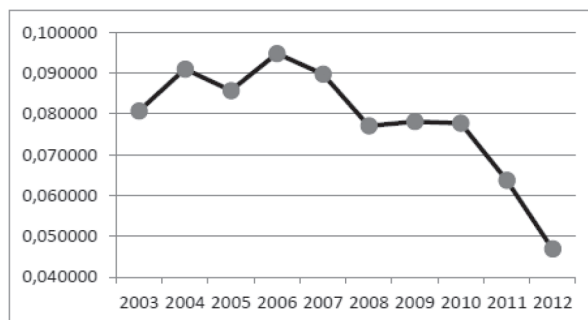
Quadro 2: Ranking das oito primeiras cidades paulista e Serrana no IPM 2011

(Fonte: Resolução SF-71/2012, publicada do DOE/SP em 16/10/2012).

1	São Paulo	22,770%
2	Guarulhos	3,580%
3	São Bernardo do Campo	3,550%
4	Campinas	2,700%
5	São José dos Campos	2,360%
6	Paulínea	2,350%
7	Barueri	2,200%
8	Jundiaí	1,720%
192	Serrana	0,064%

Analisando os valores anuais da variável IPM definitivo, verificou-se forte queda do IPM entre 2007 até 2012, atenuado por pequeno acréscimo nos ano de 2009 (1,4%). Esta constatação de queda expressiva do IPM deve motivar a prefeitura de Serrana a investir urgentemente num projeto de recuperação destas receitas.

Figura 2: Evolução anual do IPM % definitivo – município de Serrana.



Podemos obter os dados históricos do repasse global do ICMS e os respectivos valores comparativos das variáveis que compõem o montante transferido anualmente para cada município paulista, por meio de consultas ao sítio da Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo¹¹ e também ao Portal de Estatísticas do Estado de São Paulo - Fundação SEADE¹².

Quadro 3: Variáveis componentes do IPM – município de Serrana.

Ano base	2-Valor Adicionado (R\$)	Variação anual % do VA	3-População (hab.)	4-Receita Tributária (R\$)	5-Área Cultivada (Km ²)	6-Área Inundada	7-Índ. Protegida	Índ. Participação	Variação anual % do IPM
2003	358.628.749	-	32.603	1.847.380	9.938,70	0	0	0,08072949	-
2004	361.609.750	0,83%	32.603	2.168.882	9.938,70	0	0	0,09099953	12,72%
2005	405.828.679	12,23%	32.603	2.566.625	9.089,50	0	0	0,08572878	-5,79%
2006	565.904.083	39,44%	32.603	2.676.047	9.089,50	0	0	0,09480682	10,59%
2007	409.126.065	-27,70%	32.603	3.512.205	9.089,50	0	0	0,08975871	-5,32%
2008	484.619.227	18,45%	32.603	3.825.336	7.885,90	0	0	0,07705926	-14,15%
2009	504.597.161	4,12%	32.603	3.372.717	7.885,90	0	0	0,07813450	1,40%
2010	554.890.062	9,97%	38.878	4.338.473	7.885,90	0	0	0,07770598	-0,55%
2011	330.220.431	-40,49%	38.878	6.427.152	7.885,90	0	0	0,06372306	-17,99%
2012	282.838.165	-14,35%	38.878	6.686.733	7.885,90	0	0	0,04690035	-26,40%

11 Sítio da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www10.fazenda.sp.gov.br/DIPAM/ConsultaIndice/DipamConsultaIndicesFinais.aspx>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

12 Sítio da Fundação SEADE - Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/banco-de-dados/>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

Com relação a variável 2 (valor adicionado) verificou-se reduções drásticas nos anos de 2007 (-27,7%), 2011(-40,49%) e 2012 (-14,35%). Sendo este fator responsável por 76% do repasse do ICMS, houve impacto relevante no planejamento e na execução do orçamento no município de Serrana, além de afetar diretamente a qualidade da prestação de serviços públicos.

Em contraposição, nos anos de 2006 (39,44%) e 2008 (+18,45%) houve incremento substancial da variável VA. Este comportamento errático da variável VA é explicado principalmente pelo nível de atividade do setor agroindustrial no município, baseado em duas grandes usinas de açúcar e álcool.

Esta oscilação do VA entre os exercícios fiscais, sem tendência definida afetou diretamente o IPM do município de Serrana, com queda de arrecadação e no do gasto público, prejudicando ainda o planejamento do orçamento municipal.

Podemos verificar que somente no ano de 2010 houve incremento positivo da variável 3 (população), motivado pela publicação do novo Censo Demográfico do IBGE, sendo este fator constante nos demais anos. Com relação a variável 4 (receita própria) houve tendência positiva constante em todos os anos, acompanhando a inflação e crescimento econômico vegetativo local, sem contudo aproveitar a oportunidade de se obter um incremento significativo como resultado de um necessário projeto municipal específico para tal fim.

Com relação a variável 5 (área cultivada) houve curva de declínio no período, com quedas expressivas nos anos de 2005 e 2008, impactando negativamente o repasse estadual. Com relação as variáveis 6 (área inundada) e 7 (área preservada) o município de Serrana possui valores zerados.

Um município pode auferir receitas crescentes anos após ano, em termos de valores absolutos de repasse do ICMS estadual, mesmo com quedas sucessivas do IPM municipal, uma vez que o montante total do ICMS arrecadado no Estado de São Paulo possui incremento nominal positivo nos últimos anos. Com o crescimento ano após ano do “bolo” de receitas a distribuir, o “pedaço” do Município tende a ser maior que o ano anterior em valores absolutos, ainda que percentual relativo de sua participação tenha sido menor, motivado pela queda do IPM local.

De todo modo, o gestor municipal não pode ficar passivo e simplesmente torcer pelo crescimento absoluto do “bolo estadual”, devendo sim agir localmente de maneira proativa para estancar a queda no seu

IPM relativo e buscar sempre o crescimento dos indicadores municipais acima do crescimento dos indicadores estaduais, obtendo receitas extras do repasse do ICMS.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O gestor municipal paulista, para interferir no cálculo do seu índice de participação e incrementar o repasse de recursos do ICMS para seu município, deverá atuar proativamente sobre 6 (seis) variáveis que compõem o cálculo do IPM, uma vez que a sétima variável, o Percentual fixo 2%, é fixada por lei.

As variáveis mais críticas e relevantes são em ordem de relevância: VA (valor adicionado) com 76% de peso na composição do IPM, seguida pela População (13%), Receita tributária própria (5%), Área cultivada (3%), área inundada (0,5%) e área protegida (0,5%).

Cabe aqui uma observação importante: os indicadores componentes do IPM não são indicadores absolutos, mas sim indicadores relativos em âmbito estadual, revelando o desempenho do Município em relação ao desempenho geral acumulado de todas as demais cidades, assim sendo, não basta o crescimento nominal dos indicadores do Município ano após ano, mas sim, por sua vez crescer em percentual superior ao crescimento dos outros municípios do Estado.

Mais que isso, não necessariamente o maior retorno se dará pelo aumento naqueles indicadores com maior peso, uma vez que o resultado final depende também da evolução dos outros municípios. Dessa forma, se o Município for o único com incremento em área protegida, poderá resultar em aumento significativo de valor. Por outro lado, se o Município aumenta a área agrícola, mas os outros municípios também fazem o mesmo, esse movimento pode não resultar em ganhos em termos de receita de repasses, inclusive podendo haver perda financeira no caso do crescimento nominal municipal ser inferior ao crescimento nominal no Estado.

A variável VA é majoritária e de importância fundamental para manutenção ou incremento do IPM municipal, devendo ser objeto de atenção especial do gestor municipal, na busca de garantir o melhor valor possível neste índice, contudo sem negligenciar os demais componentes do IPM local, devendo atuar de forma proativa em cada segmento que influi no repasse do ICMS estadual, de acordo com a realidade geográfica e o contexto econômico de sua cidade.

Um município que possui vocação agrícola ou tendência de expansão da área cultivada deverá executar periodicamente um trabalho de revisão local do cadastro de áreas de plantio e assim garantir junto ao governo do Estado, o valor correto da variável área cultivada com peso de 3% no IPM paulista.

O mesmo raciocínio se aplica para cidades com potencial de áreas inundadas ou áreas de preservação, uma vez que as estatísticas correspondentes devem estar sempre corretas e atualizadas junto aos órgãos do governo do Estado, de modo a garantir ou preservar o percentual municipal destas variáveis formadoras do IPM.

Em tese, considerando tudo o mais constante, seria muito mais vantajoso para o município paulista, em termos de repasse do ICMS, destinar áreas à agricultura do que enquadrá-las como áreas protegidas, uma vez que o peso relativo de uma área cultivada no IPM é 3% em comparação ao peso de 0,5% de uma área protegida, contudo devemos respeitar os limites legais e éticos na implementação de um programa municipal de incentivo a expansão da atividade agrícola local, direcionando esse projeto à prospecção de áreas disponíveis e viáveis com potencial agrícola não utilizado.

Deve ainda o gestor municipal manter atualizado e acompanhar periodicamente a evolução dos números da população local junto ao IBGE (peso de 13% no IPM) e do índice de Receita própria municipal (peso de 5% do IPM), enviando os valores corretos e nos prazos estipulados, via formulário DREMU à Secretaria de Fazenda do Estado de São Paulo.

Finalizando este artigo, apresentamos a seguir um conjunto não exaustivo de medidas práticas para subsidiar um projeto de incremento e/ou recuperação do repasse do ICMS em pequenos municípios com vocação agroindustrial, como é o caso de Serrana, com enfoque específico de atuação sobre a variável VA (valor adicionado):

- 1 - Montagem de uma equipe permanente e especializada na verificação do VA municipal, os auditores verificam os documentos fiscais do ICMS das maiores empresas da cidade, segmentos específicos e até empresas de outros municípios que podem influir no rateio do VA municipal (setor elétrico e telecomunicações, por exemplo), buscando incorreções, inconsistências e omissões nos lançamentos fiscais do imposto estadual. A equipe deve trabalhar também de forma preventiva,

orientando os contribuintes na correta escrituração fiscal do ICMS, evitando problemas futuros de correção dos lançamentos, conforme descrito no sítio da Afiscamp (2014)¹³.

- 2 - Ações políticas de atração de empresas e de manutenção das empresas locais, criando leis de incentivos fiscais visando reverter o sentido migratório das empresas. Conforme descrito no sítio do MBC (2014)¹⁴, os centros de distribuição e empreendimentos logísticos ganham preferência em muitas prefeituras porque são investimentos que começam a operar mais rapidamente que as indústrias. Isso significa retorno mais rápido em termos de Valor adicionado e de repasse de ICMS. Além disso, temos Investimentos não poluentes, o que facilita o planejamento de municípios que buscam crescimento ordenado. Para atrair as empresas, o mais comum é oferecer isenção ou redução do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), além de facilidade para obtenção dos alvarás de licenciamento e facilidades em relação às taxas municipais, como a de fiscalização.
- 3 - Parcelamento de dívidas do ICMS e consequente elevação do repasse para a cidade, uma vez que haverá maior recolhimento do imposto no município e consequente incremento do IVA local. O resultado positivo se deve à contribuição expressiva do crescimento de adesões ao Programa Especial de Parcelamento do ICMS (PEP)¹⁵, que prevê benefícios aos contribuintes paulistas como redução do valor de multas e juros para parcelamento e quitação de débitos do imposto. No período de 1º de março a 5 de junho de 2013, a Fazenda e a Procuradoria Geral do Estado registraram 43.743 adesões ao PEP, conforme descrito no sítio do DCI (2014)¹⁶.

13 Sítio da AFISCAMP - Associação dos Auditores-Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas. Disponível em: <http://www.afiscamp.org.br/site/prestando_contas/icms_fisco_municipal.php>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

14 Sítio do MBC - Movimento Brasil Competitivo. Disponível em: <http://www.mbc.org.br/mbc/ba/components/com_noticia/pop_up_PDF.php?id=5603> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

15 Sítio do PEP - Programa Especial de Parcelamento, do Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.pepdoicms.sp.gov.br>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

16 Sítio do DCI - Diário Comércio Indústria & Serviços. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/politica-economica/parcelamento-de-dividas-eleva-repasse-de-icms-para-cidades-paulistas-id350587.html>>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

- 4 - Incentivo a adesão dos cidadãos do município ao programa estadual Nota Fiscal Paulista, onde consumidores, pessoas jurídicas ou físicas, recebem créditos e prêmios pagos com 30% do ICMS após efetivamente recolhido pelo estabelecimento. A consciência sobre a carga tributária serve para melhorar a arrecadação no município e consequente repasse do ICMS estadual
- 5 - Conscientização e fiscalização periódica dos produtores rurais locais, educando e incentivando os agricultores a declarar a sua produção agrícola, uma vez que a entrega dos talões de notas fiscais para o preenchimento da DIPAM é realizada de forma gratuita, ou seja, o produtor rural não terá nenhum ônus tributário e nem custo para a operação. Esta prática pode ser observada em diversas prefeituras, como por exemplo no sítio de Laranjal Paulista (2014)¹⁷.
- 6 - Política de centralização das compras públicas, a prefeitura deve realizar suas compras prioritariamente no comércio da cidade na medida do possível, buscando sempre o melhor preço entre os estabelecimentos locais, e conseqüentemente fortalecendo o comércio local e aumentando diretamente para o município os recolhimentos do ICMS.

Como recomendação para trabalhos futuros nesta área, podemos sugerir estudos de caso em municípios paulistas de médio e grande porte com vocação industrial ou na área de serviços, assim como pesquisas similares a esta para melhor entendimento da metodologia aplicada em outros Estados brasileiros para repasse do ICMS aos seus municípios.

REFERÊNCIAS

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

GARCIA, Francisco José Teixeira. *A Distribuição de ICMS aos Municípios do Espírito Santo: Concentração ou Desconcentração ?* – Rio de Janeiro: EBAP/FGV, 2002. 221p. (Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Mestrado

17 Sítio da Prefeitura de Laranjal Paulista. Disponível em: <<http://www.laranjalpaulista.sp.gov.br/agenciadenoticias/produtor-rural-entrega-do-dipam-vai-ate-o-dia-28/>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Executivo em Gestão Empresarial da EBAPE/FGV, área de concentração Políticas & Estratégias).

Manual da DIPAM 2013 - *Declaração para o índice de participação dos municípios paulistas na arrecadação do ICMS* - artigo 19 da Portaria CAT 36, de 31/03/2003. Disponível em: <www.fazenda.sp.gov.br/download/dipam/manual_dipam_2013.pdf>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

RABELO, Maria Aparecida Silvério. *Auditoria Tributária como forma de Aumento de Repasses Constitucionais: Quota Parte do ICMS dos Municípios – Valor Adicionado Fiscal*. Monografia. CAD/Universidade Gama Filho. Belo Horizonte, 2010.

Sítio da *AFISCAMP - Associação dos Auditores-Fiscais da Prefeitura Municipal de Campinas*. Disponível em: <http://www.afiscamp.org.br/site/prestando_contas/icms_fisco_municipal.php>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

Sítio do *DCI - Diário Comércio Indústria & Serviços*. Disponível em: <<http://www.dci.com.br/politica-economica/parcelamento-de-dividas-eleva-repasse-de-icms-para-cidades-paulistas-id350587.html>>. Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Sítio da *Fundação SEADE - Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados*. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br/banco-de-dados/>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

Sítio do *MBC - Movimento Brasil Competitivo*. Disponível em: <http://www.mbc.org.br/mbc/ba/components/com_noticia/pop_up_PDF.php?id=5603> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Sítio do *PEP – Programa Especial de Parcelamento*. Disponível em: <<https://www.pepdoicms.sp.gov.br/>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

Sítio da *Prefeitura de Laranjal Paulista*. Disponível em: <<http://www.laranjalpaulista.sp.gov.br/agenciadenoticias/produtor-rural-entrega-do-dipam-vai-ate-o-dia-28/>> Acesso em: 27 de agosto de 2014.

Sítio da *Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo*. Disponível em: <<https://www10.fazenda.sp.gov.br/DIPAM/ConsultaIndice/DipamConsultaIndicesFinais.aspx>>. Acesso em: 01 de julho de 2014.

TRISTÃO, José Américo Martelli, *A Administração Tributária dos Municípios Brasileiros: uma avaliação do desempenho da arrecadação*. São Paulo: EAESP/FGV, 2003. 172 p. (Tese de doutorado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/FGV. Área de Concentração: Organização, Recursos Humanos e Planejamento).



RECEBIDO EM: 26/11/2014

APROVADO EM: 20/02/2015

DIREITO DE CONSTRUIR EM FACE DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO DIREITO AMBIENTAL: DIREITO ADQUIRIDO X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

*RIGHT TO BUILD IN THE FACE OF LEGISLATIVE CHANGES OF
ENVIRONMENTAL LAW: ACQUIRED RIGHT X ENVIRONMENT
PROTECTION*

Paulo Henrique Carneiro Fontenele¹

Procurador Federal

Pós-graduado em Direito do Estado

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações sobre o direito de construir e função social da propriedade; 2 Direito de construir em face de alterações legislativas do direito ambiental: Direito adquirido x proteção ao meio ambiente; 2.1 Considerações iniciais; 2.2 Licença ambiental concedida sem observância do ordenamento jurídico vigente na data da concessão; 2.3 Licença ambiental adequadamente concedida com posterior alteração

¹ paulo.fontenele@agu.gov.br

normativa ampliando a proteção ao meio ambiente sem que o interessado tenha edificado a construção; 2.4 Licença ambiental adequadamente concedida com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente com o interessado já tendo edificado a construção; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O crescimento exponencial da litigiosidade entre entes estatais e particulares, quando se confrontam a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, têm como uma de suas causas a ampliação das medidas protetivas ao ecossistema no plano legislativo. Exemplo disto ocorre quando, após a concessão de licença ambiental, sobrevém alteração normativa mais restritiva ao direito de construir, circunstância que vem gerando entendimentos controversos no âmbito da própria Administração Pública e incremento de demandas no Poder Judiciário, disseminando, em última análise, insegurança jurídica. O objetivo desta resenha jurídica é distinguir as situações e suas diversas consequências para os interessados quando, após o deferimento de licença ambiental, sobrevém inovações no ordenamento jurídico. Almeja-se fornecer subsídios teóricos para que os operadores do direito logrem êxito em equacionar a tensão entre valores consagrados na Constituição Federal de 1988, destacadamente quando se contrapõem proteção ao meio ambiente e direito de propriedade, sob o manto do direito adquirido.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental. Direito de Construir. Direito Adquirido. Licença Ambiental.

ABSTRACT: The exponential growth of litigation between State and private ones, when faced by the environment protection and the right of property and their offshoots, have as one of its causes the expansion of protective measures to the ecosystem in the legislative plan. Example of this occurs when, after the granting of an environmental license, more restrictive regulations change befalls the right to build, circumstance that comes generating understandings under the controversial Public Administration and increased demands on the Judiciary, disseminating, ultimately, legal uncertainty. The purpose of this review is to distinguish the legal situations and its various consequences for those interested when, after the granting of an environmental license, supervene innovations in the legal system. Aims to provide theoretical subsidies so that the jurists are successful in addressing the tension between values enshrined in the Federal Constitution of 1988, notably when

counteract environmental protection and right of ownership under the mantle of the acquired right.

KEYWORDS: Environmental Law. Right to Build. Acquired Right. Environmental License.

INTRODUÇÃO

A proteção ao meio ambiente, direito fundamental de terceira geração, foi objeto de especial atenção do legislador constituinte, com expressa previsão no artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

CAPÍTULO VI - DO MEIO AMBIENTE

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:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

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;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Em razão dos interesses tutelados nestes dispositivos, são recorrentes os antagonismos com direitos individuais, destacadamente quando se confrontam interesses econômicos e proteção ao meio ambiente.

Outrossim, as medidas protetivas no plano legislativo vem sendo ampliadas com a edição de inúmeras espécies normativas pelos entes federativos, União, Estados e Municípios, tendo em vista a competência concorrente conferida pela Carta Magna de 1988.

Neste panorama, tem-se multiplicado a litigiosidade entre entes estatais e particulares, quando entram conflito a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, como o direito de construir, via de regra, sob o fundamento de defesa do direito adquirido.

Portanto, a relevância do tema tem origem na percepção do incremento exponencial das contendas administrativas e judiciais, envolvendo, de um lado, o direito de construir e, de outro, o direito ao meio ambiente saudável, instrumentalizada por alterações legislativas mais protetivas ao ecossistema.

Almeja-se discernir as situações frequentemente ocorridas nestes embates, com o objetivo de conferir subsídios teóricos e jurisprudenciais aos operadores do direito, para, em última análise, harmonizar os interesses em conflito, orientando quais devem prevalecer no caso concreto.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE CONSTRUIR E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Antes de abordarmos o tema central desta resenha, faz-se necessário relembrar alguns institutos com gênese no Direito Civil que orbitam aos objetivos a que nos propomos realizar, destacadamente o direito de construir, uma das vertentes do direito de propriedade.

Enuncia o art. 1.228 do Código Civil de 2002:

Artigo 1.228 - O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

Especificamente em relação ao direito de construir, vaticina o art. 1.299 do Novo Código Civil:

Artigo 1.299 - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.

José Afonso da Silva² assevera que o direito de construir não emanaria do direito de propriedade, propriamente dito, mas seria uma concessão do Poder Público:

[...] o princípio da função social da propriedade urbana e a verificação de que o destino urbanístico dos terrenos é algo criado, especialmente, a tese de que a edificabilidade dos terrenos urbanos é uma utilidade legal, [...] vêm fundamentando medidas de desincorporação, ou quase desincorporação do direito de propriedade, rompendo a posição com a posição tradicional de que o direito de construir é uma faculdade inerente ao direito de propriedade do terreno.

A visão clássica do direito de construir, prevista no Código Civil de 1916, conferia ao proprietário a possibilidade de dispor completamente da coisa, a exemplo de transformá-la e edificá-la, a seu melhor juízo, de acordo com a utilização que se quisesse atribuir ao bem.

2 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 144.

Para Hely Lopes Meireles³, o referido direito só era limitado quando sua utilização trouxesse prejuízos a particulares ou ao interesse público, nos termos do art. 572 do CC de 1916:

Artigo 572 - O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos.”

Silvio de Salvo Venosa⁴ acrescenta que, no século XIX, até o início do século XX, o direito à propriedade atendia, exclusivamente, aos interesses de seu titular.

Fábio Henrique Santos Santana⁵ assevera que, evoluindo este entendimento, no século XX, o conceito de propriedade começa a se transformar, com o surgimento do Estado Social, influenciado pela Constituição do México de 1917, destacando-se o dispositivo vaticinado em seu artigo 27: “A Nação terá, a todo tempo, o direito de impor à propriedade privada as determinações ditadas pelo interesse público [...]”; e pela Constituição da Alemanha de 1919, a Constituição de Weimar, que previu no artigo 153 que: “A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função no interesse social”.

Hodiernamente, o direito de propriedade e, conseqüentemente, a faculdade de construir, mais do que um direito individual, obrigatoriamente deve exercer sua função social, a exemplo da observância dos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, acerca da propriedade, preservação do meio ambiente e limitações decorrentes do direito de vizinhança.

Neste sentido, a doutrina de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁶:

Há muito já sucumbiu o cenário em que o proprietário arbitrariamente definia quando, como e o quê construir. Não tardará o momento em que o direito de construir será destacado do direito subjetivo de propriedade, para se converter em uma concessão da municipalidade,

3 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*: 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.27.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.176.

5 SANTANA, Fábio Henrique Santos de. O Direito de Propriedade. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*. v.03, Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 120.

6 FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 477.

ao delinear o regime jurídico de utilização do solo. Para o civilista conservador esta afirmação seria uma agressão, pois não se poderia conceber a propriedade desfalcada da essência de umas de suas maiores faculdades, o que implicaria em um “soco no estômago” da autonomia privada de seu titular.

Em suma, o direito de construir é uma faculdade conferida ao proprietário do bem, como corolário do direito de uso, desde que, em última análise atendida a função social. Este raciocínio se coaduna com os dispositivos constitucionais, a exemplo do artigo 182, §4º, da CF/88, o qual confere ao Poder Público a prerrogativa de exigir do proprietário de imóvel não edificado ou subutilizado, o adequado aproveitamento do bem, sob pena de se instituir parcelamento e edificação compulsória, instituição de imposto progressivo e, até mesmo, desapropriar o bem.

2 DIREITO DE CONSTRUIR EM FACE DE ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS DO DIREITO AMBIENTAL: DIREITO ADQUIRIDO X PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ditos estes breves proêmios acerca do direito de construir, resta esclarecer quando tal instituto integra o patrimônio do interessado, ou seja, perquirir se existiria direito adquirido de construir pelo simples fato de adquirir a propriedade de um bem ou após obter a licença ambiental exigida.

Considerando o tema proposto, imagine-se a seguinte situação hipotética: o proprietário de um imóvel, interessado em construir um empreendimento hoteleiro, obtém, no órgão competente, licença de instalação em perfeita obediência às normas ambientais até então estabelecidas. Posteriormente, sucede nova legislação ambiental mais protetiva, estabelecendo situações em que o suposto empreendedor passe a estar em desacordo com as recentes disposições legais mais protetivas ao ecossistema.

Indaga-se: independente das inovações legislativas, o interessado teria resguardado o direito de construir seu empreendimento, escudado sob o manto do direito adquirido, já que teria obtido licença ambiental sob a égide da legislação anterior, ou teria que se readequar a novel legislação para readquirir seu direito de construir? O que deve prevalecer, o direito

de construir ou a proteção ao meio ambiente? Há direito adquirido na situação em comento?

Com o objetivo de abordar o assunto e confrontar o direito adquirido e a proteção ao meio ambiente, é importante discernir três situações que terão soluções diversas no caso concreto. Na primeira situação, a licença ambiental foi emitida sem a observância do ordenamento jurídico vigente na data da concessão. Na segunda hipótese, a licença ambiental foi concedida sem qualquer vício de legalidade, entretanto, antes do início da construção, houve alteração do ordenamento jurídico, ampliando a proteção ambiental e exigindo adequações por parte do empreendedor ou impossibilitando sua continuidade. Por fim, em uma terceira situação hipotética, a licença ambiental foi concedida sem vícios legais e quando houve a alteração normativa ampliando a proteção ambiental, a construção já havia sido iniciada ou concluída.

2.2 LICENÇA AMBIENTAL CONCEDIDA SEM OBSERVÂNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE NA DATA DA CONCESSÃO

Sempre que a construção de um empreendimento se localizar em uma área de proteção ambiental ou quando puder gerar algum dano ao meio ambiente, ainda que não se tenha convicção da ocorrência do dano, deverá a Administração Pública (União, Estado, Município ou seus órgãos da Administração indireta) exigir que o interessado solicite e obtenha a licença ambiental ou, pelo menos, que proceda consulta formal ao órgão competente, tendo em vista o princípio da precaução.

A concessão da licença ambiental exige o preenchimento de todos os requisitos exigidos na legislação, incluindo-se, de acordo com o caso concreto, os estudos de impacto ao meio ambiente de complexidade correspondente à envergadura do empreendimento, nos termos da Lei 6.938/81.

Corriqueiramente constata-se situações em que licenças ambientais foram inadequadamente concedidas. Tais circunstâncias decorrem das mais variadas razões, destacando-se: equívocos na análise requisitos legais; inexistência ou insuficiência na análise dos estudos de impacto ao meio ambiente exigidos; deficiências estruturais dos órgãos licenciadores ou, até mesmo, condutas improbas dos agentes públicos dos entes estatais.

Diante desta conjuntura de licenças ambientais concedidas sem a esmerada obediência dos requisitos legais e técnicos exigidos, seja qual for o motivo, é indiscutível que, em regra, sua concessão não gera direito adquirido ao interessado de construir ou dar prosseguimento ao empreendimento de seu interesse, na hipótese de inovações mais restritivas no ordenamento jurídico.

Fala-se, como regra, porque o caso concreto pode revelar situações extremas em que pode preponderar a estabilidade das relações e a segurança jurídica, diante de eventual consolidação da circunstância por longo lapso temporal. Entretanto, repita-se, esta solução deve ser extremamente excepcional.

Portanto, na esmagadora maioria dos casos, não haverá direito adquirido de construir quando a licença ambiental for concedida sem a esmerada obediência dos requisitos legais e técnicos exigidos pelo ordenamento jurídico.

Tomando como exemplo uma licença de instalação concedida para a construção de parque de geração de energia eólica sem a realização dos estudos de impacto ambiental ou com análise incorreta de tais estudos por parte do órgão administrativo, em qualquer dessas hipóteses, o interessado não poderá alegar suposto direito adquirido, em razão de já ter obtido o aval do ente público.

No âmbito administrativo, a ocorrência de tais circunstâncias pode ter como consequências, desde a necessidade de readaptações do interessado, instrumentalizadas, comumente, por termos de ajustamento de conduta, até a declaração de nulidade da licença e sua cassação.

A respeito do tema, remetemos à doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo⁷, que disserta com maestria acerca da teoria da invalidação dos atos administrativos. Para o renomado autor, anulação, cassação e revogação são formas de extinção dos atos administrativos que não se confundem. A anulação deve ocorrer quando o ato tiver sido editado sem observância das disposições legais. Portanto, uma licença expedida por autoridade incompetente ou a quem não houver demonstrado preencher todos os requisitos legais estará eivada de ilegalidade, devendo ser anulada.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 418.

Já a cassação é uma espécie de penalidade imposta pelo ente administrativo público a quem houver descumprido as condições estabelecidas no ato concessivo. Ressalte-se que, em razão da mora ocasionada pelo interessado, tal cassação não gera para o infrator qualquer direito de indenização.

Exemplificando, imagine-se que o Poder Público expede uma licença ambiental e estabelece como uma das condicionantes a recomposição florestal de determinada área, imposição que é totalmente desobedecida pelo particular. Consequentemente, a licença poderá ser cassada em razão do descumprimento da mencionada condicionante.

Por fim, a revogação da licença, assim como dos demais atos administrativos deverá sempre ser motivada pelo interesse público, segundo os critérios de conveniência e oportunidade. Diferentemente das outras duas formas mencionadas, pode gerar para o administrado direito a indenização pelos prejuízos sofridos, como decorrência do caráter de definitividade da licença.

Em arremate ao exposto, reitera-se que determinadas situações concretas de concessão de licença ambiental podem impossibilitar sua revogação, cassação ou até mesmo sua nulidade, em decorrência dos efeitos ainda mais danosos destes atos, tendo como fundamento a segurança jurídica e a teoria do fato consumado.

2.3 LICENÇA AMBIENTAL ADEQUADAMENTE CONCEDIDA COM POSTERIOR ALTERAÇÃO NORMATIVA AMPLIANDO A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE SEM QUE O INTERESSADO TENHA EDIFICADO A CONSTRUÇÃO

Para se encontrar a adequada solução às duas situações a seguir declinadas, onde a licença ambiental foi concedida sem vícios formais ou materiais, é de fundamental importância o conhecimento acerca da natureza jurídica da licença ambiental, caracterizando-a como autorização ou licença administrativa, e as implicações desta classificação.

Hely Lopes Meirelles⁸ em sua clássica obra de Direito Administrativo, conceitua autorização e licença:

8 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 183.

Autorização é um ato administrativo discricionário e precário pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração, tais como o uso especial de bem público, o porte de arma, o trânsito por determinados locais etc..

Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais, antes vedados ao particular, como p. ex. o exercício de uma profissão, a construção de um edifício em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presunção de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará, por descumprimento do titular na execução da atividade ou por interesse público superveniente, caso em que se impõe a correspondente indenização. A licença não se confunde com a autorização, nem com a admissão, nem com a permissão.

Na doutrina e jurisprudência ainda impera a controvérsia acerca da natureza jurídica da licença ambiental e sua classificação como autorização ou licença administrativa.

A corrente que agasalha a natureza jurídica de autorização, a despeito de ser minoritária, é capitaneada por Paulo Afonso Leme Machado⁹. Fundamentando seu posicionamento, o consagrado autor de Direito Ambiental notabiliza o lapso temporal de duração, onde tal ato vai poder ser reavaliado ao longo do tempo e, na hipótese de renovação, deve ser observada a legislação vigente à época do novo pedido.

Paulo Afonso Leme Machado¹⁰ argumenta, ainda, que o artigo 170, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, utiliza a expressão - autorização, e a Lei 6.938/81, se refere a pedido de renovação de licença (art. 10, parágrafo 1º) e a licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras (art. 9º, IV), dando a entender que a natureza

9 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203.

10 *Ibidem*, p. 203.

jurídica da licença ambiental é de autorização, caso contrário não haveria necessidade de renovação.

Em suma, quem defende a natureza jurídica de autorização justifica tal posicionamento porque ela não é permanente, não gera direito adquirido, tem lapso temporal de duração e a continuidade da atividade está condicionada a uma renovação com base em regras que aparecerão no futuro. Nessa linha de pensamento, será ato discricionário, podendo ser revogada a qualquer momento e estando sujeita a alterações ditadas pelo interesse público de acordo com a conveniência e oportunidade.

Posicionando-se pela natureza jurídica de licença, Paulo de Bessa Antunes¹¹ assevera que os efeitos no decorrer da validade da licença ambiental são efeitos de licença e o lapso temporal pré-estabelecido decorre do princípio da prevenção, característico do Direito Ambiental, ou seja, cuida-se de uma licença com peculiaridades, como o prazo de duração. Assim, enquanto está em vigência seu prazo de duração, existiria direito adquirido a essa atividade da forma que ela foi licenciada.

Sustentam, ainda, os defensores dessa corrente, a exemplo de Daniel Roberto Fink¹² e Hely Lopes Meirelles¹³, que preenchidos os requisitos previstos em lei, a Administração Pública não pode negar a concessão da licença, diante de seu caráter de ato vinculado, resultado de um direito subjetivo do interessado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴ fazendo uma ponderação entre os dois entendimentos assevera que, na realidade, não há atos inteiramente vinculados ou discricionários, mas uma situação de preponderância de maior ou menor liberdade deliberativa do seu agente.

Seguindo esta linha de raciocínio, pode-se concluir que, em verdade, a licença ambiental constitui-se de espécie de ato administrativo que reúne características das duas categorias acima estudadas, constituindo-se em ato com características *sui generis*.

11 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.143.

12 ALONSO, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo; FINK, Daniel Roberto. *Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 245.

13 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 9. ed. p. 175.

14 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p.63.

Por não ter definitividade, sua natureza jurídica fugiria da essência de uma licença e a complexidade ambiental não permitiria que a atividade de concessão da licença se trate de uma simples verificação de cumprimento por parte do empreendedor de requisitos precisos e pré-estabelecidos. Ademais, a licença ambiental não pode ser compreendida como uma autorização, onde a Administração Pública apenas analisaria a conveniência e oportunidade do empreendimento em relação ao meio ambiente.

Feitos estes breves esclarecimentos acerca da natureza jurídica da licença ambiental e retornando a situação hipotética suscitada no início deste tópico, indaga-se: Quais seriam as consequências de alterações normativas que ampliam a proteção ao meio ambiente em relação ao detentor de licença ambiental escorreitamente concedida sob a égide das normas revogadas, considerando que não foi edificado o empreendimento?

Uma situação hipotética pode ilustrar o tema sob retina. Imagine-se que um empresário tenha obtido, no órgão ambiental competente, licença prévia e, sucessivamente, licença de instalação para a construção de um hotel em área de duna fixada por vegetação, tendo em vista a autorização normativa de empreendimentos turísticos nestas áreas. Posteriormente, é editada norma que proíbe qualquer construção nas áreas de dunas fixas, sendo que o mencionado empreendedor não deu início às obras. Pergunta-se: pode o aludido empresário iniciar as obras do empreendimento, por ter suposto direito adquirido à construção, independentemente da alteração normativa mais protetiva ao meio ambiente? Poderia ele obter a renovação da licença de instalação?

A solução para o questionamento passará, inevitavelmente, pela análise da teoria do direito adquirido, tese adotada como fundamento pelos defensores do direito de construir, independente de novel legislação mais restritiva.

De início é necessário lembrar que a proteção ao direito adquirido é prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, *in verbis*: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Em patamar infraconstitucional, seus mandamentos foram delineados, na Lei de Introdução do Código Civil (LICC), atualmente intitulada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 6º:

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

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

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

Tais dispositivos têm seu embrião na irretroatividade da lei, princípio geral de direito, fundamentado na premissa de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Tal postura é consentânea com o princípio da segurança jurídica e do valor de ordem inerente ao direito.

Nessa toada, as leis só poderão surtir efeitos retroativos excepcionalmente, quando a própria lei assim o estabeleça, resguardados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, os institutos do direito adquirido e do ato jurídico perfeito tem, em essência, o escopo da defesa dos direitos subjetivos, frente ao poder do legislador, circunscrevendo os limites dos efeitos da atividade legiferante.

Nas lições de Maria Helena Diniz¹⁵, o direito adquirido é uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, apesar de ainda não consumado, o que torna possível sua exigibilidade na via jurisdicional, se não cumprido pelo obrigado voluntariamente. Assim, seu titular está protegido de futuras mudanças legislativas que regulem a matéria em questão.

Examinando a existência de direito adquirido sob o enfoque dos atos administrativos, deve-se considerar o regime jurídico que rege o ato. Em um ato precário, a exemplo de uma autorização, dotada de discricionariedade e permeada por critérios de conveniência e

15 DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193.

oportunidade do agente administrativo, como regra, inexistente direito de permanência daquela situação pelo particular, não havendo, sequer, direito à indenização se cassado o ato, a exemplo de uma autorização de porte de arma.

Já em relação aos atos vinculados, o agente administrativo atua vinculado aos critérios legais, sem margem de liberdade na escolha dos atos, pois a lei o vincula se presentes tais critérios. Nesses atos se o particular gozar regularmente de determinada vantagem chancelada pela Administração, esta só poderá cassá-lo se sobrevir mudança no interesse público, quer seja por alteração fática, social ou até mesmo política, podendo, de acordo com o caso concreto, ser indenizado o particular, como forma de recompor eventuais prejuízos.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁶ dissertando acerca da invalidação dos atos administrativos assevera que na revogação não se questiona a legalidade do ato, constituindo-se em uma decisão em que se aprecia a oportunidade e a conveniência do ato administrativo, o que é típico dos atos precários. Assim, não é cabível a revogação de atos vinculados, os quais exigem apenas o preenchimento dos requisitos legais, gerando um direito subjetivo.

Acrescenta-se, ainda na seara dos atos administrativos, que inexistente direito adquirido a determinado regime jurídico, a exemplo do que ocorre com as alterações no Estatuto de Servidores Públicos. A incidência da nova lei será imediata, alcançando situações jurídicas não consolidadas na vigência da lei anterior, conseqüentemente, a lei nova incide a partir da sua vigência, sem retroagir, embora seja imediatamente aplicável às referidas situações de trato sucessivo.

Feitas estas breves considerações acerca do direito adquirido, retornaremos à situação hipotética suscitada no início deste tópico.

Enfim, quais seriam as conseqüências de alterações normativas que ampliam a proteção ao meio ambiente em relação ao detentor de licença ambiental devidamente concedida sob a égide de preceitos legais revogados, na hipótese de não ter sido edificado o empreendimento?

16 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p. 138.

Deve prevalecer o entendimento de que a obtenção da licença ambiental na situação em que não se iniciou a construção do empreendimento, *não* constitui direito adquirido do interessado em construir. Ou seja, não obstante tenha obtido licença ambiental, sem vícios, autorizando o início da construção do empreendimento, o fato de não ter iniciado a obra o impede de edificar o empreendimento, na hipótese de estar em desacordo com a *novel* legislação ambiental.

O fundamento para tal conclusão, inevitavelmente, deve tangenciar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, corolários da interpretação mais hodierna sob a óptica neoconstitucionalista. Estribando-se nestes princípios, deve haver uma ponderação entre os direitos consagrados na Lei Maior em aparente conflito, in casu, direito de propriedade, segurança jurídica, função social da propriedade e proteção ao meio ambiente; prevalecendo aqueles valores que se consideram mais relevantes no caso concreto.

Assim, a melhor interpretação das normas constitucionais no caso sob retina é a de que não há direito adquirido de construir do interessado, devendo preponderar o interesse coletivo intergeracional e metaindividual de preservação do meio ambiente sobre o direito de propriedade individual.

Nem mesmo alegações de boa-fé ou desconhecimento da lei por parte do proprietário merecem prosperar. O dever legal de conhecer (artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) e obedecer às regras de Direito Ambiental é obrigação de toda a sociedade, independentemente da intenção do agente, tanto que a responsabilidade pelos danos ambientais é objetiva (artigo 225 Constituição Federal de 1988).

É dever do adquirente de imóvel ou de pretense empreendedor, acautelar-se antes de efetuar alguma intervenção ambiental ou iniciar uma construção, eis que qualquer propriedade deve cumprir sua função social. Caso proceda de modo diverso, estará assumindo o risco de arcar com os prejuízos que causar a si e ao meio ambiente, além de se submeter às sanções impostas, já que ostentava uma mera expectativa de construir, que poderia ou não se efetivar.

De toda sorte, considerando que as licenças ambientais possuem prazo determinado para renovação, o proprietário tem o ônus de revalidar a sua licença junto ao órgão ambiental competente, já em adequação a nova legislação, sempre considerando, de acordo com o caso concreto, eventuais situações já consolidadas.

Assinala-se, ainda, que, na escorreita aplicação do princípio da proporcionalidade, o intérprete, ao proceder a ponderação de normas constitucionais em aparente inconformidade no caso concreto, não deve aniquilar o comando preterido. Assim, solução recomendável para a mencionada situação hipotética seria que o órgão ambiental licenciador notificasse os interessados acerca da necessidade de adequação da licença obtida aos ditames da novel legislação e, no cenário de recusa injustificada do cumprimento das normas, só então, procedesse a invalidação da licença anteriormente concedida.

Exsurge neste momento a importância dos aspectos há pouco discutidos acerca da natureza jurídica da licença ambiental e do instituto do direito adquirido.

Maria Helena Diniz¹⁷, em sua clássica obra sobre a Lei de Introdução ao Código Civil, afirma que, configurado direito adquirido, tal direito já se encontra incorporado ao patrimônio jurídico do titular, a despeito de não ter sido exercitado, o que lhe preserva seus direitos mesmo que surja nova lei contrária a seus interesses. Assim, a fim de aferir se há direito adquirido deve-se responder a duas questões: esse direito integra o patrimônio de seu proprietário? Esse direito pode ser alterado ao arbítrio de outrem?

Caso se entenda que a licença ambiental ostenta natureza jurídica de ato exclusivamente vinculado, a resposta inicial é sim, de que a mesma integra o patrimônio do proprietário. Entretanto, a resposta ao segundo questionamento é negativa, eis que, até mesmo, quem se filia ao caráter vinculado da licença ambiental não nega a possibilidade de sua revogação administrativa. Seguindo este raciocínio, se a revogação é cabível, igualmente a licença concedida não fica imune às eventuais alterações legislativas posteriores.

Concluindo o silogismo, na hipótese de emissão da licença ambiental, sem que seja edificada a construção, o direito de construir pode ser alterado ao arbítrio de outrem, conseqüentemente, não está preenchido um dos requisitos para se admitir o direito adquirido, ou seja, a simples concessão da licença ambiental gera, tão somente, uma expectativa de direito.

17 DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 193.

Apesar das decisões dos tribunais serem escassas, a jurisprudência, na sua grande maioria, coaduna com o exposto:

[...] As restrições urbanísticas legais constituem limitações de ordem pública e ninguém adquire direito contra o interesse público [...] (Apelação Cível n.210.760, da 3ª Câmara Civil do 1º TAC-SP, de 6-8-1975).

[...] Nem há qualquer lesão a direito adquirido, em se aplicando de pronto a *lex nova*. É que as normas administrativas, de direito público, como pondera Pontes de Miranda, “não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito, que se reconhece, é normal, o efeito do presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo, que é anormal” (Comentários à Constituição Federal de 1967, v. V, ed. 1968, p. 91 e 92). Mais adiante acentua que não são retroativas, mas também incidem desde logo ‘as leis que exigem autorização administrativa para certo fato ou ato, bem como as que a dispensam, ou modificam, as leis de direito público relativas à propriedade e ao seu exercício (construções perigosas, higiene, medidas necessárias à defesa nacional, servidões públicas)’ (ob. e vol. citados, p. 93-94 (Apelação Cível n. 242.007, da 4ª Câmara Civil do TJ-SP, de 22-5-1975).

Ação Cível Pública – Danos ao Meio Ambiente – Extração de granito em área tombada – Violação ao Código Florestal, à Lei 6.938/81 e ao art.225 da CR – Alegação de Direito Adquirido devido à titularidade da lavra – Norma de ordem pública – Proibição Mantida – RNP. Não há, como se sabe, direito adquirido contra norma de ordem pública, mormente a constitucional.

Assim, uma coisa é entender que uma norma de direito ambiental sempre e em qualquer situação prevalece sobre o direito adquirido. Outra coisa é entender que a não ocorrência de uma hipótese de direito adquirido permite a sobreposição as normas de direito ambiental sobre o interesse particular, ainda mais quando esse interesse individual não é amparado por lei. Portanto, não vemos até aqui, nas hipóteses tratadas, uma sobreposição do direito ambiental sobre o direito adquirido.

Ao contrário, vemos que não há situação que permita o reconhecimento do direito adquirido. Em virtude disso, deverá o particular sujeitar-se às normas de direito ambiental, pois a lei tem caráter coercitivo, devendo ser obedecida por todos. Jamais poderá o particular pretender que

seu interesse individual se sobreponha à lei, alegando que a norma é injusta, sob o seu ponto de visto. Do contrário, não teremos um estado democrático de direito, mas um estado anárquico. (Recurso Apelação Civil n. 178.905, origem: Ubatuba, Relator Urbano Ruiz, 28-9-1993).

LOTEAMENTO APROVADO E REGISTRADO - obtenção de várias autorizações para desmatamento na área do empreendimento -posterior negativa para novo desmatamento - área situada em local de preservação permanente - alegado direito adquirido ao desmatamento - descabimento - prevalência do interesse público e imediata aplicação da legislação protetora do meio ambiente.

No caso, a impetrante aprovou e registrou o loteamento no ano de 1978 e, pela lógica, já deveria tê-lo implantado. Se demorou tanto tempo, é natural que se sujeite às novas leis sobre o assunto, não havendo que se falar em aproveitamento das antigas aprovações sobre questões urbanísticas e de proteção ao meio ambiente.

Anote-se, ainda, que não é fora de propósito a aplicação de disposições da Lei 6.766, de 1979, no que couber, aos loteamentos ainda não implantados e aprovados ao tempo da legislação revogada. Com efeito, 'aplica-se também ao caso de loteamento registrado sob a égide da lei antiga, mas cujas obras de infraestrutura urbana, a cargo do loteador, não se tenham iniciado ou se encontram ainda em execução' (Loteamentos e desmembramentos urbanos- Toshio Mukai e outros - 2.ed.- Sugestões Literárias -p. 294).

Frise-se, por fim, que o interesse de poucos, ainda que relevante, não pode sobrepor-se ao de toda uma coletividade, principalmente em tempos como os atuais, quando qualquer tentativa de preservar os recursos naturais deve ser defendida e incentivada por todos os meios possíveis. Dessa forma, enquanto o proprietário não obtiver a licença ambiental exigível ele ficará sujeito às mudanças legislativas, pois se desmatar para construir ou seder início à construção em área ambientalmente protegida estará praticando um ato atentatório ao meio ambiente. A lei aplicável, por constituir um ato ilegal, deverá ser da época da prática do ato que causou o dano ambiental, ainda que outra tenha sido a data da aprovação do loteamento, da aquisição do imóvel ou da emissão da licença para construir. Aplicável aqui o aforismo do *tempus regit actum* (Apelação Cível n. 147.488-1/2 - São Paulo 4ª Câmara Civil - TJ-SP Apelante: Hidro Volt - Engenharia e Construções Ltda. - Apelados: Diretor da Divisão de Proteção de Recursos Naturais

– DPRN – Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de S. Paulo Rel. Lobo Júnior – j.12-9-91. 5 Relator Lobo Júnior).

A decisão mais clássica acerca do tema no Supremo Tribunal Federal é da lavra do Ministro Sydney Sanches e, a despeito de já transcorridas mais de duas décadas, também acompanha o mesmo entendimento:

Processo:	AI-AgR 121798 RJ
Relator(a):	SYDNEY SANCHES
Julgamento:	04/03/1988
Órgão Julgador:	PRIMEIRA TURMA
Publicação:	DJ 08-04-1988 PP-07483 EMENT VOL-01496-06 PP-01158

Ementa

- DIREITO DE CONSTRUIR. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A CONSTRUÇÃO, PORQUE SEQUER INICIADA, QUANDO SOBREVEIO LEI NOVA, DE ORDEM PÚBLICA, QUE A IMPEDIU. PRECEDENTES. R.E. INDEFERIDO. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR NO S.T.F. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

Resumo Estruturado

PREFEITURA MUNICIPAL, (RJ), REVOGAÇÃO, LEI MUNICIPAL, CANCELAMENTO, ALVARA, CONSTRUÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO, INTERESSE PÚBLICO, INEXISTÊNCIA, OFENSA, DIREITO DE CONSTRUIR, SUPERVENIENCIA, LEI NOVA, INOCORRENCIA, INICIO, CONSTRUÇÃO. DESPROVIMENTO, AGRAVO REGIMENTAL, DESPACHO, RELATOR, AGRAVO DE INSTRUMENTO, INDEFERIMENTO, PROCESSAMENTO, EXTRAORDINÁRIO, DEFICIÊNCIA, FUNDAMENTAÇÃO, FALTA, PRE QUESTIONAMENTO, MATÉRIA CONSTITUCIONAL. PC0299, RECURSO EXTRAORDINÁRIO ,CÍVEL, PREQUESTIONAMENTO

Referências Legislativas

LEG-FED EMC-000001 ANO-1969 ART-00153 PAR-00003 ART-00153 PAR-00021 ART-00153 PAR-00022

Observações

VOTAÇÃO: UNÂNIME. RESULTADO: IMPROVIDO. VEJA RE-85002, RTJ-79/1016. REC15PP. ANO: 1988 AUD:08-04-1988

Questão que pode gerar severas críticas ao entendimento acima esposado diz respeito aos prejuízos suportados, em decorrência da revogação ou anulação da licença anteriormente concedida. De fato, mesmo sem ter iniciado a construção anteriormente licenciada, é corriqueiro que o interessado já tenha dispendido vultosos recursos para planejar, projetar a construção e realizar os estudos ambientais do empreendimento.

Nesta senda, o caso concreto pode revelar situação desproporcional em que o interesse particular não pode ser simplesmente desconsiderado, consagrando-se típica situação em que é oportuna uma ponderação entre os direitos em aparente conflito, como, há pouco, já prenunciado.

Nesse velejar, a despeito da preponderância da preservação ao meio ambiente, na situação em comento, o direito de propriedade não deve ser simplesmente desprezado e eventual prejudicado pode requerer indenização ao Poder Público pelos prejuízos suportados, o que, em regra, só é conseguido por intermédio do Poder Judiciário.

Noutro giro, salienta-se que eventual direito de indenização do particular pelos danos sofridos não confere ao interessado o status de ter obtido um direito adquirido, e, muito menos, afasta o entendimento jurisprudencial acima delineado.

Acerca do tema, os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002 vaticinam as hipóteses de obrigação de indenizar o dano. Especificamente, em relação à responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público, nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se exige a comprovação de conduta culposa, em face de sua natureza objetiva.

Assim, independentemente das divergências acerca da natureza da licença ambiental ser ato discricionário ou vinculado, definitivo ou precário, a obrigação de indenizar da Administração Pública não nasce da natureza

do ato administrativo em si, mas do dano que este ato administrativo provocou a terceiros.

Ao operador do direito, o mais importante para se avaliar a possibilidade de indenização é a criteriosa análise do caso concreto, utilizando como norte os princípios da proporcionalidade e razoabilidade em conjunto com os fundamentos jurídicos das pretensões indenizatórias.

Exemplificando, imagine-se que determinado empreendimento teve licença ambiental de instalação concedida há mais de dez anos, com sucessivas renovações e, diante de interesse meramente especulativo, o interessado não tenha iniciado qualquer construção, sobrevivendo alteração das normas ambientais que tornaram a licença em desacordo com o ordenamento jurídico. Na hipótese em comento, em análise perfunctória, não se vislumbra qualquer direito a indenização em favor do proprietário, destacadamente, considerando o fato do imóvel não cumprir sua função social.

Em síntese conclusiva, toda vez que a Administração Pública provocar dano estará obrigada a ressarcir-lo, independentemente de dolo ou de culpa, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Entretanto para aferir eventual indenização decorrente das consequências de alterações normativas da legislação ambiental, deve ser analisado o caso concreto, diante do interesse em questão a ser protegido, a proteção meio ambiente, e sempre considerando o cumprimento da função social da propriedade por parte do empreendedor.

2.4 LICENÇA AMBIENTAL ADEQUADAMENTE CONCEDIDA COM ALTERAÇÃO NORMATIVA AMPLIANDO A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE COM O INTERESSADO JÁ TENDO EDIFICADO A CONSTRUÇÃO

Em continuidade ao tema proposto, uma terceira hipótese merece considerações. Desta feita, a alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente ocorrera quando o interessado, munido de licença ambiental devidamente concedida, já teve edificado ou iniciado a construção no imóvel.

Nesta conjuntura, teria o proprietário direito adquirido de construir? Esse direito já integra o seu patrimônio?

Diante destas circunstâncias, como regra, se o proprietário ergueu sua construção quando inexistia qualquer restrição ambiental, terá ele direito adquirido de manter o bem, mesmo que sobrevenham alterações normativas mais restritivas. Por analogia, a resposta para a questão segue o mesmo raciocínio das construções antigas, nas chamadas “áreas urbanas consolidadas”, edificadas antes de qualquer exigência legal de preservação do meio ambiente.

Evidencia-se que este entendimento não desacata a proteção constitucional do meio ambiente e o cumprimento da função social da propriedade, pois eventuais modificações da legislação ambiental não serão simplesmente desprezadas pelo proprietário.

Nessa toada, considerando que na situação aventada já houve, pelo menos, o início da construção, pode haver necessidade da renovação da licença de instalação ou da licença de operação, seja para dar continuidade ou ampliar sua construção. Nestas situações, é exigível adequar o empreendimento a novel legislação (criação de área de preservação permanente, por exemplo), contanto que não se inviabilize a obra. Caso isto ocorra, deverá o ente público desapropriar a área e indenizar o seu proprietário.

Por outro lado, deve-se ater às peculiaridades do caso concreto, para que o interessado não se utilize do argumento de ostentar direito adquirido para ampliar sua construção de modo que, em verdade, edifique novo empreendimento bem diferente do inicialmente licenciado, objetivando, tão somente, burlar as normas ambientais.

Em suma, em se tratando de aparente conflito de normas de status constitucional (proteção ao meio ambiente, direito de propriedade, direito adquirido, etc.) a interpretação mais recomendada deve considerar o caso concreto, ponderando esses valores, a fim de evitar o desvirtuamento dos interesses protegidos em nossa Carta Magna.

Ademais, na hipótese aventada, embora tenha direito de dar continuidade a seu empreendimento, o proprietário não está imune às novas regras de Direito Ambiental, pois, utilizando-se das lições de Paulo Affonso Leme Machado¹⁸, “Não há direito adquirido de poluir”.

18 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 203.

Entretanto, como já prenunciado há pouco, pode haver situações em que a preservação do direito de quem construiu e a preservação do meio ambiente tornam-se completamente incompatíveis, destacadamente quando, a despeito da construção já ter se iniciado e estar em conformidade com a legislação revogada, o dano ao meio ambiente é considerável e de consequências muito gravosas. Nestas situações, com o desiderato de não aniquilar os direitos em aparente conflito, o Poder Público pode ter que desapropriar o imóvel, por exemplo, para efetivar uma área de proteção integral, nos termos do artigo 8º da lei 9985 de 2000.

Ressalte-se que eventual ressarcimento ao particular exige ausência de qualquer situação de ilegalidade ou fraude no licenciamento, pois, do contrário, não subsiste direito adquirido, nem mesmo sob a justificativa de falta de fiscalização.

Alguns exemplos podem elucidar o exposto.

Imagine-se que um particular ergue uma casa sem licença ambiental, dentro de uma unidade de conservação. Se a construção for edificada antes da criação da unidade, tem ele direito adquirido a permanecer no local, a não ser que a construção esteja em total incompatibilidade com a unidade de conservação, com severa agressão ao meio ambiente. Neste caso, pode restar, como única alternativa, a desapropriação do bem pelo Estado, com eventual indenização pelos prejuízos, tendo em vista suposta situação de direito adquirido.

Uma segunda experiência também é paradigmática.

Até a edição da Lei 4771/65, quando não havia a expressa vedação a construções às margens de rios, nos moldes atuais, muitas casas eram erguidas nestas regiões.

Com o advento do Código Florestal, em 1965, como regra, foram proibidas edificações nestas adjacências, que foram consideradas área de preservação permanente, exigindo a preservação de uma faixa mínima de cinco metros das margens ribeirinhas, graduada de acordo com a largura do curso d'água, ressaltando-se, porém, o direito adquirido de quem até aquela data havia construído no local.

Ocorre que a Lei n. 7.803, de 18 de julho de 1989, alterou a redação da alínea a do artigo 2º do Código Florestal, passando a exigir, no mínimo,

uma faixa de área de proteção permanente, às margens de curso d'água, de trinta metros. Vejamos as redações original e alterada do diploma legal mencionado, glosadas em razão da revogação de ambas:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

- a) ~~ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será: 1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; 2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distancia entre as margens; 3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros: 1. de 30 (trinta) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 2. de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 3. de 100 (cem) metros para os cursos d'água que meçam entre 50 (cinquenta) e 100 (cem) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.511, de 1986) 4. de 150 (cento e cinquenta) metros para os cursos d'água que possuam entre 100 (cem) e 200 (duzentos) metros de largura; igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 (duzentos) metros; (Incluído dada pela Lei nº 7.511, de 1986)~~
- b) ~~ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;~~
- c) ~~nas nascentes, mesmo nos chamados "olhos d'água", seja qual for a sua situação topográfica;~~
- d) ~~no topo de morros, montes, montanhas e serras;~~
- e) ~~nas encostas ou partes destas, com declividade superior a 45°, equivalente a 100% na linha de maior declive;~~
- f) ~~nas restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;~~
- g) ~~nas bordas dos tabuleiros ou chapadas;~~
- h) ~~em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, nos campos naturais ou artificiais, as florestas nativas e as vegetações campestres.~~

a) ao longo dos rios ou de qualquer curso d'água desde o seu nível mais alto em faixa marginal cuja largura mínima será: (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

1 - de 30 (trinta) metros para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

2 - de 50 (cinquenta) metros para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

3 - de 100 (cem) metros para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

4 - de 200 (duzentos) metros para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

5 - de 500 (quinhentos) metros para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros; (Incluído pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

b) ao redor das lagoas, lagos ou reservatórios d'água naturais ou artificiais;

c) nas nascentes, ainda que intermitentes e nos chamados "olhos d'água", qualquer que seja a sua situação topográfica, num raio mínimo de 50 (cinquenta) metros de largura; (Redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989)

Nesse panorama, supondo que, no ano de 1987, um particular tenha comprado um terreno e construído uma casa numa faixa de vinte metros da margem de um rio cuja largura fosse de menos de dez metros e, considerando que houve a alteração da faixa marginal para trinta metros como área de preservação permanente (art. 2º, a, item 1, do Código Florestal com redação dada pela Lei nº 7.803 de 18.7.1989), haveria direito adquirido a permanecer no local ?

Seguindo o entendimento acima delineado, a propriedade do particular deve ser preservada, eis que a construção já estava erguida ou tinha se iniciado antes da alteração normativa. Caso o ente estatal

entendesse que o imóvel deveria ser demolido, obedecendo aos novos limites, poderia fazê-lo, mediante justa indenização, provavelmente desapropriando o bem do particular, que perderia ou diminuiria consideravelmente seu valor econômico.

Historicamente, como já mencionado, situações semelhantes ocorreram em grande número nas chamadas “áreas urbanas consolidadas”, onde, mesmo inseridas em regiões transformadas em áreas de preservação ambiental foram mantidas as construções, sobressaindo o direito de propriedade dos particulares e a segurança jurídica.

Em arremate ao exposto e considerando as conclusões a que chegamos neste estudo, resta aos entes públicos e privados definir o que seria o início da construção, diante dos efeitos deste divisor de águas. Bastaria que se erguesse um muro, iniciasse uma fundação ou seria necessário que efetivamente fosse edificado o empreendimento? Tal situação merece maiores reflexões para que não se desvirtuem os institutos já analisados, conferindo a devida efetividade às normas e princípios constitucionais relacionados ao tema.

3 CONCLUSÃO

Tendo em vista a competência concorrente conferida pela Carta Magna de 1988, a edição de inúmeras espécies normativas, materializadas em leis, portarias, resoluções dos Conselhos do Meio Ambiente; vêm ampliando as medidas protetivas ao meio ambiente no plano legislativo.

Este fato tem multiplicado a litigiosidade entre entes estatais e particulares, gerando embates entre a proteção ao meio ambiente e o direito de propriedade e seus desdobramentos, como o direito de construir, via de regra, sob o fundamento de defesa do direito adquirido.

Situação que merece criteriosas ponderações ocorre quando, após a concessão de licença ambiental, sobrevém alteração normativa mais restritiva ao direito de construir, onde se pode distinguir três situações que têm consequências diversas, são elas: licença ambiental concedida sem cumprimento da legislação ambiental; licença ambiental adequadamente concedida, com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente, sem que o interessado tenha edificado a construção; e, por fim, licença ambiental adequadamente concedida,

com alteração normativa ampliando a proteção ao meio ambiente, com o interessado já tendo edificado a construção.

Nestas situações, para se chegar à solução mais harmoniosa com nosso ordenamento jurídico, deve-se conferir a justa ponderação dos direitos em aparente conflito, primando pelo valor que deve prevalecer no caso concreto: proteção ao meio ambiente, direito de propriedade ou segurança jurídica. Em apertada síntese, sobrevivendo normas de direito ambiental mais protetivas em relação ao regramento anterior, somente haverá direito adquirido do detentor de licença ambiental devidamente concedida, nas hipóteses em que já se iniciou ou concluiu sua construção.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Hamilton; DAWALIBI, Marcelo; FINK, Daniel Roberto.

Aspectos Jurídicos do Licenciamento Ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

_____. *Código Civil*. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

_____. *Lei nº 4771, de 15 de setembro de 1965*. Institui o Código Florestal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L4771.htm>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. *Lei 6.938/81, de 31 de agosto de 1981*. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 29 out. 2014.

_____. *Lei nº 9985 de 18 de julho de 2000*. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm>. Acesso em: 22 nov. 2014

_____. *Jurisprudência*. Apelação Cível n.210.760, da 3ª Câmara Civil do 1º TAC-SP, de 6-8-1975.

_____. *Jurisprudência*. Recurso Apelação Civil n. 178.905, origem: Ubatuba, Relator Urbano Ruiz, 28-9-1993.

_____. *Jurisprudência*. Apelação Cível n. 147.488-1/2 – São Paulo 4ª Câmara Civil – TJ-SP Apelante: Hidro Volt – Engenharia e Construções Ltda. – Apelados: Diretor da Divisão de Proteção de Recursos Naturais – DPRN – Secretaria de Agricultura e Abastecimento do Estado de S. Paulo Rel. Lobo Júnior – j.12-9-91. 5 Relator Lobo Júnior.

_____. *Jurisprudência*. Processo: AI-AgR 121798 RJ. Relator (a): SYDNEY SANCHES. Julgamento: 04/03/1988. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Publicação: DJ 08-04-1988 PP-07483 EMENT VOL-01496-06 PP-01158.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DINIZ, Maria Helena, *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 477.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SANTANA, Fábio Henrique Santos de. O Direito de Propriedade. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS - Universidade de Salvador*. v.03, Porto Alegre: Síntese, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito que se fizerem necessários, que o presente artigo é de minha autoria e que isento completamente a Escola da AGU de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias aqui expressas.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Santo Ângelo/RS, 27 de novembro de 2014.

PAULO HENRIQUE CARNEIRO FONTENELE

RECEBIDO EM:07/01/2015
APROVADO EM: 27/04/2015

A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE PELA ADVOCACIA PÚBLICA

PROTECTING THE ENVIRONMENT BY THE PUBLIC ADVOCACY

Thiago Emmanuel Chaves de Lima¹

Procurador Federal

Mestrando em Direito Ambiental – UNISANTOS

Especialista em Direito Público - UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Estado e a defesa do meio ambiente; 2 A Advocacia Pública no Brasil; 3 A defesa do meio ambiente pela Advocacia Pública; 4 Conclusão; Referências.

1 thiago.c.lima@agu.gov.br

RESUMO: Ao conferir natureza pública à proteção ambiental, o Direito Ambiental coloca os Estados na posição central da proteção ao meio ambiente, o que fez com que praticamente todos os Tratados Internacionais e Cartas Nacionais estabelecessem os entes estatais como os principais responsáveis pelas medidas necessárias à conservação do meio ambiente. No caso do Brasil, o *caput* da CF/88, ao passo que reconhece a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, coloca o Poder Público, que engloba os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da administração direta ou indireta, nos níveis federal, estadual, distrital ou municipal, como principal responsável pela defesa e preservação do meio ambiente. Com efeito, a partir da Constituição Federal de 1988, a defesa do Estado deixou de ser feita no âmbito judicial pelo Ministério Público e passou a ser feita pela chamada Advocacia Pública, que concentra desde então, além dessa atribuição, a de prestar consultoria e assessoramento jurídico à Administração Pública. Nesse contexto, exerce a Advocacia Pública um relevante papel na proteção do meio ambiente, através da prestação de consultoria e assessoramento jurídico em matéria de legislação ambiental junto à União, aos Estados, ao DF, aos Municípios, e às respectivas autarquias e fundações, bem como por meio da cobrança judicial das multas aplicadas pelas entidades fiscalizadoras integrantes do SISNAMA, além da promoção de ações civis públicas em matéria ambiental na qualidade de representante judicial dessas mesmas entidades, em ações populares, desapropriações e mandados de segurança, sempre na defesa desses interesses tidos por transindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Estatal Ambiental. Tutela Judicial do Meio Ambiente. Advocacia Pública e Meio Ambiente. Responsabilidade Administrativa Ambiental. Ação Civil Pública Ambiental.

ABSTRACT: By giving public nature of environmental protection, environmental law puts states in the central position of environmental protection, which meant that virtually all International Treaties and National Letters United put them as the main responsible for the measures necessary for the conservation of the environment. In the case of Brazil, the article 225 of Federal Constitution by 88, while recognizing the right of everyone to an ecologically balanced environment, puts the government, which includes the Executive, Legislative and Judicial branches, direct or indirect administration at the federal level, state, county or municipality, as primarily responsible for the defense and preservation of the environment. Indeed, from the 1988 Federal Constitution, the State defense stopped being made in the judicial context by prosecutors and went on to be called the Public Advocacy,

which concentrates since beyond this allocation , to provide consulting and advisory services legal to Public Administration . In this context , the Public Advocacy plays an important role in protecting the environment by providing legal advice and consultancy on environmental legislation with the Union , the States, the Federal District , the municipalities, and their agencies and foundations , as well as through the judicial recovery of fines imposed by supervisory authorities SISNAMA members, as well as promoting public civil actions on environmental issues as judicial representative of those entities , in class actions , and expropriations injunctions , always in defense of those interests taken by beyond individual.

KEYWORDS: State Environmental Responsibility. Judicial Protection of The Environment. Public Advocacy and the Environment. Environmental Administrative Responsibility. Environmental Public Civil Action.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, conceituou meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Em que pese esse dispositivo legal ter pecado ao não fazer referência, a princípio, ao meio ambiente artificial, o meio ambiente cultural e o meio ambiente do trabalho, ela deixou claro a importância do meio ambiente para a “vida em todas as suas formas”.

A Constituição Federal de 1988, agregando os mesmos preceitos já traçados pela lei da PNMA, estabeleceu, no art. 225, que “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”.

Do dispositivo constitucional acima se extraem vários princípios, sendo o primeiro e mais importante o de que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de “todos”, devendo ser entendida essa expressão “todos” da maneira mais ampla possível, de modo a incluir tanto os particulares, pessoas físicas e jurídicas, como o próprio Estado, além daqueles que sequer nasceram ainda.

Além disso, extrai-se do *caput* do art. 225 os princípios da natureza pública da proteção ambiental e da obrigatoriedade da atuação estatal, que

colocam o Estado como principal responsável pela defesa e conservação do meio ambiente, ao passo que a expressão “Poder Público” é utilizada para identificar o Estado em seu sentido mais abrangente, englobando os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, da administração direta ou indireta, nos níveis federal, estadual, distrital ou municipal².

Entres as diversas formas que o Estado atua na consecução desses preceitos constitucionais, estão aquelas que contam com a participação da Advocacia Pública, função essencial à justiça responsável por representar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, judicial e extrajudicialmente.

Daí a que se propõe o presente trabalho a analisar a proteção do meio ambiente pela Advocacia Pública, a partir do estudo do regime jurídico de direito público de proteção do meio ambiente e da responsabilidade do Estado por essa proteção, discorrendo sobre o surgimento da Advocacia Pública como função essencial à justiça e sua atuação da defesa do interesse público ambiental, no âmbito judicial e extrajudicial.

1 O ESTADO E A DEFESA DO MEIO AMBIENTE

1.1 MUDANÇA DE PARADIGMA QUANTO À PROTEÇÃO AMBIENTAL

Até meados do Século XX, não havia uma preocupação com a preservação ambiental, pelo contrário, imperava, especialmente após da Revolução Industrial (Século XIX), o uso indiscriminado dos recursos naturais, principalmente os considerados fontes de energia, como petróleo, madeira e carvão, sob a premissa de que estes seriam inesgotáveis, de modo que a preservação do meio ambiente não poderia ser obstáculo para o crescimento econômico.

Com o desenvolvimento industrial também houve um maior crescimento da população urbana, fruto especialmente da saída dos indivíduos do campo para as cidades em busca de empregos nas indústrias. Disso resultou uma necessidade de maior produção de alimentos, o que levou à expansão da fronteira agrícola, com a derrubada das florestas nativas, para o plantio de monoculturas como trigo, o milho e a soja, e a consequente perda de serviços ambientais indispensáveis à manutenção dos ecossistemas.

2 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF*. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (coordenadores). *Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

Além disso, a caça e pesca indiscriminada, realizadas principalmente por países como Japão e Coréia, acabaram destruindo parte da vida marinha, que também já era sacrificada pela poluição ocasionada pelo derramamento de petróleo no mar, em virtude de frequentes acidentes com navios petroleiros³.

Como se não bastasse, o crescimento econômico trouxe consigo, além da mortandade direta de plantas e animais, a formação de resíduos não utilizados no processo industrial descartados sem qualquer tratamento no ar, no solo e nas águas, o que ocasionou, entre outros problemas, a destruição da camada de ozônio pelo gás cloro-fluor-carbono (CFC), usado nos sistemas de refrigeração de aparelhos como ar-condicionado e geladeiras; o aumento da presença de gases na atmosfera como o metano e o óxido nitroso, responsáveis pelo chamado “efeito estufa” maléfico⁴; a contaminação do solo, tornando-o impróprio para o plantio; e a poluição das águas tornado-as impróprias para o consumo.

Diante desse quadro, em que o modelo antropocentrismo utilitarista até então vigente, apoiado pelos próprios Estados nacionais que buscavam o crescimento econômico a qualquer custo, estava levando à destruição do meio ambiente, com consequências diretas para a sobrevivência e bem-estar dos seres humanos, os povos do mundo reconheceram a importância da preservação do meio ambiente para a própria vida humana na Terra, o que levou a uma mudança da postura até então adotada pelos Estados, com o reconhecimento de que seria necessária a implementação, por todos os países, sejam industrializados ou não, de uma série de medidas destinadas à proteção ambiental, especialmente por meio de uma construção legislativa que estabelecesse para o Estado e para a coletividade a responsabilidade pela conservação do meio ambiente.

1.2 O PRINCÍPIO DA NATUREZA PÚBLICA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

Conforme visto acima, a crise ambiental proveniente de uma sociedade industrial voltada, exclusivamente, para o crescimento econômico

3 A esse respeito, ver: <http://www.cetesb.sp.gov.br/emergencia/acidentes/2_Principais%20acidentes%20internacionais.pdf>. Consulta em: 12 nov. 2014.

4 O efeito estufa é, a princípio, um fenômeno natural e necessário para a vida, uma vez que corresponde à formação de uma “capa protetora”, transparente, que permite a passagem de raios solares, mas retém considerável parcela da radiação refletida pela superfície terrestre, impedindo sua dispersão e o consequente resfriamento do planeta, em decorrência da retenção do calor, exercendo função vital para a existência da vida no planeta. Porém, o aumento da concentração dos gases formadores dessa camada protetora de forma artificial, como fruto dos gases emitidos pela queima especialmente do carbono combustível, acaba elevando a temperatura média da Terra, resultando no derretimento das calotas polares, com aumento dos oceanos e problemas com a produção agrícola. Cf. TOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2 ed. Salvador, 2012. p. 34-34.

trouxe uma preocupação mundial em torno da necessidade de participação efetiva Estatal na proteção do meio ambiente. Essa participação se deu, especialmente, através de sua intervenção na ordem econômica, cujos propósitos se destinavam à promoção da conciliação entre o crescimento econômico e a preservação ambiental, o que passa, necessariamente, pelo desenvolvimento social, uma vez que a pobreza é considerada tanto causa como consequência dos problemas ambientais atuais.

Dessa conciliação entre o crescimento econômico, o desenvolvimento social e a preservação ambiental é que surge o chamado desenvolvimento sustentável, ou sustentabilidade socioambiental⁵. Assim, do interesse geral na proteção ambiental, que passou a ser considerada direito fundamental do indivíduo e da coletividade, foram surgindo construções jurídico-constitucionais que têm como finalidade a garantia ao indivíduo e à comunidade de desfrutarem do chamado *bem-estar ambiental*, ou seja, “de uma vida saudável com qualidade ambiental, o que se apresenta como indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa e ao desenvolvimento humano no seu conjunto”⁶.

Com efeito, a Declaração de Estocolmo de 1972 trouxe o princípio de que “os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento”⁷.

Nesse mesmo sentido, o art. 225, da Constituição Federal/88, estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Para Édis Milaré⁸, isso significa “o reconhecimento de que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não resulta em nenhuma prerrogativa privada, mas apenas na fruição em comum e solidária do mesmo ambiente com todos os seus bens”.

5 A expressão desenvolvimento sustentável foi apresentada pela primeira vez no Relatório Nosso Futuro Comum (ou Relatório Brundtland), datado de 1987, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

6 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andreas J...(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 12.

7 Princípio 2.

8 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 159

Assim, sendo os bens ambientais as bases naturais da vida, estes acabam transformando-se em bens da comunidade, “cuja preservação e futura possibilidade de aproveitamento é de interesse (inclusive existencial) de todos os indivíduos pertencentes à comunidade”⁹.

Dessa forma, a partir da premissa de que o bem ambiental é de uso comum de todos, e, por conta disso, ainda que possa pertencer a uma pessoa individualmente considerada, seu uso ou consumo deve levar em conta a função ambiental da propriedade, bem como a partir do reconhecimento da essencialidade do equilíbrio ambiental para as presentes e futuras gerações, surge a necessidade de se conferir natureza pública à proteção ambiental.

1.3 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL

Ao conferir natureza pública à proteção ambiental, o Direito Ambiental¹⁰ coloca os Estados na posição central da proteção ao meio ambiente, o que fez com que praticamente todos os Tratados Internacionais e Cartas Nacionais colocassem os Estados como os principais responsáveis pela implementação das medidas necessárias à conservação do meio ambiente.

De acordo com a Declaração de Estocolmo de 1972 “deve-se confiar às instituições nacionais competentes a tarefa de planejar, administrar ou controlar a utilização dos recursos ambientais dos estados, com o fim de melhorar a qualidade do meio ambiente”¹¹.

Já o Princípio 11 da Declaração do Rio de Janeiro/1992 estabelece que “os Estados deverão promulgar leis eficazes sobre o meio ambiente”.

A Constituição Federal de 1988, seguindo nessa mesma linha, traz, no art. 225, a imposição ao Poder Público e à coletividade do dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações, estabelecendo, no §1º que, para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público:

9 KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva jurídica, IN: KRELL, Andreas J..(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

10 Para Herman Benjamin, o surgimento do Direito Ambiental está vinculado, exatamente, às dificuldades do Estado (e dos cidadãos de um modo geral) de enfrentar uma nova e complexa situação posta no seio da sociedade industrial, que é a degradação ambiental. “Função Ambiental”. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 15.

11 Princípio 17

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- 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;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Para Herman Benjamim¹², o objetivo do art. 225, § 1º, é um só:

Por meio de “cláusulas vinculativas da ação do Poder Público”, pretende-se retirar o Estado, pela força do destaque e da clareza das obrigações afirmativas estatuídas da atmosfera de *laissez-faire* ambiental a que estava acostumado, exigindo, além disso, uma atuação positiva pró-ambiente, de sorte a expurgá-lo da conhecida dormência, que parece ser sua vocação natural, quando confrontado com fenômenos massificados, complexos e de alta conflituosidade.

12 BENJAMIM, Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: *Direito Constitucional Brasileiro*. Org.: Canotilho, J.J.G. e LEITE, J.R.M. SP: Saraiva, 2008. p. 116

Por sua vez, ao tratar da intervenção do Estado na ordem econômica (art. 174), a Constituição Federal coloca sobre o Estado, agora como agente normativo e regulador da economia, as atribuições de fiscalizar, incentivar e planejar, as quais devem ser exercidas em sintonia com os princípios de proteção ambiental previstos dentro e fora da constituição, tendo em conta que, entre os princípios Constitucionais da Ordem econômica figuram o da função social da propriedade, o defesa do consumidor e o da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação¹³.

Dos dispositivos acima se observa claramente o predomínio da imposição ao Estado de metas de proteção do meio ambiente, sob o fundamento de que a ele cabe assegurar o bem comum, por meio da criação de uma legislação ambiental ampla e eficaz, bem como do implemento de ações administrativas voltadas para efetiva proteção ambiental, exercendo o papel de liderança que a ele é resevado, uma vez que detém o monopólio do poder.

Dessa forma, se por um lado cabe ao Estado o dever de se abster de praticar atos degradadores da qualidade ambiental, por outro tem ele o dever de se empenhar na criação de leis voltadas à proteção ambiental, bem como de agir ativamente na fiscalização e repressão de atividades reconhecidamente ou potencialmente poluidoras¹⁴.

Com efeito, a partir daí surge a concepção de um Estado de Direito baseado em valores ambientais e voltado para a conservação do meio ambiente, cujos deveres de proteção que lhe são conferidos vinculam os poderes estatais ao ponto de limitar a sua liberdade de atuação na adoção de medidas voltadas para a tutela ambiental. Com efeito, tendo o

13 CF/88

“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;”

14 Para Herman Benjamin, pelo menos três formas de participação estatal na destruição ambiental podem ser identificadas: o Estado empreendedor, que corresponde ao Estado degradador-agente, o Estado degradador indireto, quando oferece incentivos tributários e de crédito, que corresponde ao Estado degradador-conivente; e o Estado que despreza ou cumpre insatisfatoriamente suas obrigações de fiscalização e aplicação da legislação ambiental, que corresponde ao Estado degradador-omisso. BENJAMIM, Antônio Herman. “Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira”. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 115

Poder Executivo a função precípua de administrar, gerindo os interesses públicos executados pelo Estado, é ele que mais vai ter o seu poder-dever de discricionariedade limitado, devendo, na gestão dos bens e serviços públicos, priorizar medidas que visem garantir a maior efetividade possível ao direito fundamental ao meio ambiente¹⁵.

Esses mandamentos constitucionais, ao imporem ao administrador o dever permanente de sempre considerar em suas decisões a proteção do meio ambiente, com a priorização de medidas que direta ou indiretamente o protejam, além de atuar, por meio de seu poder de polícia, de maneira a cobrar da coletividade o cumprimento daqueles mandamentos, diminui a discricionariedade com relação às escolhas do gestor, permitindo que o cidadão questione as suas ações que acabem por lesar os sistemas naturais e a biodiversidade¹⁶.

Nesse sentido, é possível concluir, com Sarlet e Fensterseifer, que,

Na configuração do Estado Socioambiental de Direito, a questão da *segurança ambiental* toma um papel central, assumindo o ente estatal a função de resguardar os cidadãos contra novas formas de violação da sua dignidade e dos seus direitos fundamentais por força do impacto ambiental (socioambiental) produzido pela *sociedade de risco* (Beck) contemporânea.¹⁷

Diante disso, é certo que o reconhecimento do direito ao meio ambiente como direito fundamental colocou para cada Estado o papel de, em cooperação com os demais Estados e com sua própria população, promover todas as medidas necessárias para proteção da natureza em sua mais ampla concepção, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro previu, para todos que integram a Administração Pública, a responsabilidade pela proteção do meio ambiente, em especial para a Advocacia Pública, como se estudará a seguir.

15 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andreas J...(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. Estado socioambiental e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17.

16 Cf., BENJAMIM, Antônio Herman. "Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira". In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 75

17 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. I: KRELL, Andreas J...(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 17

2 A ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

2.1 HISTÓRICO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

Até a Constituição Federal de 1988, a defesa do Estado Brasileiro era feita pelo Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no Exercício da advocacia da União.

A criação das primeiras autarquias federais, por volta dos anos 30, trouxe consigo a designação de advogados responsáveis pela defesa dessas entidades, que exerciam a função de procuradores ou advogados propriamente ditos, os quais, com a Lei n.º 7.659/45, passaram a gozar das mesmas prerrogativas conferidas aos Procuradores da República¹⁸.

Em 1986, foi instituída a Advocacia Consultiva da União, através do Decreto n.º 93.237, que era composta pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (do Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas, pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União¹⁹.

Porém, a advocacia contenciosa, que se refere à função de defender o Estado em Juízo, continuava entre as atribuições do Ministério Público, que acumulava, também, a função de promover a defesa da sociedade.

Apenas a partir da Carta Magna de 1988 que a defesa do Estado passou a ser feita pela Advocacia Pública, ao se estabelecer, no art. 131, que:

18 Decreto-Lei n.º 7.659/45

“Art. 1º. Aos representantes das autarquias constituídas exclusivamente de patrimônio estatal descentralizado, com personalidade de direito público, fica estendido o benefício do art. 32 do Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código do Processo Civil), de que gozam os representantes da Fazenda Pública.”

19 Decreto n.º 93.237/86

“Art. 3º A Advocacia Consultiva da União compreende:

I - a Consultoria Geral da República;

II - a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no Ministério da Fazenda;

III - as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República;

IV - as Procuradorias-Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias;

V - os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.”

A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

2.2 DEFINIÇÃO E ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ACORDO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEGISLAÇÃO NACIONAL

Conforme visto acima, a Constituição Federal não trata, expressamente, da definição da Advocacia Pública de maneira geral, definindo apenas o que seria a Advocacia-Geral da União, ao dizer que ela é “a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo” (art. 131, *caput*).

Contudo, no art. 132, a Constituição Federal dispôs que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal seriam organizados em carreira, na qual o ingresso dependeria de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases²⁰, cabendo àqueles o exercício da representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas²¹.

Apesar de a Constituição Federal não trazer previsão a respeito da Advocacia Pública Municipal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico dos municípios deveriam ser exercidas apenas por procuradores admitidos mediante concurso público²².

20 Quanto à forma de ingresso na carreira, a CF traz a mesma previsão para os membros da Advocacia-Geral da União, ao prevê:

“Art. 131. §2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.”

21 CF: “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.”

22 STA 320, Relator(a): Min. MINISTRO(A) PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 05/05/2009, publicado em DJE-086 DIVULG 11/05/2009 PUBLIC 12/05/2009.

Por sua vez, da leitura do art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, verifica-se que a Advocacia Pública é por definição legal uma das espécies do gênero “advocacia”, qualificada pela natureza pública do “cliente” e pelo regime jurídico em que se dá a prestação dos serviços de advocacia²³.

Além disso, outra característica peculiar à Advocacia Pública é que sua atuação deve se dar, em razão de seu regime jurídico, sempre na defesa do interesse público, não se aceitando aqui a dicotomia entre interesse público primário e interesse público secundário, entendido o primeiro com o interesse da coletividade e o segundo como interesse do Estado enquanto ente político, mas apenas em seu sentido contraposto à de interesse privado, individual, por se entender que esta se trata de uma distinção doutrinária que não condiz com o modelo de Estado Democrático de Direito que se busca, uma vez que o Estado existe como objeto de um consenso social que tem como razão de ser, exatamente, a consecução do interesse dos indivíduos que o integram. Assim, o interesse público a que nos referimos corresponde ao interesse do todo, do conjunto social, que “nada mais é que a *dimensão pública dos interesses individuais*, ou seja, dos interesses *de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)* [...]”²⁴.

Dessa forma, pode-se concluir que Advocacia Pública constitui o órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, tendo como principal característica a busca da consecução do interesse público²⁵. Cabendo-lhe, entre outras atribuições, as atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo. Ela compreende a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como de suas autarquias e fundações.

3 A DEFESA DO MEIO AMBIENTE PELA ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia Pública, como responsável pela representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público, em cujas atribuições estão

23 Cf. AMORIM, Filipo Bruno Silva. A Advocacia Pública Federal e suas peculiaridades. Do regime jurídico às atribuições constitucionais. Da ética à proteção jurídica do interesse público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3420, 11 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22990>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 51.

25 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (coordenadores). *Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

incluídas as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da Administração Pública, desempenha várias atividades ligadas direta ou indiretamente à defesa do meio ambiente, que tem, conforme já visto acima, característica eminentemente pública, e que constituiu verdadeiro dever do Estado.

Entre os principais mecanismos de atuação da Advocacia Pública na defesa do meio ambiente destacam-se, entre outros, a emissão de pareceres jurídicos em órgãos de fiscalização, a cobrança judicial de multas por infrações administrativas ambientais, e o ajuizamento de ações civis públicas em matéria ambiental.

Abaixo serão analisadas as principais atividades que dizem respeito ao papel da Advocacia Pública na defesa do meio ambiente, utilizando-se da legislação que estabelece as atribuições da Advocacia Pública da União, uma vez que a União, além da competência para legislar de maneira geral sobre o meio ambiente, apresenta a legislação mais ampla a respeito das atribuições da advocacia pública na área ambiental, que tem servido como referência, e até mesmo como normas de caráter geral, pelos órgãos da advocacia pública dos demais entes políticos.

3.1 PARECERES EM MATÉRIA AMBIENTAL

Entre as atribuições da Advocacia Pública ligadas à defesa do meio ambiente está a emissão de pareceres jurídicos em processos administrativos ou em consultas formuladas em matéria ambiental.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, Lei Complementar nº 73/93, ao repetir parte do disposto no art. 131 da CF/88, preceitua que Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente, cabendo àquela as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos da própria lei complementar²⁶

Na atividade de prestar consultoria ao Poder Executivo, a Advocacia-Geral da União, através das chamadas Consultorias Jurídicas, que são órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, além de

26 Lei Complementar nº 73/93: "Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar."

assessorar essas autoridades, tem como atribuição fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguidos em suas áreas de atuação e coordenação, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União.

Dessa forma, as Consultorias Jurídicas compostas por membros da Advocacia Pública Federal atuam emitindo os pareceres necessários para fixar a interpretação da Constituição e de outros atos normativos infralegais, os quais incluem, necessariamente, todos os dispositivos Constitucionais que tratam de forma direta ou indireta do meio ambiente, além das demais leis e normas ambientais. Com isso, tem-se que a Advocacia Pública da União atua na consultoria e assessoramento jurídico aos Ministérios cujas competências estão ligadas direta ou indiretamente ao uso e conservação de bens ambientais, como é o caso do Ministério do Meio Ambiente, do Ministério de Minas e Energia, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Ministério da Pesca e aquicultura, do Ministério do Desenvolvimento Agrário e do Ministério do Turismo.

Nesse mesmo passo, a MP nº 22.29-43, de 6 de setembro de 2001, que criou os cargos de carreira de Procurador Federal, no âmbito da Administração Pública Federal, nas respectivas autarquias e fundações, e transformou em cargos de Procurador Federal os cargos efetivos de Procurador Autárquico, Procurador, Advogado, Assistente Jurídico e Procurador das autarquias e fundações federais, incluindo o Advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários, e excluindo os procuradores do Banco Central do Brasil²⁷, estabeleceu que aos Procuradores Federais cabem a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades; as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais; a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e a atividade

27 Art. 39. São transformados em cargos de Procurador Federal, os seguintes cargos efetivos, de autarquias e fundações federais:

I - Procurador Autárquico;

II - Procurador;

III - Advogado;

IV - Assistente Jurídico; e

V - Procurador e Advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Procurador do Banco Central do Brasil.

de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados²⁸.

Assim, verifica-se que os Procuradores Federais são os responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico junto ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente que tem por finalidade exercer o poder de polícia ambiental, executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente²⁹; e ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal também vinculada ao Ministério do Meio Ambiente que tem por finalidade executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União; executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de

28 Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

- I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;
- II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;
- III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e
- IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.

29 Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 2009:

Art. 2º É criado o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de: (Redação dada pela Lei nº 11.516, 2007)

I - exercer o poder de polícia ambiental; (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)

conservação de uso sustentável instituídas pela União; fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental; exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

Como exemplo dessa atuação pode-se mencionar o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração dessas infrações, que prevê, expressamente, a necessidade de submissão do processo ao órgão da Procuradoria-Geral Federal quando se pretender convalidar auto de infração que apresente vício sanável³⁰; quando se pretender o arquivamento de processo administrativo por nulidade insanável do auto de infração³¹ e para emissão de parecer para a motivação da decisão da autoridade, quando houver controvérsia jurídica a ser solucionada por ocasião da instrução e do julgamento processo³².

Também existe atuação de Procuradores Federais junto a autarquias em regime especial, chamadas de Agências Reguladoras, cujas finalidades, ainda que não sejam especificamente dirigidas à proteção do meio ambiente, têm ligação direta com a utilização dos recursos naturais, como, por exemplo, a Agência Nacional de Águas - ANA, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, a Agência Nacional de Petróleo e Gás - ANP, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, e ao meio ambiente cultural, como é o caso do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN.

30 Art. 99. O auto de infração que apresentar vício sanável poderá, a qualquer tempo, ser convalidado de ofício pela autoridade julgadora, mediante despacho saneador, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação.

31 Art. 100. O auto de infração que apresentar vício insanável deverá ser declarado nulo pela autoridade julgadora competente, que determinará o arquivamento do processo, após o pronunciamento do órgão da Procuradoria-Geral Federal que atua junto à respectiva unidade administrativa da entidade responsável pela autuação.

32 Art. 121. O órgão da Procuradoria-Geral Federal, quando houver controvérsia jurídica, emitirá parecer fundamentado para a motivação da decisão da autoridade julgadora. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

3.2 COBRANÇAS DE MULTAS ADMINISTRATIVAS AMBIENTAIS

O Estado, através do Poder Executivo, também chamado de “Estado Administração”, possui a competência para tutelar administrativamente o meio ambiente, utilizando-se do “poder de polícia ambiental”, que corresponde à atividade da Administração Pública de limitar ou disciplinar direito, interesse ou liberdade, regulando a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público voltado à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização, permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza³³.

Com efeito, o Poder Público, se utilizando do poder de polícia ambiental, interfere no âmbito dos direitos privados, para, através da limitação dos direitos individuais, promover o interesse público de conservação do meio ambiente. De acordo com Paulo Affonso Leme Machado, “o poder de polícia age através de *ordens e proibições*, mas, e sobretudo, por meio de *normas limitadoras e sancionadoras*”, ou “pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia”³⁴,

Tem-se, portanto, que, na tutela administrativa do meio ambiente, o Estado, por meio do poder de polícia ambiental, além estabelecer ordens e proibições é o responsável pela fiscalização das atividades que causem ou possam causar impacto negativo ao meio ambiente, bem como pela imposição de sanções pelo descumprimento dos comandos impostos pela legislação ambiental.

Além disso, a Constituição Federal, no § 3º do art. 225, ao mencionar a responsabilidade pelo dano ambiental, estabeleceu que “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”.

As infrações administrativas ambientais em âmbito federal são disciplinadas pela Lei nº 9.605/98 e pelo Decreto 6.514/08, e correspondem a “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção,

33 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 385.

34 *Ibidem*, p. 385.

proteção e recuperação do meio ambiente”³⁵, sendo os infratores punidos com as seguintes sanções: advertência, multa simples, multa diária; apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto, suspensão de venda e fabricação do produto, embargo de obra ou atividade, demolição de obra, suspensão parcial ou total de atividades e restritivas de direitos.

A fiscalização das infrações ambientais e a aplicação de sanções administrativas acima mencionadas são competência dos órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, que tem, no âmbito federal, o IBAMA³⁶ e o ICMBIO³⁷ como entidades executoras.

No caso das sanções de natureza pecuniárias, quais sejam a multa simples e a multa diária, quando não ocorre o adimplemento voluntário por parte do infrator após a devida notificação administrativa, e sendo a execução

35 Art.70, caput, da Lei nº 9.605/98.

36 Lei nº 6.938/81

“Art. 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado:

IV - órgão executor: o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, com a finalidade de executar e fazer executar, como órgão federal, a política e diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente;”.

37 Lei nº 11.516/2007:

“Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I - executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;

II - executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III - fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;

IV - exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União;

e

V - promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

Parágrafo único. O disposto no inciso IV do caput deste artigo não exclui o exercício supletivo do poder de polícia ambiental pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.”

forçada dessas multas uma exceção ao atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos³⁸, resta à Administração Pública apenas a execução judicial.

A execução judicial dessas multas administrativas ambientais inadimplidas ocorre através de procedimento especial regulado pela Lei nº 6.830/80, que dispõe sobre a cobrança judicial de dívida ativa da Fazenda Pública, uma vez que constitui dívida ativa da Fazenda Pública qualquer valor cuja cobrança seja atribuída por lei à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às respectivas autarquias³⁹.

No caso, cabe à Advocacia Pública da União, por meio dos Procuradores Federais, tanto a inscrição em dívida ativa como o ajuizamento da execução fiscal para cobrança das multas ambientais, uma vez que o art. 37 da MP nº 22-29-43 inclui nas suas atribuições, entre outras já mencionadas, a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades (inciso I) e a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial (inciso III).

Enfim, além atuar na fase administrativa da apuração da infração administrativa ambiental, como foi demonstrado no tópico anterior, a Advocacia Pública Federal tem importante papel na cobrança das multas aplicadas aos infratores, uma vez que cabe à Procuradoria Federal, através de seus órgãos, a inscrição em dívida ativa das multas não pagas e o ajuizamento e condução do processo de execução fiscal da Certidão de Dívida Ativa, que se trata de título executivo extrajudicial⁴⁰.

38 A autoexecutoriedade é considerada pela doutrina um dos atributos dos atos administrativos, pelo qual a Administração está autorizada a executar diretamente seus atos e fazer cumprir suas determinações sem precisar recorrer ao Poder Judiciário, admitindo-se até mesmo o uso da força, caso necessário, conforme previsto em lei. Contudo, esse atributo sofre limitações, “visto que não se aplica às penalidades de natureza pecuniária como, por exemplo, multas decorrentes de infrações a obrigações tributárias, entre outras”, conforme ensina Fernanda Marinela, em sua obra *Direito Administrativo*, 6. ed. Niterói: Impetus: 2012, p. 289.

39 Art. 1º c/c Art. 2º, §1º, da Lei nº 6.830/80.

40 Código de Processo Civil:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais: VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

3.3 AÇÕES CIVIS PÚBLICAS AMBIENTAIS

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de corresponder a direito fundamental do ser humano, também possui natureza transindividual, ou seja, é compartilhado por grupos, classes ou categorias de pessoas de forma indistinta, sendo a coletividade titular desse direito e interessada na preservação do meio ambiente, inclusive para as futuras gerações⁴¹.

Os direitos transindividuais, quando analisados sob o aspecto do interesse, são também chamados de interesses transindividuais e são divididos em “interesses difusos” e “interesses coletivos”. De acordo com o Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90), são considerados interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (art. 81, I), e interesses ou direitos coletivos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entres si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II).

Para a defesa dessa espécie diretos/interesses, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma série de normas que compõem a chamada jurisdição civil coletiva⁴², que tem como principais fontes legais a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), além da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

O art. 1º da Lei nº 7.347/85 estabelece que:

São regidas 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 e da economia popular; VI - à ordem urbanística.

Apesar de o dispositivo acima mencionar que a lei trata das ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, a Ação Civil Pública pode ter por objeto pedido destinado a evitar os danos (art 4º); pedido

41 Ver art. 225, caput, da CF/88.

42 Cf, FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 348.

cominatório (art. 3º, segunda parte); além de qualquer outro pedido para eficaz tutela coletiva (art. 21, c.c. os arts. 83 e 90 do CDC)⁴³.

Em razão disso, a Ação Civil Pública tem se afirmado como o principal instrumento de tutela jurisdicional do meio ambiente, uma vez que as ações de reparação ou indenização pelo dano ambiental, bem como as execuções fiscais de multa ambiental e as ações penais por crimes ambientais, são propostas, em regra, quando o dano ambiental já ocorreu. Por outro lado, a partir dos princípios do direito ambiental da prevenção e precaução, a Ação Civil Pública tem sido utilizada para evitar o dano ambiental provável ou meramente possível, ou seja, de causas e efeitos já conhecidos e até mesmo de causas ou efeito desconhecidos⁴⁴.

Com relação à legitimação ativa para a Ação Civil Pública, o art. 5º da Lei nº 7.347/85, com redação dada pela Lei nº 11.448/07, diz terem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União; os Estados; o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia; empresa pública; fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90, ampliou esse rol de legitimados da ACP para incluir as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente, destinados à defesa dos interesses e direitos por ele protegidos.

Essa legitimação para a propositura da Ação Civil Pública é caracterizada pela doutrina como concorrente disjuntiva, ou seja, cada um dos colegitimados pode ajuizar a ação isoladamente ou em litisconsórcio como outros⁴⁵.

43 Cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

44 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 155-156.

45 *Ibidem*, p. 332.

Dessa forma, no caso da Administração Pública, são colegitimados à propositura da Ação Civil Pública com o objetivo de se buscar, através de uma tutela jurisdicional, a proteção do meio ambiente os entes políticos, suas autarquias, fundações e empresas públicas, além de outros entes ou órgãos da administração pública direta ou indireta ainda que sem personalidade jurídica⁴⁶,

Tendo isso em conta, sendo a Advocacia Pública, por meio de seus membros, responsável pela representação judicial das pessoas jurídicas acima mencionadas⁴⁷, cabe a ela a promoção da Ação Civil Pública necessária à proteção do meio ambiente, que pode incluir em seu objeto tutela jurisdicional de natureza mandamental, inclusive inibitória, necessária para se evitar a destruição do meio ambiente, protegendo, com isso, além dos bens ambientais, a própria saúde da população.

Dessa forma, órgãos de execução do SISNAMA como o IBAMA e o ICMBIO, como autarquias federais, têm legitimidade para propor, através da Procuradoria-Geral Federal, ações civis públicas com a finalidade de proteger o meio ambiente⁴⁸.

46 O CDC traz previsão expressa a respeito de sua aplicação na defesa do meio ambiente, como se observa no art. 36. § 2º. “É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”; e do Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;”.

47 Conforme já estudado no presente trabalho.

48 O STJ já se manifestou a respeito da legitimidade do IBAMA para ajuizar Ação Civil Pública Ambiental, vejamos: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL. NULIDADE DE LICENCIAMENTO. INSTALAÇÃO DE RELAMINADORA DE AÇOS. LEIS NºS 4.771/65 E 6.938/81. ATUAÇÃO DO IBAMA. COMPETÊNCIA SUPLETIVA. I - Em razão de sua competência supletiva, é legítima a presença do IBAMA em autos de ação civil pública movida com fins de decretação de nulidade de licenciamento ambiental que permitia a instalação de relaminadora de aços no município de Araucária, não se caracterizando a apontada afronta às Leis nºs 4.771/65 e 6.938/81. II - “A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais” (REsp nº 588.022/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 05/04/2004). III - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (REsp 818666/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 25/05/2006, p. 190, REPDJ 07/08/2006, p. 205, REPDJ 28/09/2006, p. 217)

3.4 OUTRAS FORMAS DE ATUAÇÃO JUDICIAL

Além da cobrança judicial de multas administrativas e do ajuizamento de ações civis públicas, a Advocacia Pública também atua, na esfera judicial, na defesa do meio ambiente no caso de Ações Populares, quando o objeto seja a anulação de ato da Administração supostamente lesivo ao meio ambiente, nas quais deve, como representante do Estado, verificar a existência de elementos que apontem que o ato está em consonância com os preceitos constitucionais e legais de conservação desse bem jurídico que é de todos, e, neste caso, defender o ato impugnado ou, caso contrário, constando que o ato vai de encontro ao interesse público ambiental, aderir à tese do autor da ação popular, abstando-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor⁴⁹.

Na hipótese de atuação ao lado do autor da Ação Popular, o ente público que o Advogado sPúblico representa passa a figurar, de acordo com Barbosa Moreira, como litisconsorte ativo⁵⁰. Contudo, a principal crítica que se faz a esse entendimento é no sentido de que a lei n. 4.717/65 apenas atribui a legitimidade ativa ao cidadão, que é pessoa física, não havendo previsão de pessoas jurídicas no polo ativo.

Por outro lado, José Afonso da Silva defende que a intervenção da pessoa jurídica no polo ativo de Ação Popular Ambiental não passa de assistência adesiva simples, entendimento esse que também recebe críticas, uma vez que nesta qualidade o ente público atua de maneira secundária, não gozando de autonomia no impulso do processo, sequer podendo se converter em parte no caso de desistência do autor, nem tampouco recorrer caso este não o faça⁵¹.

A Advocacia Pública também atua judicialmente na proteção do meio ambiente através das ações de desapropriação direta para a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, bem como na defesa da moralidade administrativa ambiental através do acompanhamento de mandados de segurança em matéria ambiental, em que se questiona a legalidade de ato administrativo praticado por autoridade pública dotada de competências relacionadas ao meio ambiente⁵².

49 Art 6º, §3º, da Lei n. 4.717/65.

50 Apud SILVIA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 160.

51 Idem, p. 161.

52 Cf. FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF*. In: BENJAMIN, Antônio Herman; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (coordenadores). *Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

4 CONCLUSÃO

De tudo o exposto, estando o Estado em uma posição central na promoção de medidas necessárias à proteção do meio ambiente, sendo esta, necessariamente, de natureza pública, exerce a Advocacia Pública um relevante papel nessa proteção, através da prestação de consultoria e assessoramento jurídico em matéria de legislação ambiental junto à União, aos Estados, ao DF, aos Municípios, e às respectivas autarquias e fundações, bem como por meio da cobrança judicial das multas aplicadas pelas entidades fiscalizadoras integrantes do SISNAMA, além da promoção de ações civis públicas em matéria ambiental na qualidade de representante judicial dessas mesmas entidades, em ações populares, desapropriações e mandados de segurança, sempre na defesa desses interesses tidos por transindividuais.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Filipo Bruno Silva. A Advocacia Pública Federal e suas peculiaridades. Do regime jurídico às atribuições constitucionais. Da ética à proteção jurídica do interesse público. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3420, 11 nov. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22990>>. Acesso em: 20 nov. 2013.
- BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BENJAMIM, Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: *Direito Constitucional Brasileiro*. Org.: Canotilho, J.J.G.; LEITE, J.R.M. SP: Saraiva, 2008.
- BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (Orgs.) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. Advocacia Pública e a defesa do meio ambiente à luz do art. 225 da CF. In: BENJAMIN, Antônio Herman; Figueiredo, Guilherme José Purvin de. (coordenadores). *Direito Ambiental e as funções essenciais à justiça: o papel da advocacia de estado e da defensoria na proteção do meio ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

KLOEPFER, Michael. A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva jurídica. In: KRELL, Andreas J...(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*, 6. ed. Niterói: Impetus: 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. IN: KRELL, Andreas J...(et al); SARLET, Ingo Wolfgang, org. *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SILVIA, Flávia Regina Ribeiro da. *Ação popular ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2 ed. Salvador, 2012.

STA 320, Relator(a): Min. MINISTRO(A) PRESIDENTE, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) GILMAR MENDES, julgado em 05/05/2009, publicado em DJe-086 DIVULG 11/05/2009 PUBLIC 12/05/2009.

RECEBIDO EM: 18/12/2014

APROVADO EM: 23/03/2015

DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE DAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS ATRAVÉS DO RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO

*THE POSSIBILITY OF CONTROL OF REGULATORY AGENCIES'
DECISIONS THROUGH IMPROPER HIERARCHICAL APPEAL*

Wilson José Vinci Júnior¹

Procurador Federal.

Mestrando em Direito pela PUC-SP.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da organização administrativa / Da Administração Pública Direta e Indireta; 1.1 Das autarquias; 1.2 Das agências reguladoras; 2 Conceito, natureza jurídica e características das agências reguladoras; 3 Do controle ou tutela exercido pelo Poder Central em face das autarquias; 4 Do controle ou tutela exercido pelo Poder Central em face das agências reguladoras; 5 Da possibilidade de interposição de recurso hierárquico impróprio em face das decisões

1 wilson.vinci@agu.gov.br

proferidas pelas agências reguladoras; 6 Do Parecer AGU nº AC-51/2006/ Das hipóteses de cabimento de recurso hierárquico impróprio em face das decisões das agências reguladoras; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo versa sobre a possibilidade de controle dos atos das agências reguladoras pelo Poder Executivo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Agências Reguladoras. Controle dos Atos Administrativos. Poder Executivo.

ABSTRACT: This article deals with the possibility of control of the acts of regulatory agencies by the Executive Branch.

KEYWORDS: Administrative Law. Regulatory agencies. Control of the Administrative Acts. Executive Branch.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo avaliar os limites do controle das decisões das agências reguladoras pelo Poder Executivo central, mais especificamente, através do mecanismo do recurso hierárquico impróprio.

Em que pese a referida possibilidade carecer de previsão legal expressa, ela foi admitida no direito brasileiro através do Parecer AGU nº AC-51, de 12 de junho de 2006, aprovado pelo Presidente da República e, conseqüentemente, assumindo caráter normativo e vinculante perante toda a Administração Pública Federal.

Também será tratada a questão da autonomia das agências reguladoras, realizando-se um esboço histórico do seu surgimento, bem como o poder de controle sobre as autarquias em geral.

Ao final, será apresentada a conclusão do referido estudo, sem a pretensão de esgotar a análise do assunto, de forma a contribuir com o debate acadêmico visando ao aprimoramento das instituições.

1 DA ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA / DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

É cediço que o Estado goza de autonomia política para executar as suas atividades da melhor forma que lhe aprouver, desde que respeitados os ditames constitucionais, ou seja, quando a Constituição Federal determina o exercício de uma função administrativa ao Estado, incumbe a ele prestá-la diretamente ou indiretamente através de interpostas pessoas.

Isso inclui a possibilidade do Estado transferir aos particulares a execução de certas atividades que lhe são próprias ou criar pessoas jurídicas com personalidade jurídica própria (seja de direito público ou privado) para executá-las.

Assim, em linhas gerais, quando o Estado² desempenha diretamente uma atividade, fala-se em centralização. E o Estado o faz mediante a estruturação da Administração em órgãos públicos, que são centros de competência administrativa despersonalizados.

² O vocábulo Estado aqui é utilizado em sentido amplo, a designar a União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior:³

A Administração Direta ou Centralizada é aquela constituída a partir de um conjunto de órgãos públicos, através do qual o Estado desempenha diretamente a atividade administrativa. Aqui, é a própria pessoa estatal (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) que executa diretamente a atividade administrativa. Para tanto, vale-se dos órgãos públicos.

Na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello,⁴ “*órgãos são unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.*”

Ao contrário, quando o Estado realiza determinada atividade através de interposta pessoa, isto é, indiretamente, fala-se em descentralização administrativa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵ esclarece que:

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm o valor jurídico que lhe empresta o ente central; suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central.

Para o Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Direta se constitui dos serviços integrados da estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios (art. 4º, inciso I), ao passo que a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (art. 4º, inciso II).⁶

Uma das principais vantagens da descentralização reside na especialização da prestação da atividade administrativa. É inegável que, com uma sociedade cada vez mais complexa, seria extremamente dificultoso

3 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 131.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 136.

5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 350.

6 Nesse ponto, convém notar que o Decreto-Lei nº 200/67 se encontra parcialmente desatualizado em alguns aspectos, a exemplo da existência de outras entidades que compõem a Administração Indireta, como os consórcios públicos com personalidade jurídica de direito público (art. 6º, parágrafo 1º da Lei Federal 11.107/05).

que o Estado prestasse diretamente todas as atividades que lhe incumbe, sem a especialização necessária.

Ademais, parece que desde o advento do Decreto-Lei 200/67, a descentralização se tornou a regra, ao menos no âmbito federal, afinal, o art. 10 do mencionado diploma legal estabelece que a execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. Vê-se, pois, que a descentralização se tornou regra imperativa há quase 50 anos no direito brasileiro.

Convém esclarecer que descentralização não se confunde com desconcentração. Isto porque, enquanto a descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica, a desconcentração é uma distribuição interna de competências, realizada dentro da mesma pessoa jurídica. Logo, desconcentrar nada mais é do que tirar do centro um volume grande de atribuições, para permitir seu mais adequado e racional desempenho.⁷

São características das entidades da Administração Indireta a criação por lei específica, personalidade jurídica e patrimônio próprios, sujeição a controle pelo poder central, além de responsabilidade pelos atos que pratica.

Firmadas as premissas acerca da Administração Pública Direta e Indireta, faz-se necessária a análise pormenorizada das autarquias e das agências reguladoras, uma vez que constituem o cerne deste trabalho.

1.1 DAS AUTARQUIAS

A palavra autarquia, etimologicamente, provém da junção dos elementos *autós* (próprio) e *arquia* (comando, governo, direção), significando “comando próprio, direção própria, auto-governo”.⁸

Pela definição legal, considera-se autarquia o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada (art. 5º, inciso I do Decreto-Lei 200/67).

7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 348.

8 *Ibidem*, p. 366.

Para Dirley da Cunha Júnior,⁹

[...] as autarquias devem ser compreendidas como pessoas jurídicas de direito público, com capacidade exclusivamente administrativa, criadas por lei específica para exercer, em caráter especializado e com prerrogativas públicas, atividades típicas referentes à prestação de certos serviços públicos. Para tanto, possuem autonomia administrativa, financeira e técnica e são dotadas de amplas prerrogativas [...].

Na Administração Indireta, as entidades de direito público possuem praticamente as mesmas prerrogativas próprias do Estado, enquanto as entidades de direito privado somente possuem aquelas que forem expressamente previstas na Constituição Federal ou em lei derogatória do direito comum.

Desta maneira, a autarquia, como pessoa jurídica de direito público, goza do processo especial de execução (art. 100, CF e arts. 730 e 731 do CPC), impenhorabilidade de bens, juízo privativo (art. 109, CF), prazos processuais diferenciados (art. 188, CPC), reexame necessário das decisões judiciais que lhe forem desfavoráveis, além da imunidade tributária dos impostos sobre o patrimônio, renda ou serviços (art. 150, VI, “a” e parágrafo 2º da CF).

Interessante questão se revela na relação que possui a autarquia com a pessoa que a criou, donde se extraem duas problemáticas: (a) como são criadas e extintas as autarquias e (b) o controle a que se submetem frente ao Poder Central.

Quanto à criação e extinção, saliente-se que as autarquias somente podem ser criadas e extintas por lei (art. 37, inciso XIX da Constituição Federal).

No tocante ao controle a que se submetem frente ao Poder Central, cabe frisar que, normalmente, a doutrina denomina de tutela o poder que assiste à Administração Central de influir sobre as autarquias com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado.¹⁰

Dada a relevância da questão para o presente trabalho, o tema será melhor explicitado em tópico próprio.

9 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 136-137.

10 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 155.

1.2 DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

De início, convém tecer um breve esboço histórico sobre o surgimento e proliferação das agências reguladoras.

É cediço que o modelo econômico influencia o modelo de Estado adotado, além de influenciar o ordenamento jurídico de um país.

Nesse sentido, há basicamente três formas de intervenção estatal no domínio econômico: (1) pela disciplina, (2) pelo fomento e (3) pela atuação direta.

A importância das agências reguladoras reside prioritariamente¹¹ na hipótese do Estado não prestar diretamente uma atividade de interesse público, quando então a agência será responsável pela regulação daquela atividade.

As agências reguladoras tiveram origem no direito norte-americano, com o *Interstate Commerce Commission* (ICC), em 1887, visando à regulação do transporte ferroviário. Contudo, tais entidades somente ganharam projeção após o *New Deal*, na década de 1930.¹²

Naquela época, os Estados Unidos passavam por grande recessão, ao mesmo tempo em que predominava o forte liberalismo econômico, calcado na propriedade privada e no cumprimento irrestrito dos contratos.

Para amenizar tal situação e não exacerbar a situação caótica da maioria da população, proliferaram-se as agências reguladoras, com uma proposta de melhor capacitação técnica e melhor posicionamento da Administração para reagir de forma rápida e flexível no sentido de estabilizar a economia, além de proteger os menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados. Visavam, também, a driblar os entraves à regulação opostos por um Poder Judiciário predominantemente conservador, o que, na época, significava um Judiciário mantenedor do absoluto liberalismo econômico.¹³

11 Não se desconhece a possibilidade da agência reguladora regular uma atividade prestada diretamente pelo Estado ou por uma empresa estatal, como no caso da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

12 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

13 BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras, legalidade e direitos fundamentais*. Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=48>. Acesso em: 28 out. 2013.

A proliferação das agências reguladoras no direito norte-americano tinha por objetivo formar centros de excelência e especialização, imunes ao poder político advindo dos poderes estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário) e com autonomia para tomarem decisões técnicas.

Com o passar dos anos, as agências nos Estados Unidos foram perdendo parcela da sua autonomia, através da sucessiva edição de leis e atos administrativos, até atingir a sua conformação atual. Assim, hodiernamente, nos Estados Unidos, a discussão há muito deixou de ser a autonomia das agências, para se tornar (1) o seu controle político (gerado pela crescente intrusividade das agências nas atividades privadas), (2) a sua responsividade social (questionável eficiência das agências na gestão dos mercados regulados) e (3) a legitimidade democrática (ou seja, a não sujeição dos dirigentes das agências aos mecanismos tradicionais de *accountability* eleitoral).¹⁴

No Brasil, o surgimento das agências reguladoras se deu em um contexto oposto à situação vivida nos Estados Unidos.

No início da década de 1990, o Brasil vivia intensa crise fiscal e econômica, sofrendo severas críticas por não ter recursos para investir na prestação de certas atividades de interesse público, além de ser um péssimo administrador.

Ensina Dinorá Adelaide Musetti Grotti¹⁵ que o papel do Estado começou a mudar na quadra final do século passado, mediante a eleição da descentralização como estratégia, a imposição da redução do Estado através das privatizações, terceirizações e publicizações, a recuperação da sua capacidade financeira e administrativa, a necessidade de fortalecimento de sua função reguladora, fiscalizadora e fomentadora e o desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista.

A regulação no Brasil também objetivou (i) separar o provedor de utilidades públicas dos agentes encarregados da regulação e (ii) regular setores antes não regulados, a exemplo do setor de planos de saúde.

Vale salientar que, no Brasil, as agências reguladoras foram criadas praticamente como uma exigência do capital estrangeiro para aqui realizar

14 BINENBOJM, op. cit., Acesso em: 28 out. 2013.

15 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 6, maio/jul.2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 nov. 2013.

investimentos, clamando por uma segurança jurídica de que os contratos fossem cumpridos pelo governo brasileiro, ainda que houvesse mudanças ideológicas e políticas nas eleições vindouras.

Destarte, em 1995, através das Emendas Constitucionais nº 8 e 9, passou-se a ter previsão expressa na Carta Magna a existência de “órgãos” reguladores para os setores de telecomunicações e de petróleo, conhecidas na doutrina como as agências reguladoras constitucionais, pois são as únicas duas agências com previsão direta na Carta Política (ANP e ANATEL).

Várias leis ordinárias foram sucessivamente editadas com o objetivo de criar diversas agências reguladoras, a exemplo da ANS (Lei Federal nº 9961/00), ANVISA (Lei Federal nº 9782/99), ANTAQ (Lei Federal nº 10233/01), ANTT (Lei Federal nº 10233/01), ANCINE (Lei Federal nº 10454/02) etc.

Assim, as agências reguladoras podem ser criadas mediante previsão constitucional ou infraconstitucional, sendo que, pelo princípio do paralelismo das formas, somente podem ser extintas pelo veículo normativo de mesma intensidade daquele que as criou.

2 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁶ as agências reguladoras são autarquias sob regime especial, criadas com a finalidade de disciplinar e controlar certas atividades, dentre as quais (a) serviços públicos propriamente ditos, (b) atividades de fomento e fiscalização de atividade privada, (c) atividades exercitáveis para promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, (d) atividades que o Estado também protagoniza, mas que, paralelamente, são facultadas aos particulares e (e) o uso de bem público.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro,¹⁷ dentro da função regulatória, pode-se considerar a existência de dois tipos de agências reguladoras no direito brasileiro: (a) as que exercem, com base em lei, típico poder de polícia, com a imposição de limitações administrativas, previstas em lei, fiscalização e repressão (ex. ANVISA, ANS, ANA) e (b) as que regulam e controlam as

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164.

17 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 403.

atividades que constituem objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público ou de concessão para exploração de bem público.

Prossegue a referida doutrinadora esclarecendo que as primeiras não são muito diferentes de outras entidades já existentes (ex. Banco Central, Cade etc), sendo que as segundas é que constituem novidade no direito brasileiro, ao assumirem poderes que antes só eram exercidos pela Administração Central.¹⁸

É de se ver que, em relação à natureza jurídica, as agências reguladoras também são consideradas autarquias, porém sob um “regime especial”.

Para parcela da doutrina, este “regime especial” consiste na possibilidade das agências reguladoras gozarem de independência/ autonomia administrativa, financeira, funcional, patrimonial e de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e ausência de subordinação hierárquica, além de investidura dos seus dirigentes mediante prévia aprovação do Senado e com mandato fixo.¹⁹

Nesse sentido, a título exemplificativo, convém mencionar o artigo 4º da Lei Federal nº 11.182/05, criadora da ANAC, o qual preconiza que

a natureza de autarquia especial conferida à ANAC é caracterizada por independência administrativa, autonomia financeira, ausência de subordinação hierárquica e mandato fixo de seus dirigentes.

A Lei Federal nº 9.472/97 possui dispositivo semelhante em relação à ANATEL (art. 8º, par. 2º):

a natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁰ o único ponto realmente peculiar das agências reguladoras em relação à generalidade das autarquias está nas disposições atinentes à investidura e fixidez do mandato dos

18 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 404.

19 No julgamento de medida cautelar requerida na ADIN nº 1949-0, o STF considerou constitucionais as restrições à livre nomeação e exoneração dos dirigentes das agências reguladoras.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 167.

dirigentes das agências, afinal, as demais características estão presentes em qualquer autarquia.

Assim, os dirigentes das agências reguladoras somente poderiam deixar o exercício da função mediante hipóteses taxativamente expressas em lei, normalmente decorrentes da renúncia do titular, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Saliente-se que as agências são dirigidas em regime de colegiado, através de um Conselho Diretor ou Diretoria, conforme preleciona o artigo 4º da Lei Federal nº 9986/00.²¹

O artigo 8º da Lei Federal nº 9.986/00 estabeleceu uma “quarentena”, período no qual *“o ex-dirigente fica impedido para o exercício de atividades ou de prestar qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência, por um período de quatro meses, contados da exoneração ou do término do seu mandato.”*

Deve ser destacado que são conferidos às agências reguladoras os poderes normativo, fiscalizador, regulador e sancionatório. É comum encontrar na doutrina administrativista quem defenda que as agências reguladoras possuam poderes quase-judiciais, quase-legislativos e quase-regulamentares.²²

As agências também são responsáveis por atenuar os efeitos da formação de eventual monopólio, controlar preços e qualidade do serviço prestado, criar condições para a existência e manutenção da concorrência e buscar a universalização dos serviços.²³

Por fim, deve ser salientado que as agências estão sujeitas ao controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além da tutela exercida pelo Poder Executivo, conforme será analisado no tópico seguinte.

21 *In verbis*: “Art. 4º As Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente.”

22 Por todos, veja GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 nov. 2013.

23 *Ibidem*.

3 DO CONTROLE OU TUTELA EXERCIDO PELO PODER CENTRAL EM FACE DAS AUTARQUIAS

As autarquias, para a realização do seu mister, gozam de autonomia administrativa, financeira²⁴ e técnica em relação ao Poder Central, visando à consecução das finalidades para as quais foram concebidas.

Todavia, esta autonomia não é absoluta, ao ponto de se constituir em uma entidade imune ao controle administrativo exercido pela Administração Direta.

Conforme dito alhures, fica fácil visualizar que, em âmbito federal, as autarquias estão submetidas ao controle dos Ministérios vinculados às atividades que executam ou à Presidência da República, no caso de autarquia vinculada diretamente a esta última.

Isso porque, nos termos do art. 19 do Decreto-Lei 200/67, *“todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.”*

Ademais, não se olvide que a Constituição Federal estabelece, no artigo 84, inciso II, que compete ao Presidente da República *“exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal”*, sendo que, no artigo 87, parágrafo único, inciso I da Carta Magna, está preconizado que compete ao Ministro de Estado *“exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência [...]”*.

Referido poder de controle ou tutela tem por objetivo supervisionar a eficiência administrativa da autarquia, além de conformá-la com a competência e os objetivos fixados em sua lei criadora, harmonizando-a com as políticas públicas firmadas pelo Governo Central.

O controle das autarquias pode ser exercido de diversas maneiras: designação ou exoneração dos seus dirigentes; recebimento de relatórios sobre as funções realizadas pelas autarquias; aprovação da programação financeira; realização de auditoria e avaliação periódica de desempenho,

24 Especificamente em relação às agências reguladoras, a autonomia econômico-financeira dessas entidades é assegurada não só pelas dotações orçamentárias gerais, mas também pela possibilidade de receitas próprias, tais como as “taxas de fiscalização” e as “taxas de regulação”.

além da intervenção na autarquia, caso ela esteja se desviando da sua finalidade precípua.²⁵

Importa esclarecer que este controle ou tutela do Poder Central não se confunde com o poder hierárquico.

Conforme ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro,²⁶ há sensíveis diferenças entre tutela e hierarquia:

- (a) a tutela não se presume, pois só existe quando a lei a prevê, ao passo em que a hierarquia existe independentemente de previsão legal, porque é inerente à organização administrativa;
- (b) a tutela supõe a existência de duas pessoas jurídicas, uma das quais exercendo controle sobre a outra, existindo onde haja descentralização administrativa, enquanto a hierarquia existe dentro de uma mesma pessoa jurídica, relacionando-se com a ideia de desconcentração;
- (c) a tutela é condicionada por lei, ou seja, só admite os atos de controle expressamente previstos, sendo que a hierarquia é incondicionada e implica uma série de poderes que lhe são inerentes, como o de dar ordens, o de rever os atos dos subordinados (*ex officio* ou mediante provocação), o de avocar e delegar atribuições.

Logo, não é admissível a interposição de recurso hierárquico próprio de decisão proferida pela autarquia para o respectivo Ministério, uma vez que a autarquia é dotada de personalidade jurídica própria, não sendo hierarquicamente subalterna ao Poder Central.

Todavia, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁷ “[...] só poderia caber o chamado recurso hierárquico impróprio, isto é, quando previsto na lei própria da autarquia (ou em alguma outra lei).” E, mais à frente, esclarece o mencionado professor que tal recurso teria como base a Constituição Federal, mais especificamente o direito de petição ao Poder Público (art. 5º, XXXIV, “a”).

25 A relação completa das prerrogativas do poder central face às entidades da Administração Indireta está prevista no artigo 26 do Decreto-Lei nº 200/67.

26 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 409.

27 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 156.

Frise-se que Celso Antônio Bandeira de Mello aduziu expressamente à necessidade da previsão legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio, sendo que este dado será relevante para a discussão acerca do cabimento deste recurso em face das decisões proferidas pelas agências reguladoras. No mesmo sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti entende que os atos das agências reguladoras não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo, salvo se houver expressa previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio.²⁸

Quanto à classificação do controle,²⁹ este pode ser de legitimidade, quando diga respeito ao exame da conformidade do comportamento autárquico com os ditames legais, ou será de mérito quando, por força de lei, o controlador possa apreciar a conveniência e oportunidade das decisões das autarquias. O controle também pode ser preventivo, quando a autarquia necessita da prévia manifestação do controlador para que o seu ato tenha eficácia ou repressivo, quando o controle é realizado após a produção do ato.

4 DO CONTROLE OU TUTELA EXERCIDO PELO PODER CENTRAL EM FACE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Conforme já afirmado, o Poder Central não detém poder hierárquico³⁰ em face das autarquias, principalmente em face das agências reguladoras, que foram concebidas justamente para serem entidades especializadas e autônomas, alheias à eventual ingerência política. O que existe é o poder de controle ou tutela, como forma de garantir a observância da legalidade e o cumprimento de suas finalidades institucionais.

Na medida cautelar proferida na ADI nº 1668/DF, o Relator Ministro Marco Aurélio,³¹ em julgamento específico sobre as agências reguladoras, assentou que:

A citada independência não afasta, em si, o controle por parte da Administração Pública Federal, exercido, de forma direta, pelo

28 GROTTI, op. cit., Acesso em: 25 nov. 2013.

29 Esta classificação é realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 157).

30 Para Hely Lopes Meirelles, hierarquia é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um (*Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 1994. p. 105).

31 Supremo Tribunal Federal. Pleno. ADIn-MC nº 1.668-DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, julgado em 20 de agosto de 1998. Publicado no Diário da Justiça em 31 de agosto de 1998.

Ministro de Estado da área e, de maneira indireta, pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República. Na verdade, o que encerra a alusão à citada independência é a autonomia, em si, do serviço [...]. Destarte, o enquadramento ocorrido, considerado o que se apontou como regime autárquico especial, longe está de revelar a existência de uma entidade soberana, afastada do controle pertinente.

Logo, em não havendo hierarquia, revela-se incorreto se falar em recurso hierárquico próprio interposto para o Ministério respectivo em face de uma decisão proferida pela agência reguladora.

Acerca do cabimento do recurso hierárquico impróprio, o tema será tratado especificamente no tópico seguinte.

De qualquer maneira, é importante salientar que a autonomia/independência³² que as agências reguladoras possuem não se caracteriza como prerrogativa absoluta, imune a eventual controle do Executivo, Legislativo e Judiciário. Se assim o fosse, as agências reguladoras constituiriam verdadeiros “Estados soberanos” dentro do Estado brasileiro, fato este não admitido pela Carta Magna.

Assim, entende-se não existir nenhum óbice ao controle da legalidade e do cumprimento das finalidades das agências por parte do Poder Central, através do denominado poder de controle. O controle deve ser exercido até mesmo como forma das agências reguladoras evitarem o abuso no exercício das suas funções normativas e fiscalizatórias.

O que não pode haver é o controle sobre as decisões técnicas tomadas pelas agências, para as quais elas gozam de maior autonomia. Do contrário, seria desnecessária a criação de novas entidades (agências reguladoras) se todas as suas decisões estivessem sujeitas à análise do Poder Central, inclusive as suas decisões técnicas.

Logo, a política regulatória é incumbência privativa das agências reguladoras, ao passo que as políticas públicas são de incumbência do Poder Central, a serem concretizadas pelos diversos Ministérios.

Assim, cabendo a cada qual uma atribuição diferente, mas que se aproximam em certos aspectos, não é de se estranhar que existam conflitos entre as agências reguladoras e os respectivos Ministérios.

32 A expressão “independência” talvez seja um pouco exagerada, sendo preferível falar-se em autonomia.

5 DA POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO EM FACE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Recursos administrativos são todos os meios que podem utilizar os administrados para provocar o reexame do ato pela Administração Pública.³³

Nesse sentido, o recurso hierárquico próprio é aquele dirigido ao agente público superior da autoridade prolatora do ato questionado, no mesmo órgão em que o ato foi praticado ou em órgão diverso mas com autoridade hierárquica sobre o órgão prolator da decisão.

Já recurso hierárquico impróprio é aquele dirigido à autoridade de outro órgão, não inserido na mesma relação hierárquica daquele que praticou o ato questionado, necessitando de expressa previsão legal.

Como afirmado acima, as decisões técnicas das agências, como regra, não estão sujeitas à revisão pelo Poder Central. Se estivessem, não haveria a necessidade de serem criadas as agências reguladoras com autonomia técnica para a tomada de decisões na sua respectiva área.

Obviamente, as decisões das agências reguladoras podem ser questionadas junto ao Poder Judiciário, em obediência ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF).

Outro fator que, em um primeiro momento, impediria a interposição de recurso hierárquico impróprio reside no fato de que nenhuma lei criadora de agência reguladora admite expressamente a sua previsão. Pelo contrário: em algumas leis está expressamente previsto que a decisão tomada pela agência reguladora encerra a instância administrativa.³⁴

Todavia, poder-se-ia argumentar que, com exceção das leis que preveem expressamente que determinadas agências encerram a instância administrativa (a exemplo das leis criadoras da ANATEL e da ANVISA – onde a polêmica seria maior), as demais leis instituidoras das agências reguladoras não vedam a utilização do recurso hierárquico impróprio dirigido ao Poder Central.

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 601.

34 As leis da ANATEL (Lei 9472/97, art. 19, inciso XXV) e da ANVISA (Lei 9782/99, art. 15, inciso VI e parágrafo 2º) expressamente preveem que estas agências são qualificadas como a última instância administrativa para o julgamento de recursos administrativos.

Ademais, seria o recurso hierárquico impróprio mero instrumento para o exercício do chamado controle ou tutela a ser manejado pelo Poder Central, o qual poderia, até mesmo, exercê-lo de ofício, quando a agência desborde do limite legal para o qual foi criada. Nesse sentido, parte da doutrina administrativista entende desnecessária a exigência de expressa previsão legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio, afinal, a agência reguladora deve conformar suas decisões aos limites legais, sem desbordar da sua competência legal, sob pena do Poder Central poder exercer o controle ou tutela sobre os atos inválidos praticados pelas agências.

Há ainda quem entenda que o art. 19 do Decreto-Lei 200/67 confere o fundamento legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio interposto em face das decisões das agências reguladoras para o respectivo Ministério. Confira-se o teor do aludido preceito legal:

Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República.

Desta maneira, tal ponto deve ser esclarecido nesta ocasião, para possibilitar a análise do cabimento ou não do recurso hierárquico impróprio.

6 DO PARECER AGU Nº AC-51/2006 / DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO EM FACE DAS DECISÕES DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

O parecer AGU nº AC-51/2006 é relativamente conhecido na área jurídica pois, a despeito da inexistência de previsão legal, fixou expressamente a possibilidade do cabimento de recurso hierárquico impróprio em face das decisões proferidas pelas agências reguladoras para o respectivo Ministério.

Referido parecer foi aprovado pelo Presidente da República, passando a ostentar força vinculante na Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, parágrafo 1º da Lei Complementar nº 73/93.³⁵

Observe-se a ementa do mencionado parecer:

35 Vide o teor do artigo mencionado: "O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento".

PORTO DE SALVADOR. THC2. DECISÃO DA ANTAQ. AGÊNCIA REGULADORA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DE RECURSO HIERÁRQUICO IMPRÓPRIO PELO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. SUPERVISÃO MINISTERIAL. INSTRUMENTOS. REVISÃO ADMINISTRATIVA. LIMITAÇÕES. I --O Presidente da República, por motivo relevante de interesse público, poderá avocar e decidir qualquer assunto na esfera da Administração Federal- (DL nº 200/67, art. 170). II - Estão sujeitas à revisão ministerial, de ofício ou por provocação dos interessados, inclusive pela apresentação de recurso hierárquico impróprio, as decisões das agências reguladoras referentes às suas atividades administrativas ou que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração direta. III - Excepcionalmente, por ausente o instrumento da revisão administrativa ministerial, não pode ser provido recurso hierárquico impróprio dirigido aos Ministérios supervisores contra as decisões das agências reguladoras adotadas finalisticamente no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor. IV - No caso em análise, a decisão adotada pela ANTAQ deve ser mantida, porque afeta à sua área de competência finalística, sendo incabível, no presente caso, o provimento de recurso hierárquico impróprio para a revisão da decisão da Agência pelo Ministério dos Transportes, restando sem efeito a aprovação ministerial do Parecer CONJUR/MT nº 244/2005. V - A coordenação das Procuradorias Federais junto às agências reguladoras pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios não se estende às decisões adotadas por essas entidades da Administração indireta quando referentes às competências regulatórias desses entes especificadas em lei, porque, para tanto, decorreria do poder de revisão ministerial, o qual, se excepcionalmente ausente nas circunstâncias esclarecidas precedentemente, afasta também as competências das Consultorias Jurídicas. O mesmo ocorre em relação à vinculação das agências reguladoras aos pareceres ministeriais, não estando elas obrigadas a rever suas decisões para lhes dar cumprimento, de forma também excepcional, desde que nesse mesmo âmbito de sua atuação regulatória. VI - Havendo disputa entre os Ministérios e as agências reguladoras quanto à fixação de suas competências, ou mesmo divergência de atribuições entre uma agência reguladora e outra entidade da Administração indireta, a questão deve ser submetida à Advocacia-Geral da União. VII - As orientações normativas da AGU vinculam as agências reguladoras. VIII - As agências reguladoras devem adotar todas as providências para que, à exceção dos casos previstos

em lei, nenhum agente que não integre a carreira de Procurador Federal exerça quaisquer das atribuições previstas no artigo 37 da MP nº 2.229-43/2001.

Em linhas gerais, o mencionado parecer fixou o entendimento de que (a) cabe recurso hierárquico impróprio das decisões proferidas pelas agências caso estas desbordem os limites de competência definidos em lei ou violem as políticas públicas definidas pela Administração Direta; (b) as agências devem obediências às políticas públicas definidas pelos respectivos Ministérios; (c) se a decisão da agência envolver matéria finalística desta autarquia (isto é, competência regulatória) e estiver em consonância com a política pública do setor, não caberá recurso hierárquico impróprio para o Ministério respectivo.

Convém detalhar as conclusões obtidas da análise do parecer AGU nº AC-51/2006.

Em primeiro lugar, frise-se que o próprio parecer ressalva que as decisões tomadas pelas agências reguladoras em matérias finalísticas não estão sujeitas a controle a cargos dos respectivos Ministérios, ou seja, em relação àquelas decisões proferidas *“no estrito âmbito de suas competências regulatórias previstas em lei e que estejam adequadas às políticas públicas definidas para o setor”*. É que, em relação às matérias finalísticas, seria um contrassenso o Poder Central criar as agências reguladoras, dotadas de autonomia técnica para, em seguida, reformar toda decisão finalística que a agência viesse a tomar.

Em segundo lugar, também deve ser esclarecido que o mencionado parecer conferiu a possibilidade da existência de recurso hierárquico impróprio em face das decisões das agências para o respectivo Ministério sem previsão legal expressa que regulamentasse a questão. Aqui, cabe frisar que parte da doutrina administrativista sempre se manifestou no sentido da necessidade da existência de previsão legal para a admissão do recurso hierárquico impróprio.³⁶ Por outro lado, alguns doutrinadores entendem desnecessária a

36 Obviamente, há quem entenda que o parecer AGU AC-51/2006 é ilegal, pois previu hipótese de cabimento do recurso hierárquico impróprio desprovida de previsão expressa em lei. Outros doutrinadores entendem que o art. 19 do Decreto-Lei 200/67 confere o fundamento legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio interposto em face das decisões das agências reguladoras para o respectivo Ministério. Confira-se o teor do aludido preceito legal: “Art. 19. Todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente, excetuados unicamente os órgãos mencionados no art. 32, que estão submetidos à supervisão direta do Presidente da República”.

expressa previsão legal para o cabimento do recurso hierárquico impróprio, uma vez que ele não passaria de uma maneira de concretizar o poder de controle ou tutela que o Poder Central exerce sobre suas autarquias. Em linguagem bem simples, ainda que não houvesse previsão legal, a autarquia não poderia ficar imune ao controle do Poder Central.

Em terceiro lugar, frise-se que o parecer em análise identificou três hipóteses nas quais é cabível o recurso hierárquico impróprio: (1) decisões das agências referentes às suas atividades administrativas ou (2) que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, (3) que violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração Direta.

Em relação às duas primeiras hipóteses, quais sejam, decisões referentes às atividades administrativas e decisões que ultrapassem os limites de competência das agências, não se vislumbram tantos óbices ao controle por parte do Poder Central. É que as atividades-meio (administrativas) das agências podem ser definidas em conjunto com o Poder Central sem que isso possa significar ingerência na matéria técnica-finalística. Quanto à exacerbação de competência por parte da agência, é de se salientar que configura prerrogativa do Poder Central impedir que as agências e demais autarquias desbordem dos limites definidos em suas leis criadoras.

É de se crer, portanto, que o maior problema reside na terceira hipótese, qual seja, a possibilidade do manejo do recurso hierárquico impróprio quando as agências reguladoras violarem as políticas públicas definidas pela Administração Direta para o setor regulado. A grande dificuldade reside na delimitação exata do que é política pública, visto este ser um conceito aberto que, eventualmente, poderia ser indevidamente utilizado para representar uma ingerência política irregular nas agências reguladoras.

É cediço que política pública é o conjunto de ações, programas e atividades desenvolvidas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, como forma de concretizar um direito previsto constitucionalmente, com vistas ao bem estar social.³⁷

Para Maria das Graças Rua:³⁸

37 Não há consenso doutrinário a respeito do conceito de política pública.

38 RUA, Maria das Graças. *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. Disponível em: <www.territoriosdadacidadania.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2013.

As políticas públicas (*policies*), por sua vez, são *outputs*, resultantes da atividade política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido é necessário distinguir entre política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando - em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis. Assim, embora uma política pública implique decisão política, nem toda decisão política chega a constituir uma política pública. Um exemplo encontre-se na emenda constitucional para reeleição presidencial. Trata-se de uma decisão, mas não de uma política pública. Já a privatização de estatais ou a reforma agrária são políticas públicas. – grifos no original.

Obviamente, a definição da política pública a ser seguida deve ficar a cargo da Administração Direta, por uma razão bem simples: o chefe do Poder Executivo foi democraticamente eleito justamente com a incumbência de definir as políticas públicas que o corpo administrativo irá concretizar, seguindo os ditames constitucionais.

Em sendo definida a política pública pelo chefe do Poder Executivo, não cabe às agências, por mais autonomia que tenham, contrariar ou ignorar as diretrizes formuladas. Não haveria desenvolvimento social se o Poder Central se orientasse a partir da política pública “x” enquanto as autarquias entendessem que deveria ser seguida a política pública “y”. Ademais, repita-se que não cabe às agências reguladoras formularem política pública, mas tão somente política regulatória.

Ocorre que o cumprimento da política pública não pode se transformar em indevido instrumento de ingerência política nas autarquias, em especial nas agências reguladoras.

Não se deve esquecer que as agências foram criadas exatamente com o objetivo de serem centros especializados e autônomos imunes à ingerência política, com certa independência para a tomada de decisões técnicas, mormente em relação à política regulatória de determinado setor.

Assim, o conceito de política pública não pode ser deturpado com a intenção de que o poder de controle/tutela seja transmudado para verdadeiro poder hierárquico a ser exercido pelo Poder Central em face da agência.

Repita-se: não há hierarquia entre o Poder Central e as agências reguladoras. Há, tão-somente, poder de controle ou tutela.

Destarte, afigura-se aparentemente lícito que as agências reguladoras tenham o dever de seguir as políticas públicas definidas pelo Poder Central, uma vez que os dirigentes das agências reguladoras não possuem a prerrogativa de definir as políticas públicas do país, sequer sendo democraticamente eleitos para tanto. Contudo, deve-se evitar o abuso por parte do Poder Central, no sentido de transformar o poder de tutela em verdadeiro poder hierárquico a ser exercido sobre a agência reguladora, inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro.

7 CONCLUSÃO

A Administração Pública Indireta consiste no conjunto de entes que prestam um serviço público ou de interesse público, possuidores de certa autonomia na concretização das finalidades legais para as quais foram criados.

Como regra, a Administração Direta não exerce poder hierárquico em face da Administração Indireta, possuindo apenas a prerrogativa do poder de controle ou tutela.

Nesse sentido, as agências reguladoras são consideradas autarquias sob regime especial, possuindo uma maior autonomia técnica na tomada das decisões administrativas que lhe incumbem. Logo, a Administração Direta não possui hierarquia sobre as agências reguladoras, apenas exercendo o poder de controle. Assim, percebe-se que não é cabível o chamado recurso hierárquico próprio interposto para o Poder Central em face das decisões proferidas pelas agências reguladoras, justamente pela falta de relação hierárquica entre ambos.

Ocorre que, conforme o Parecer AGU AC-51/2006, houve a explicitação de três hipóteses nas quais se admitiram o cabimento do recurso hierárquico impróprio interposto em face das decisões das agências reguladoras para o respectivo Ministério, quais sejam, (1) decisões das agências referentes às suas atividades administrativas ou (2) que ultrapassem os limites de suas competências materiais definidas em lei ou regulamento, ou, ainda, (3) que violem as políticas públicas definidas para o setor regulado pela Administração Direta.

Insta salientar que não há previsão legal expressa para o cabimento do referido recurso. Todavia, o artigo 19 do Decreto-Lei nº 200/67

estabelece que todo e qualquer órgão da Administração Federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro do Estado competente. Segundo parte da doutrina, neste dispositivo legal reside a possibilidade genérica do poder de controle ou tutela exercido pelos Ministérios em face das agências reguladoras.

A hipótese mais polêmica do cabimento do recurso hierárquico impróprio reside na possibilidade do Ministério admitir o cabimento do mencionado recurso quando a decisão da agência reguladora contrariar a política pública definida pelo Poder Central.

Obviamente, compete ao Poder Central a definição da política pública, uma vez que o chefe do Poder Executivo foi democraticamente eleito para tanto, sendo que as agências devem harmonizar a política regulatória com a política pública traçada. Nesse sentido, as agências não possuem autonomia absoluta para contrariar, até mesmo, a política pública definida pelo Governo.

Contudo, deve-se ter cautela para que tal hipótese não seja deturpada ao ponto do Poder Central passar a controlar e rever as decisões técnicas das agências reguladoras, afinal, elas foram criadas justamente para serem centros especializados, dotados de autonomia técnica para a matéria regulatória, imunes à eventual ingerência política. Não haveria sentido na criação das agências reguladoras se as decisões técnicas tomadas por esta pudessem ser constantemente modificadas pelo Poder Central.

Assim, não se confundem o exercício do poder hierárquico e o exercício do poder de controle ou tutela da Administração Direta em relação às agências reguladoras, em que pese o fato de que, no mundo fenomênico, muitas vezes seja difícil diferenciar com clareza os institutos.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras, legalidade e direitos fundamentais*. Limites aos poderes normativo e sancionatório da ANVISA na regulação de produtos fumígenos. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=48>. Acesso em: 28 out. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 nov. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: Carlos Ari Sundfeld, *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo, Malheiros, 1994.

RUA, Maria das Graças. *Análise de políticas públicas: conceitos básicos*. Disponível em: <www.territoriosdacidadania.gov.br>. Acesso em: 26 nov. 2013.

RECEBIDO EM: 18/12/2014

APROVADO EM: 23/03/2015

PARECER ASMG/CGU/AGU/01/2015

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

PARECER ASMG/CGU/AGU/01/2015**INTERESSADOS: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL**

Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Dissenso. Caixa Econômica Federal. Ministério do Desenvolvimento Social. Contrato de prestação de serviços. Inexigibilidade de licitação. Atendimento ao Programa Bolsa Família. Singularidade na prestação do serviço. Repasse de valores de programa de Governo que atende a quase 14 milhões de famílias brasileiras. Inexigibilidade de conduta diversa. Serviço prestado mediante remuneração. Atendimento a pessoas economicamente hipossuficientes. Impossibilidade de interrupção de atendimento. Ameaça de comoção social. Configuração de fluxo financeiro. Aferição contábil reveladora de alternâncias superavitárias e deficitárias. Não constatação de enriquecimento ilícito. Cláusulas pactuadas que garantem equilíbrio do contrato. Contrato acessório de prestação de serviços bancários. Contratos de traspasso bancário (giro). Instrumento administrativo de interesse recíproco. Necessidade de prestação de trato contínuo. Fluxo de caixa pode não se confundir com operação de crédito. Relação entre saldos e débitos que deve ser aferida dentro de determinado período de tempo. Utilização regular de recursos próprios. Inexistência de compromisso financeiro, situação preliminar à definição de operação de crédito.

Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Advogado-Geral da União,

1) INTRODUÇÃO E CONTORNOS DO PROBLEMA:

Com origem na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal-CCAF, tem-se a presente discussão que opõe a Caixa Econômica Federal-CEF e a União Federal, no caso, o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome-MDS, a propósito de adiantamentos que a CEF teria feito em favor de população interessada, no contexto das rubricas

do Programa Bolsa Família-PBF, instituído pela Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004¹.

2. Por intermédio de memorando, por mim firmado e ao Senhor Diretor da CCAF dirigido, enfatizou-se que esse ponto específico da matéria é objeto de apreciação dessa Consultoria-Geral da União-CGU, conforme orientação de Vossa Excelência². É do que se trata em seguida.

3. O assunto insere-se em amplo conjunto de dissensos que há, contrapondo a CEF e vários setores da União Federal, a exemplo do Ministério do Trabalho e Emprego-MTE³, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento-MAPA⁴, bem como do Ministério das Cidades⁵. Parcela desses dissensos tem sido objeto de conciliação junto à CCAF, nos termos de relatórios recorrentemente encaminhados pelo Senhor Diretor da referida CCAF e submetidos à apreciação e aprovação, também de Vossa Excelência. A questão já foi objeto de apreciação anterior, por parte da CCAF, e também dessa CGU.

4. A manifestação que segue é essencialmente técnica e substancialmente jurídica, elaborada por advogado público e, portanto, amparada pelas reservas e garantias de independência intelectual, técnica e de opinião que decorrem do art. 133 da Constituição Federal⁶, do § 3º do art. 2º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994⁷, bem como da Súmula nº 6, baixada pela Ordem dos Advogados do Brasil-OAB⁸. Enfatiza-se que o cumprimento do contrato, no pretérito, por parte da CEF, não foi submetido a essa Consultoria-Geral da União, que em nenhum momento autorizou trânsito de valores, até porque não questionada sobre o assunto. Não há, assim, autorização

1 Processo 00688.001298/2014-05 (Conciliadora- Clara Nitão) e Processo 00688.001229/2014-93 (Conciliadora Clara Nitão).

2 Memorando nº 193/2014/CGU/AGU, datado de 26 de setembro de 2014. O referido memorando foi complementado pelo Memorando nº 194/2014/CGU/AGU, datado de 29 de setembro de 2014.

3 Processo 00688.001730.001/2013-79 (Conciliadora- Thaís Pássaro) e Processo 00688.001428/2013-11 (Conciliadora Thaís Pássaro).

4 Processo 00400.006946-2013-08 (Conciliadora- Clara Nitão).

5 Processo 00400.006608-2013-68 (Conciliadora- Clara Nitão).

6 "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

7 "No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei".

8 "Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude."

ou convalidação, pelo presente entendimento, de atos pretéritos, ocorridos entre a CEF e o Tesouro Nacional.

5. E porque, nada obstante a firme convicção de que a dialética deve informar a discussão jurídica e o Estado de Direito⁹, onde vários pontos de vista devem ser objeto de debate e de confronto, as observações vindouras podem revelar algum nível de oposição a entendimento midiático já firmado¹⁰, bem como a representação apresentada por membro do Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União-TCU¹¹, a par de relatório de fiscalização de área técnica da Corte de Contas¹², é que urge avaliação e eventual aprovação de Vossa Excelência, de modo que o presente entendimento seja resguardado pelo alcance do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, condição mesma de sua aplicabilidade fática. Além do que, bem entendido, quanto ao assunto aqui tratado, insiste-se, o presente parecer não se presta para convalidar atos pretéritos, e nem mesmo para deferir administrativamente atos presentes e futuros. Cuida-se, tão somente, de enfrentamento de dúvida, surgida em processo de conciliação. Insista-se, as conclusões presentes não se aplicam, indiscriminadamente, a situações futuras, aqui não tratadas. No contexto geral do presente entendimento acena-se para necessidade de um aprimoramento de procedimentos futuros, por parte, assim da CEF como do Tesouro Nacional. E ainda, cautelarmente, urge que Vossa Excelência recomende à CEF para que não persista em eventuais adiantamentos de valores, em nome do Tesouro, até que a questão seja definitivamente decida pelo Tribunal de Contas da União.

6. O presente parecer jurídico tratará do problema a partir dos contratos de execução do PBF, Lei nº 10.836, de 2004, em torno dos quais se centram as reflexões presentes. O núcleo de compreensão do problema desenha-se a partir da atuação da Caixa Econômica Federal,

9 Conferir, por todos, MacCormick, Neil, *Retórica e Estado de Direito*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes.

10 Entre outros, conferir *Jornal Valor Econômico*, edição de 19 de janeiro de 2015.

11 Procurador Dr. Júlio Marcelo de Oliveira, representação datada de 21 de agosto de 2014, junto ao Ministro José Múcio Monteiro. Ao que consta, e segundo noticiado no Relatório de Fiscalização TC 021.643/2014-8, há também interesse na apuração de eventuais irregularidades, pela Secretaria do Tesouro, por parte da Exma. Sra. Procuradora da República Ana Carolina Oliveira Tannús Diniz, que atua no Distrito Federal, e que teria oficiado ao TCU, por meio do Ofício 7960/2014/ACT/MPF/PRDF, no qual, segundo se lê no relatório TCU, se questiona “se foi instaurado algum procedimento para apurar as eventuais irregularidades noticiadas”.

12 Relatório TC 021.643/2014-8.

de quem não se poderia ter exigido, no caso presente, conduta diversa ao pagamento dos benefícios, especialmente porque previsto em cláusula contratual. É presunção que a cláusula contratual que deu ensejo à atuação da CEF fora avaliada pelas áreas técnicas. O entendimento aqui anunciado aplica-se, tão somente, ao debate trazido à Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU, de certa forma também levado ao Tribunal de Contas da União, especialmente sob a ótica da atuação da CEF, dado que ações e omissões do Tesouro seriam mais particularmente acompanhadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Foi a CEF quem levou a discussão à Câmara de Conciliação e Arbitragem da AGU. A situação ganha foros de gravidade com relatório de área técnica do Tribunal de Contas da União.

7. Como se pretende demonstrar, o mencionado relatório tem como premissa um registro de movimentação financeira, da CEF, provavelmente deixando de levar em conta de que se cumpriu cláusula contratual, cuja desatenção poderia ter como resultado forte comoção social, bem como eventual responsabilização dos dirigentes da CEF, na hipótese de recusa de repasse de valores. Não se pode perder a referência de que a questão é prioritária de política social e de dignidade da pessoa humana, de fortíssimo comprometimento com o combate à pobreza e à miséria, em face do que se deve interpretar as regras de restrições orçamentárias. Espera-se do intérprete uma atuação objetiva e equilibrada, isenta de paixões¹³. Com todo o respeito e acatado devidos à atuação da área técnica do TCU, há alguns pontos relativos ao problema que o presente expediente deve enfatizar.

II) O ENTENDIMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

8. As linhas gerais do problema também foram fixadas no contexto do Ofício nº 0018/2014/DIJUR, datado de 14 de julho de 2014, firmado pelo Senhor Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal-CEF, onde se lê, no que interessa ao desate do presente caso, e com ênfases minhas:

“ [...] A Caixa Econômica Federal – CAIXA é instituição financeira federal oficial responsável pelo pagamento do Programa Bolsa Família, nos termos da Lei nº 10.836, de 09 de janeiro de 2004, existindo, para tanto, contrato

13 Cf. FERRARA, Francesco. *Como Interpretar as Leis*. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 25. Tradução para o português de Joaquim Campos de Miranda.

firmado com o Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), conforme o disposto no artigo 16 do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004.

[..] Ocorre que, entre os meses de outubro e dezembro de 2013 e, novamente, desde o mês de fevereiro de 2013, o MDS tem repassado recursos financeiros de forma intempestiva e em volume insuficiente para os pagamentos dos benefícios, ocasionando saldos negativos nas contas suprimimento do Programa para os exercícios de 2013 e 2014.

[..] Com efeito, a CAIXA vem observando as disposições pertinentes à prestação de serviços ao Bolsa Família, de forma a garantir a sua continuidade, realizando os pagamentos e debitando o valor correspondente nas contas suprimimento dos Programas.

Tal é feito para permitir o acesso aos recursos pelo público destinatário, de modo a lhes prover a própria subsistência, sendo assegurada, de qualquer forma, remuneração diária sobre o saldo negativo registrado nas contas suprimimentos com base na Taxa Extra mercado do BACEN – DEDIP.

Referida sistemática encontra previsão no contrato firmado entre a União, por meio do Ministério do Desenvolvimento Social e a CAIXA, conforme cláusula assim redigida.

“CLÁUSULA DÉCIMA – DOS RECURSOS PARA PAGAMENTO DA FOLHA DE BENEFÍCIOS

[..]

Subcláusula Oitava – Na eventual insuficiência de recursos na Conta Suprimimento para o pagamento de benefícios constantes das folhas de pagamento das Ações de Transferência de Renda, se a CONTRATADA assegurar por seus meios o pagamento dos benefícios, fica assegurada à CONTRATADA remuneração diária sobre o saldo negativo registrado nessa conta com base na taxa extra mercado do Banco Central – DEDIP.”

[...] De fato, a questão se reveste de peculiar complexidade, uma vez que transcende a simples atuação da CAIXA como instituição financeira, envolvendo também aspectos próprios à sua condição de empresa pública e ao desempenho de sua missão legal, qual seja, a de executar e operacionalizar políticas públicas sociais e ao Estado Brasileiro.

[...] A matéria foi examinada, sob o prisma jurídico, pela Diretoria Jurídica da CAIXA, que exarou parecer, consubstanciado na Nota Jurídica n. 0093/2014, em anexo, pela qual se concluiu, em síntese, que o procedimento adotado pela CAIXA, de utilização extraordinária e temporária de recursos próprios para fazer à necessidade de pagamentos aos beneficiários finais de programas sociais, tais como o Bolsa Família, nas hipóteses de ausência de prévio ou concomitante repasse de recursos suficientes pelos respectivos Ministérios, tem amparo contratual, legal e constitucional.

[...] Ademais, que tal procedimento não se caracteriza como operação financeira, e, portanto, não se enquadra nas vedações da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), bem assim que o devido ressarcimento dos custos pelos Ministérios, de igual forma, é, também, previsto contratualmente e tem amparo na Lei 8.666/93.

[...] Sobreleva ressaltar que o aludido parecer jurídico identifica precisamente na mencionada Sub-cláusula Oitava da Cláusula Décima do Contrato de Prestação de Serviço firmado com o Ministério, a base contratual para a conduta da CAIXA de que ora se fala.

[...] Certamente, para que tenha sido aprovado e subscrito pelas partes, o mencionado instrumento foi apreciado pela Consultoria Jurídica do Ministério, órgão de execução integrante da AGU, o que corrobora a convicção da absoluta regularidade jurídica de suas disposições e do direito da CAIXA em ser ressarcida dos custos que tem suportado.

[...] Veja-se que o escopo da referida disposição contratual, é, precisamente, o de manter a efetivação dos pagamentos, garantindo a continuidade dos programas sociais, porém tendo os respectivos custos compensados pelo período em que disponibilizar os recursos.

[...] Deve ser ressaltado que a CAIXA não está obrigada a disponibilizar os recursos. Trata-se de faculdade dessa empresa pública com a cobertura do custo correspondente.”

III) A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E O PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA

9. A CEF atua como agente operador do PBF, situação que lhe confere relevante peculiaridade. Essa constatação revela ingrediente hermenêutico para a interpretação do contrato de prestação de serviços que se desdobra na gestão desse modelo de políticas públicas¹⁴.

10. Disposição legal expressa atribuiu à CEF a função de agente operador do programa, mediante remuneração, a par de condições pactuadas com o Governo Federal, obedecidas as formalidades legais¹⁵.

11. A fixação de condições -- que são pactuadas, publicadas, divulgadas, dentro da mais absoluta transparência -- explicita contrato de prestação de serviços, instrumento jurídico que viabiliza o modelo do PBF, e que é o ponto de partida e de chegada para a compreensão do fluxo financeiro que permite que se cumpra orientação constitucional que dispõe que é objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais¹⁶. Esse contrato, ademais, depende de prévia avaliação das áreas que atuam no caso, no Tesouro e nas várias projeções ministeriais.

12. O PBF é aperfeiçoamento de programas que se realizam em passado recente, de unificação de procedimentos de gestão e de execução de ações de transferência de renda, a exemplo do Programa Nacional de Renda Mínima, vinculado à Educação - Bolsa Escola, instituído pela *Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001*, do Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA, criado pela *Lei nº 10.689, de 13 de junho de 2003*, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde - Bolsa Alimentação, instituído pela *Medida Provisória nº 2.206-1*, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo *Decreto nº 4.102*, de 24 de janeiro de 2002, bem

14 Art. 12 da Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004.

15 Art. 12 da Lei nº 10.836, de 2004.

16 Constituição Federal, inciso III do art. 3º.

como do Cadastro Único do Governo Federal, instituído pelo *Decreto nº 3.877, de 24 de julho de 2001*¹⁷.

13. O PBF -- já se consignou em 2010 -- se constitui na principal ação pública de transferência de renda no Brasil¹⁸. Em 2011, insistiu-se no programa, como arranjo institucional para a superação da pobreza no Brasil, por intermédio de atuações diretas de transferência de renda, bem como por meio de acompanhamento de condicionalidades e pela oferta de programas complementares¹⁹. Fórmula essencial na construção de políticas de proteção social e segurança alimentar e nutricional, o PBF tem sido ampliado, inclusive com mecanismo de pagamento de benefícios variáveis, destinados à proteção de mulheres grávidas²⁰.

14. Em 2013 o PBF foi definido como integrante do eixo garantia de renda do Plano Brasil sem Miséria, consolidando-se como um dos mais importantes instrumentos de combate à pobreza e à extrema pobreza do Brasil²¹. Nesse mesmo ano, 2013, o PBF se tornou o maior programa de transferência de renda do mundo²², ao que consta, em dezembro de 2013, atendeu a 14,1 milhões de famílias, com um volume de recursos da ordem de R\$ 24 bilhões [...] o benefício médio mensal foi de R\$ 152,00 por família²³. De tal modo, de acordo com documento da Presidência da República:

“ Uma das principais mudanças implementadas no PBF em 2013 foi a ampliação do público que recebia o benefício criado no âmbito da Ação Brasil Carinhoso para retirar da extrema pobreza as famílias do PBF que ainda se encontravam nessa situação. Batizado de Benefício para a Superação da Extrema Pobreza (BSP) e criado em maio de 2012, ele foi concedido às famílias extremamente pobres que

17 Parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.836, de 2004.

18 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2010, Brasília: Secretaria-Geral da Presidência da República, 2010. p. 135.

19 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2011, Brasília: Presidência da República, 2011. p. 137.

20 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2012, Brasília: Presidência da República, 2012. p. 149.

21 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2013, Brasília: Presidência da República, 2013. p. 131.

22 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2014, Brasília: Presidência da República, 2014. p. 139.

23 Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2014, cit. loc. cit.

possuíam em sua composição crianças de zero a seis anos de idade. A partir de novembro, ele foi ampliado, passando a ser pago às famílias com adolescentes de até 15 anos. Em março de 2013, o BSP passou a ser pago a todas as famílias participantes do Programa, independentemente da composição familiar. Atualmente, nenhuma das famílias beneficiárias está abaixo da linha da extrema pobreza. De acordo com dados de dezembro de 2013, das 14,1 milhões de famílias do Programa, 4,9 milhões recebiam o BSP, cujo valor é calculado de acordo com a renda per capita de cada família.

No aspecto econômico, dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) / Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2011 demonstram que, entre as famílias com rendimento mensal per capita de até 25% do salário mínimo, ou seja, as que se encaixam no perfil do Bolsa Família, 62% da renda familiar era proveniente do trabalho, o que se contrapõe à ideia muito difundida entre parte da população de que o Bolsa Família contribuiria para desestimular as pessoas a trabalhar.

Como prova do reconhecimento internacional, o Bolsa Família foi o vencedor da primeira edição do Prêmio por Desempenho Extraordinário em Seguridade Social, oferecido pela Associação Internacional de Seguridade Social, que congrega 330 organizações filiadas em 157 países.

Na última década, graças ao Bolsa Família, 36 milhões de brasileiros saíram da extrema pobreza, sendo 22 milhões em função das mudanças implementadas com o Plano Brasil sem Miséria. Esse resultado não poderia ter sido alcançado sem o comprometimento dos Estados e dos Municípios no cadastramento das famílias e na administração local do Programa.

O Governo Federal reconhece a importância desse trabalho, destinando recursos a todos os entes federados com base no Índice de Gestão Descentralizada (IGD), que varia de acordo com a taxa de atualização dos cadastros, o cumprimento das condicionalidades e a prestação em dia das contas, entre outros fatores. Em 2013, até o mês de outubro, a União

havia transferido R\$ 417,1 milhões com base no IGD aos Municípios e R\$ 20,2 milhões para os Estados.”²⁴

IV) O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CELEBRADO ENTRE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E O MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL

15. Atribuiu-se à CEF a função de agente operador do referido programa, *mediante remuneração e condições a serem pactuadas com o Governo Federal, obedecidas as formalidades legais*, nos exatos termos do art. 12 da referida lei nº 10.836, de 2004. Para uma adequada compreensão do problema tome-se, por exemplo, contrato celebrado entre o MDS e a CEF, com vistas a ações de transferência de renda e cadastro único para os exercícios de 2013-2015, objeto da presente discussão, na CCAF.

16. Como se lê na ementa do referido documento, trata-se de *contrato de prestação de serviços que entre si celebram a União, por intermédio do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, na qualidade de contratante, e a Caixa Econômica Federal, como contratada, objetivando a prestação de serviços no âmbito do Cadastro Único e das ações de transferência direta do Governo Federal sob gestão do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome*. Os contratantes reconheceram sujeição à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, situação que decorre, em primeiro lugar, *de ato de inexigibilidade de licitação, publicado no Diário Oficial da União-DOU de 26 de dezembro de 2012*, com fundamento no art. 25 da Lei nº 8.666, de 1993, combinado como art. 12 da Lei nº 10.836, de 2004, bem como com o art. 16 do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004.

17. Cuida-se de um *contrato de serviço*, isto é, de um “*ajuste administrativo que tem por objeto uma atividade prestada à Administração, para atendimento de suas necessidades ou de seus administrados*”²⁵. Em sentido amplo, trata-se de um contrato administrativo, que Hely Lopes Meirelles, na primeira edição de seu livro clássico já definia como “[...] *todo aquele que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a realização de serviço, execução de obra, ou obtenção de qualquer outra prestação de*

²⁴ Presidência da República- Mensagem ao Congresso Nacional-2014, cit. loc. cit.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 259.

Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho.

*interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração*²⁶. A situação deve ser interpretada a partir de sua causa, e não a partir de sua consequência. Seu motivo determinante radica em contrato, operacionalizador de uma política pública que revela algum nível hierárquico de escolhas hermenêuticas²⁷.

18. No caso presente, o fundamento do contrato fora a prestação de um serviço, consistente no repasse de valores de programas de governo, decorrentes de lei, para seus destinatários. Por intermédio desses contratos, a Administração persegue o superior cânone da eficiência, que deve orientar sua atuação²⁸. O realismo administrativo deve nortear qualquer compreensão do problema. Muito difícil seria para a União manter uma conta direta, de livre acesso do beneficiário do programa, por intermédio da qual todos os pagamentos sejam feitos. Parece ser imperativa a presença de um agente financeiro, pautada por um contrato de prestação de serviços, de gerenciamento de recebimento e de pagamentos.

19. No contrato aqui analisado, tem-se, no núcleo, hipótese de inexigibilidade de licitação, por força de inviabilidade de competição, o que decorre da natureza jurídica da CEF²⁹, e do papel que essa instituição financeira, empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda, protagoniza na Administração Pública brasileira contemporânea.

20. A peculiaridade da CEF justificou a inexigibilidade da licitação (e não a dispensa) porquanto “[...] a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou com quem se quer contratar, que impede o certame, a concorrência, o que impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite contratação direta, isto é, sem a prévia licitação”³⁰. No panorama da organização administrativa brasileira contemporânea, ao que consta, apenas a CEF deteria as condições

26 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964. p. 234.

27 Para o tema da hierarquia hermenêutica, conferir BETTI, Emílio. *Interpretação da Lei e dos Atos Jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 187 e ss. Tradução de Karina Jannini.

28 O tema é explorado por FARIA, Edimir Ferreira. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 50-51.

29 Decreto-Lei nº 759, de 12 de agosto de 1969.

30 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 469-470.

necessárias, suficientes, contingentes e eficientes, para o repasse dos valores do PBF.

21. O que se tem, concretamente, é efetiva *inviabilidade de licitação*, no sentido que lhe empresta a doutrina, isto é, há uma *singularidade na prestação do serviço*³¹. Essa inexigibilidade, que decorre de uma exclusividade, precisa ser comprovada³². Referida exigência se resolve satisfatoriamente no plano mesmo de definição da CEF, *um banco público para o desenvolvimento econômico do País*, conforme percepção própria da referida empresa pública³³, com atuação centrada em ações governamentais³⁴, cuja capilaridade, e decorrente inserção em áreas de maior necessidade de ação governamental, constitui-se fato notório.

22. De fato, “quando existe uma única solução e um único particular em condições de executar a prestação, a licitação seria imprestável”³⁵. Assim, “[...] nos casos de inexigibilidade, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável”³⁶. Apenas a CEF, e nenhum outro agente, quer-se acreditar, detém as condições organizacionais para operar o PBF, bem como alguns outros programas de governo, centrados no combate à fome e às desigualdades.

23. Entre outros, pactuou-se que “na eventual insuficiência de recursos na Conta Suprimento para o pagamento de benefícios constantes das folhas de pagamento das Ações de Transferência de Renda, fica assegurada à CONTRATADA, o direito de optar pela suspensão desse serviço até que seja

31 Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 550.

32 Cf. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 245.

33 Conforme se lê no site eletrônico da CEF, de forma apologética, as origens dessa instituição remontam ao século XIX: “No dia 12 de janeiro de 1861, Dom Pedro II assinou o Decreto nº 2.723, que fundou a Caixa Econômica da Corte. Desde então, a Caixa caminha lado a lado com a trajetória do país, acompanhando seu crescimento e o de sua população. A Caixa sempre esteve presente em todas as principais transformações da história do país, como mudanças de regimes políticos, processos de urbanização e industrialização, apoiando e ajudando o Brasil.” Disponível em: <www.caixa.gov.br>. Acesso em: 16 jan. 2015.

34 “A Caixa é uma empresa 100% pública, e que exerce um papel fundamental no desenvolvimento urbano e da justiça social do país, vez que prioriza setores como habitação, saneamento básico, infraestrutura e prestação de serviços, contribuindo significativamente para melhorar a vida das pessoas, principalmente as de baixa renda. Além disso, ela apoia inúmeras atividades artísticas-culturais, educacionais e desportivas, garantindo um lugar de destaque no dia a dia das pessoas, pois acredita que pode fazer o melhor pelo país e por cada um de seus habitantes.” Disponível em: <www.caixa.gov.br>. Acesso em: 16 jan. 2015.

35 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 399.

36 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 371.

*normalizado o fluxo financeiro, conforme o Inciso XV do art. 78, da Lei nº 8.666, de 1993*³⁷.

24. Essa cláusula é o núcleo da discussão. Tem-se como premissa que essa cláusula foi devidamente aferida pelas áreas técnicas envolvidas, da CEF, do Tesouro e das projeções ministeriais.

25. Dentro desse mesmo sistema, pactuou-se que “*na eventual insuficiência de recursos na Conta Suprimento para o pagamento de benefícios constantes da folha de pagamento das Ações de Transferência de Renda, se a CONTRATADA assegurar por seus meios o pagamento de benefícios, fica assegurada à CONTRATADA remuneração diária sobre o saldo negativo registrado nessa conta com base em taxa extramercado do Banco Central-DEDIP*”³⁸. Essa cláusula decorre da cláusula anterior. Permite o equilíbrio de contas. Previne o enriquecimento ilícito. Dá um tom mediador na contingência da administração dos fluxos financeiros que correm para assegurar que o PBF chegue às mãos de quem dele necessite.

26. Assim, são dois pontos desse contrato de prestação de serviços que exigem pronta atenção. Primeiro, a CEF poderia ter exercido *o direito de optar pela suspensão do serviço até que houvesse normalização do fluxo financeiro*. Segundo, a CEF tem a seu favor o direito à remuneração diária sobre o saldo negativo registrado na conta na qual o fluxo financeiro da prestação do contrato transita. É essa engenharia contratual que permite o funcionamento do sistema. Uma escolha racional orientou a opção da CEF, no sentido de efetivar os repasses³⁹.

27. A CEF não optou pela suspensão do serviço. Do ponto de vista conceitual, a natureza da prestação que lhe é contratualmente fixada, demanda uma continuidade, que reflete o também clássico tema da *continuidade do serviço público*⁴⁰. E do ponto de vista fático, a interrupção do recolhimento dos valores do PBF ensejaria e fomentaria intensa comoção social. Esse ponto do problema deve ser levado em conta.

37 Subcláusula Oitava da Cláusula Décima de contrato de prestação de serviços prestado em CEF e União Federal.

38 Subcláusula Nona da Cláusula Décima de contrato de prestação de serviços prestado em CEF e União Federal.

39 Para o tema da escolha racional, por todos, Posner, Richard, *Economic Analysis Law*, New York: Aspen, 2002, especialmente o capítulo introdutório.

40 Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

28. Não se poderia exigir outra conduta, por parte da CEF, na hipótese de inexistência de recursos aportados pelo Tesouro, com vistas ao pagamento, entre outros do PBF. Por exemplo, em 20 de maio de 2013 o Jornal Folha de São Paulo deu conta de que uma “onda de boatos sobre o fim do programa Bolsa Família levou milhares de pessoas [...] a lotéricas e agências da Caixa Econômica Federal, para sacarem seus benefícios”. E ainda, em 21 de maio de 2013, o assunto foi também explorado pelo Jornal O Estado de São Paulo, inclusive com informação de que “a superintendência da Polícia Federal em Brasília instaurou inquérito para investigar a origem dos boatos”. O não pagamento de recursos, por qualquer razão, exceto a inexistência absoluta de valores em caixa (*nemo dat quod non habet*), poderia ter como resultado uma reação descontrolada.

29. Nesse contexto, eventual, suposta e imaginária opção da CEF, no sentido de interromper os pagamentos do benefício, como autorizado pelo contrato, poderia redundar no caos, sobremodo porque, como a própria imprensa noticiou, o PBF contemplava 13,8 milhões de famílias. A importância do programa, e seus reflexos em relação a direitos fundamentais - - alimentação, sobrevivência, dignidade, erradicação da pobreza, todos com assento constitucional - - justificam a atuação da CEF, no sentido de utilizar recursos próprios, para pagamento de benefícios.

30. A suspensão pura e simples dos pagamentos seria uma *ultima ratio*, que os dirigentes da CEF evitaram. Preferiram provocar a Câmara de Conciliação da AGU para enfrentamento da questão. Evitaram também, nesse sentido, a judicialização da litigância intragovernamental. Prestigiaram as instituições: essas importam, dimensionam positivamente a atuação política⁴¹. E transitaram no campo da mais absoluta legalidade, aplicando cláusula contratual devidamente pactuada, e ao que consta avaliada pelas respectivas áreas técnicas.

31. Talvez não houve outro modo de agir, sob pena de se pretender responsabilizar a CEF pela negativa do repasse de recursos, no contexto do problema aqui tratado, ainda que disposição contratual autorizasse a opção. O não pagamento de recursos do PBF, com base no motivo justificativo da interrupção do serviço, contratual, poderia ensejar pronta e necessária intervenção do Ministério Público Federal⁴² e da Defensoria

41 O institucionalismo é tema explorado por North, Douglass C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge University Press, 2007.

42 Art. 127 e ss. da Constituição Federal.

Pública⁴³. Aquele primeiro como guardião da ordem jurídica, esse último, como defensor dos necessitados e dos economicamente hipossuficientes. Entre as duas opções contratuais: suspender o pagamento ou deixar de pagar, a CEF decidiu em favor do beneficiário do PBF. Não pode ser penalizada. O que, no entanto, não implica no fato de que os sistemas de monitoramento e de controle do repasse desses recursos não devam ser melhorados e monitorados. Além do que, preventivamente, até decisão final do TCU, adequado que se recomende que a CEF deixa de repassar valores, como fez nas hipóteses aqui tratadas.

V) O FLUXO DE RECURSOS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO CONTEXTO ANÁLOGO DE UM CONTRATO DE TRANSPASSO BANCÁRIO

32. O que se tem no caso presente, do ponto de vista fático, é um efetivo *fluxo de recursos*, com índices variáveis, positivos e negativos, que se encontram, exatamente como balanços e demonstrativos efetivamente comprovam. Os recursos não transitam do Tesouro para o beneficiado de maneira direta. Não há retirada direta de valores de uma conta do Tesouro, por parte do beneficiário/interessado. Tem-se por premissa que há uma efetiva impossibilidade de pagamento direto do PBF ao interessado, por parte do Tesouro.

33. O modelo se realizou mediante uma fórmula por meio da qual houve depósito (por parte do Tesouro, em conta da CEF) e pagamento progressivo e continuado (por parte da CEF, em favor dos beneficiários). Simplesmente, não havia como a CEF receber e repassar os benefícios em tempo real que refletisse o exato momento do pagamento. Essa expectativa não é real.

34. Ao que consta, a CEF recebia recursos do Tesouro, uma, duas, ou três vezes ao mês, realizando os pagamentos necessários, na medida em que os interessados se dirigiam aos pontos de atendimento. São aspectos que a área técnica do TCU poderia ter levado em conta também. Não havia como se fixar um fluxo direto que vinculasse o Tesouro e o interessado, prestando-se a CEF como mero agente viabilizador de uma determinação que o contrato sufragou. O contrato de prestação de serviços avençado transcendia a essa simplificação institucional.

43 Art. 134 da Constituição Federal.

35. Uma apuração criteriosa que afira os mencionados fluxos poderia comprovar a assertiva, no sentido de que poderia haver uma compensação, entre posições negativas e positivas. Mais importante: em nenhum momento deixou-se de atender ao beneficiário, prestigiando-se o superior cânone da dignidade da pessoa humana, realizando-se, na plenitude, a *eficácia dos direitos fundamentais*⁴⁴. É essa a referência que não se pode perder de vista. O maior interessado nos repasses de que aqui se trata é o titular do programa governamental de transferência de renda. É justamente esse hipossuficiente que deve ser o ponto de partida para a construção da melhor interpretação para o presente caso.

36. Insista-se: não houve danos aos beneficiários do PBF. Seria essa a hipótese, única, de medida interventiva do MPF e da Defensoria Pública. Não é o caso. Não houve solução de continuidade na prestação dos benefícios. Uma leitura ponderada do problema, *sine ira et studio*, aponta que a opção tomada - - (i) pagar os benefícios e (ii) recorrer à CCAF - -, fora provavelmente a mais acertada. Evitou-se o tumulto social e preveniu-se a litigância intergovernamental. No entanto, essa situação não pode (e nem poderia) se renovar indefinidamente, porquanto nessa hipótese seria inevitável a identificação de uma operação de crédito, situação vedada pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Por isso, a necessidade de melhoras nos sistemas de repasses de valores, entre CEF e Tesouro.

37. O Tesouro repassa recursos com base em estimativas. O seguro-desemprego, por exemplo, é instância de valoração flexível, volátil, fluida, decorrente de conjunturas cuja previsão escapa ao controle empírico da avaliação dos provedores de recursos. Investigação contábil das operações certamente indicaria que teria havido alternâncias entre posições negativas e positivas, em favor, e em desfavor, dos agentes que movimentam o sistema: Tesouro e CEF.

38. A CEF é instituição financeira federal. Detém a responsabilidade pelo pagamento dos benefícios do PBF. O faz por força de contrato de prestação de serviços devidamente pactuado, divulgado e sujeito a todas as formas de controle, internos e externos. Zelou pela continuidade do pagamento dos benefícios do PBF. Atuou diretamente para garantir a sobrevivência de quase 14 milhões de famílias brasileiras, beneficiárias

44 Nesse tema, eficácia dos direitos fundamentais, conferir, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais - uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

de um programa governamental devidamente discutido no Congresso Nacional, instância que o aprovou.

39. Todos esses problemas foram enfrentados pelos advogados da CEF, nos termos do excerto que segue, com ênfases minhas, e com omissão da numeração originária:

“[...] A questão [...] consiste na averiguação da legalidade do pagamento/repasse dos benefícios, nos casos em que, eventualmente, não tenha havido o integral repasse dos recursos orçamentários pelo respectivo ministério responsável pelo benefício social.

[...] A CAIXA está amparada pelas já mencionadas leis de regência, pela Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), pelos instrumentos contratuais celebrados e ainda encontra supedâneo na própria Constituição Federal, não havendo qualquer conflito com outros diplomas legais.

[...] Com efeito, a espécie se enquadra como instrumento de fluxo de caixa.

[...] O fluxo se caracteriza como mecanismo que controla todas as movimentações financeiras de um dado período de tempo, podendo ser diário, semanal, mensal, anual ou outro período que se estabeleça e se compõe dos dados obtido dos controles de contas a pagar, contas a receber, despesas, saldo de aplicações e todos os demais elementos que representem as movimentações de recursos financeiros de uma determinada pessoa, ente ou órgão.

[...] Dentro da sistemática de fluxo, é considerada uma prática regular a utilização de recursos próprios para fazer face, em caráter extraordinário, a eventuais falhas de provisões orçamentárias de repasses governamentais. Nesse caso, ao final de um determinado período (dia, mês, trimestre, semestre ou ano), no encontro de contas, apura-se o resultado que, em sendo negativo, ensejará dedução no próximo repasse, equalizando-se os valores por meio das taxas previstas contratualmente, a qual, no caso do contrato de prestação de serviços relativo ao Seguro desemprego e Abono salarial é a Taxa de Extramercado do Banco Central – DEDIP.

[...] **Importante frisar que a CAIXA não está entregando recurso à União, tampouco está obtendo um “spread” em razão da intermediação de recursos, elementos caracterizadores de uma operação de crédito.**

[...] Em verdade, o que ocorre é o ressarcimento à CAIXA de um custo decorrente da prestação de serviço, para o qual ela não concorreu, de modo a preservar o equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do que dispõe a Lei 8.666/93:

Art. 5º. Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

§ 1º Os créditos a que se refere este artigo terão seus valores corrigidos por critérios previstos no ato convocatório e que lhes preservem o valor. [...]

[...] Assim, como a CAIXA recebe a contraprestação devida legalmente, que lhe compensa os custos inerentes à sua atividade de repassadora de recursos, igualmente, lhe é lícito continuar a prestar tal serviço e ser ressarcida por estes custos posteriormente.

[...] Tal é o que ocorre com qualquer contrato administrativo, regido pela Lei n. 8.666/93, como é o caso sub analysis, no qual o contratado tem a faculdade de continuar prestando o serviço à Administração, a fim de que não haja solução de continuidade do serviço público, devendo ser ressarcido pelos custos que tiver que suportar.

[...] **Acaso seria razoável se imaginar que o particular que fosse contratado pela Administração e assim agisse,**

optando por continuar a prestar o serviço, mesmo diante o atraso de pagamentos pelo Ente contratante, porém sendo ressarcido posteriormente, estivesse financiando o Estado? Evidente que não.

[...] Também, não há que se falar em antinomia com outro diploma legal, em especial com a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar 101/2000).

[...] Ora, como dito, a conduta da CAIXA sob foco não se caracteriza como mútuo bancário, nem se enquadra em qualquer destas hipóteses de equiparação, caracterizando-se como mero fluxo de caixa.

[...] Como se nota, o fluxo de caixa previsto contratualmente (fluxo de compensação entre débitos a créditos) que venha a ocorrer não se enquadra em nenhum dos conceitos de operação de crédito contidos na LFR.

[...] Ressalte-se também, que o contrato firmado entre a CAIXA e os Ministérios não se equipara, em nenhuma hipótese a contrato de financiamento, tampouco se trata de novação, refinanciamento ou “postergação de dívida” contraída anteriormente, não incidindo, na hipótese, também a vedação contida no art. 35 da referida LC 101/00.

[...] Igualmente, inexistindo operação de crédito na situação ora em exame, não há que se falar em empréstimo ou adiantamento a controlador (União), muito menos na ocorrência de violação à Lei 4.595/64 (art. 34, III), ou à Lei 7.492/86 (art. 17), sobretudo porque o mencionado dispositivo da primeira norma não se destina às instituições financeiras públicas federais”⁴⁵.

40. O que caracterizou o contrato de prestação de serviços celebrado entre a CEF e a União é o trânsito de valores em contas de partidas indicativas de créditos e débitos. O critério cronológico para as respectivas aferições poderia se limitar e se expandir a todos os lapsos de contagem com os quais operamos: dia, semana, mês, ano. O que importa é um marco terminativo, um *dies ad quem*, no qual se possa consubstanciar

45 Caixa Econômica Federal. NJ DIJUR 0093/2014 Div # 10, fls. 3 e ss.

se há equiparação entre provisões e repasses. O contrato não permitiu locupletamento da CEF, e também vedou vantagens para a União. É inegável que medidas operacionais ou de controle devam ser desenvolvidas. Não pode haver dúvidas. Deve-se seguir também as disposições da Lei da Responsabilidade Fiscal.

41. Uma investigação preliminar dá-nos conta de que o fato ocorrido talvez não ensejasse nenhuma novidade. Tome-se como exemplo o repasse, pela Caixa Econômica Federal, de valores referentes ao seguro desemprego. Há indicativos de que a movimentação dos recursos para pagamento de seguro desemprego no ano de 2000 teria contemplado saldos negativos nos meses de janeiro, maio, junho, setembro e outubro. Deve-se confirmar a hipótese, que aqui se constrói com base nas informações até agora colhidas na documentação disponibilizada.

42. No ano de 2001, ao que consta, teria havido saldos negativos nos meses de janeiro e de agosto. No ano de 2002, de igual modo, teria havido saldos negativos em janeiro e em julho. Percebem-se valores expressivos, na conta de saldos negativos, no referido exercício de 2002, com cifras que orçavam entre 400 e 500 milhões de reais. Tais números podem ser conferidos nas prestações de contas do Conselho Deliberativo do Fundo de Assistência ao Trabalhador-CODEFAT. Passados mais de 10 anos, não teria havido registros de insurgências, impugnações ou interpelações, quanto a esses pontos específicos, especialmente no que se refere ao julgamento das contas da CEF⁴⁶.

43. O que se tem é um contrato de prestação de serviços bancários, ainda que se possam conceber falhas nos níveis de controle. De tal modo, deve-se recomendar uma obstinada atuação no sentido de que se alcancem melhorias nos níveis de controle. Essas melhorias são necessárias, cogentes, imediatas, porquanto, como já afirmado, a recorrência nos repasses poderia indicar, em princípio, a operação de crédito que a Lei de Responsabilidade Fiscal condena.

46 Pesquisa revela que no processo nº TC 009.962/2002-0 que aprecia as contas da CEF referentes ao exercício 2001 encontra-se sobrestado por despacho do Ministro Relator, em virtude da existência dos TCs-001.859/2002-2 e 016.988/2001-8, em trâmite no Tribunal. O primeiro trata de denúncia versando sobre possíveis irregularidades envolvendo a área de loteria da CAIXA e o segundo refere-se à representação formulada pelo Ministério Público Federal do Estado de Goiás, que apontou a existência de diversos indícios de irregularidades no Pregão nº 17/2001, promovido pela filial da CEF em Goiânia. Convém ressaltar, ainda, que as contas da entidade referentes aos exercícios de 1994 a 2000 encontram-se sobrestadas, aguardando decisão de mérito de processos afins, com potencial impacto nas respectivas contas. Não houve, ao que consta, impugnação aos adiantamentos aqui mencionados.

44. As operações bancárias também podem ser acessórias. Nesse grupo se enquadram as operações que tem por objetivo a prestação de um determinado serviço. O tema dos serviços bancários foi exaustivamente explorado por Aramy Dornelles da Luz, destacando - - no contexto das operações acessórias - - os benefícios imediatos da contrapartida, bem como o favorecimento do cliente, de modo que

“As instituições financeiras, além de realizarem as operações financeiras que constituem seu escopo principal na intermediação do crédito, praticam outros negócios considerados acessórios com vistas a seu fim, alguns dos quais representam típica prestação de serviço, caracterizando-se não só pelo favorecimento do cliente, mas pelos benefícios imediatos da contrapartida. Entres as operações acessórias, podemos encontrar a intermediação bancária no pagamento. Os Bancos, como é sabido, realizam pagamento a terceiro por conta de seus clientes. Se esses pagamentos ocorrem por mero cumprimento de ordem, sobressai o caráter acessório, não assim se dará se a operação vier casada com alguma espécie de crédito concedido pela instituição, quando então a prestação de serviço será apenas decorrência. E da mesma forma que paga, também presta serviço de recebimento em nome de clientes, isto é, cobra. Seja o cliente quem paga ou recebe através do banqueiro, este terá sido simplesmente um intermediador no pagamento a ou de terceiro”⁴⁷.

45. Referida autora também enfatiza que a instituição bancária contratada pode dispor de recursos recebidos para repasses, por alguns dias, no sentido de que

“Ambas as operações propiciam uma fonte de captação a custo extraordinariamente baixo, permitindo à instituição financeira dispor desses recursos por alguns dias, enquanto o crédito não chega à conta ou ao conhecimento do beneficiário ou, ainda, enquanto este deles não fizer uso”⁴⁸.

47 LUZ, Aramy Dornelles da. *Negócios Jurídicos Bancários: Curso de Direito Bancário: o Banco e seus contratos*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 285.

48 LUZ, op. cit., p. 286.

46. Pode-se conceitual e teoricamente equiparar a operação que a CEF entabulou com a União de traspasso bancário ou giro, cuja definição é também colhida em estudo de Aramy Dornelles Luz:

“O traspasso bancário ou giro é um negócio jurídico de transferência de fundos ou valores de uma conta-corrente para outra ou de uma pessoa para outra. O transferente propõe ao Banco o encargo da remessa que tanto pode ser a favor do próprio interessado quanto de terceiro. O giro pode dar-se entre uma conta e outra na mesma agência ou em outra agência do mesmo ou de outro Banco ou até mesmo entre pessoa sem conta. Consubstancia-se em creditação em conta ou sem conta, convertida esta em pagamento direto, observadas, caso existentes, as condições ditadas pelo transferente. O pagamento por mera transferência contábil, operada pelo giro, é um importante instrumento de controle monetário, que tanto serve para conter a emissão quanto para baixar o custo do dinheiro, pela preservação do estoque de dinheiro dos Bancos”⁴⁹.

47. Essa descrição contemplaria a natureza e os fundamentos contratuais da relação entre a CEF e a União, no caso concreto. A relação de provisão é nuclear na construção desse tipo de contrato. O contrato se celebra por razões de comodidade e de segurança.

48. Tem-se, exatamente, o ordenante (a União) levando fundos/recursos ao banqueiro (a CEF) que paga o beneficiário, valendo-se de suas várias agências. Além do que, e aqui o centro conceitual da avença, o Banco está autorizado a antecipar recursos necessários, para cumprimento do pactuado. Foi o que ocorreu, no caso aqui estudado. É disposição contratual que foi cumprida. Ainda que, bem entendido, para que dúvidas não se tenha, deve-se rever a redação da referida cláusula, em contratos presentes e futuros.

49. O conjunto dos contratos fixados nas tipologias do Código Civil não detém maleabilidade conceitual para captar todas as negociações e avenças que são celebradas no mundo negocial, especialmente quanto se tem a presença de pessoas jurídicas de direito público, matizadas por um regime especial. Em outras palavras, parece não haver exata

49 LUZ, *op.cit.*, p. 287.

relação entre os contratos bancários e as tipologias previstas no Código Civil vigente.

50. Essa dissonância tem como resultado a dificuldade em se fixar tipologias contratuais, como creditícias ou simplesmente não creditícias. Essa distensão conceitual remete-nos à dificuldade para identificação dos contratos bancários quanto às preponderâncias principais ou acessórias. Por isso, a atenção para com a estipulação contratual central é que deve orientar o intérprete, no sentido de fixar a natureza da avença e, conseqüentemente, o regime que a orienta.

51. Não há, ao que consta, regulamentação específica do Conselho Monetário Nacional-CMN quanto à caracterização e estruturação dos contratos bancários de feição acessória. Remete-se o intérprete, por analogia, ao regime de fixação e cobrança de tarifas. Persiste o uso da expressão *comissão*, que radica na construção do direito comercial brasileiro do século XIX.

52. Remete-se à Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, baixada pelo Banco Central do Brasil, a qual, entre outros, altera e consolida as normas sobre cobrança de tarifas pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.

53. Definiu-se (art. 1º) que a cobrança de remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, conceituada como tarifa para fins da referida resolução, deve estar prevista no contrato firmado entre a instituição e o cliente ou ter sido o respectivo serviço previamente autorizado ou solicitado pelo cliente ou pelo usuário.

54. A referida resolução não se aplica, por exemplo, a contratos que detém uma maior complexidade, e que atendam à necessidade de realização de operações governamentais. Nesse sentido, a submissão do contratante é maior para com as cláusulas contratuais avençadas.

55. De qualquer modo, a definição de serviços, necessária e suficiente para a caracterização de uma avença como um *contrato de prestação de serviços*, pode ser buscada no texto da resolução. Esses serviços são classificados como essenciais, prioritários, especiais e diferenciados (inciso II, do § 1º do art. 1º). Entre os serviços essenciais tem-se a modalidade de transferência de recursos (inciso III do art. 3º).

56. O contrato de repasse é recorrente exemplo de contrato de serviço celebrado com instituições financeiras. Matéria disposta no Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, que dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse. Definiu-se o contrato de repasse como o instrumento administrativo, de interesse recíproco, por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União (inciso II do art. 1º).

57. Percebe-se da norma regulamentadora que a fixação da entidade financeira como *mandatária da União* é dispositivo que anula qualquer pretensão de se qualificar o negócio jurídico aqui tratado nos parâmetros de um negócio creditício, como equivocadamente se manifestou a área técnica do TCU.

58. O CMN fixou as cláusulas que devem ser contempladas nos contratos de serviço que instituições financeiras entabulam com as várias entidades contratantes, na hipótese, a União Federal. Refiro-me à Resolução nº 3.402, de 6 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a prestação de serviços de pagamento de salários, aposentadorias e similares sem cobrança de tarifas. Sigo com as cláusulas mandatórias na construção de tais contratos de serviços, com ênfases minhas:

Art. 4º O instrumento contratual firmado entre a instituição financeira e a entidade contratante para a prestação de serviços nos termos do art. 1º deve conter, entre outras, cláusulas estabelecendo:

I - as condições e os procedimentos para a efetivação dos pagamentos aos beneficiários;

II - a isenção de tarifa pelo eventual fornecimento de cartão magnético para os beneficiários, exceto nos casos estabelecidos pelo art. 1º, inciso II, da Resolução 2.303, de 25 de julho de 1996, com a redação dada pelo art. 2º da Resolução 2.747, de 2000;

III - a responsabilidade da entidade contratante quanto à identificação dos beneficiários, tendo em vista as pertinentes disposições legais e o cumprimento das finalidades contratuais;

IV - a responsabilidade da entidade contratante de informar à instituição financeira contratada a eventual exclusão do beneficiário de seus registros, tão logo seja efetuado o último pagamento relativo à sua anterior condição;

V - as condições de remuneração, por parte da entidade contratante à instituição financeira contratada, observado o disposto no art. 2º, inciso I e § 1º.

Parágrafo único. A identificação dos beneficiários por parte da entidade contratante deve incluir, no mínimo, os respectivos números do documento de identidade e de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), vedada a utilização de nome abreviado ou de qualquer forma alterado, inclusive pela supressão de parte ou partes do nome do beneficiário.

59. Há autorização de área reguladora para fixação das cláusulas aqui discutidas. Não se pode questionar a fragilidade do contrato entabulado entre a CEF e a União. Acordou-se a prestação de um serviço. A CEF adimpliu uma obrigação contratual, optando pela atuação que lhe parecia menos gravosa, e que atendeu ao objetivo do contrato celebrado, vale dizer o atendimento ao programa do PBF.

VI) A POSIÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL

60. O assunto também foi exaustivamente tratado pela Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil-PGBC⁵⁰, especialmente sob a ótica do art. 34, III, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964⁵¹, bem como do art. 17 da Lei nº [...], excerto que reproduzo em seguida, com ênfases minhas:

[...]

[...] Em síntese, o quadro fático descrito nos presentes autos, com fundamento nas informações pelo DESUP, é o seguinte:

50 Parecer jurídico 267/2014-BCB/PGBC.

51 Art. 34. É vedado às instituições financeiras conceder empréstimos ou adiantamentos: [...] III - As pessoas físicas ou jurídicas que participem de seu capital, com mais de 10% (dez por cento), salvo autorização específica do Banco Central da República do Brasil, em cada caso, quando se tratar de operações lastreadas por efeitos comerciais resultantes de transações de compra e venda ou penhor de mercadorias, em limites que forem fixados pelo Conselho Monetário Nacional, em caráter geral [...].

determinadas instituições financeira bancárias (tanto públicas, quanto privadas), contratadas pela União ou pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) para repassar valores devidos a beneficiários de programas sociais, utilizando-se de faculdade contratualmente prevista, efetuaram pagamentos de benefícios nas datas aprazadas, não obstante a ausência de prévia transferência dos recursos oficiais necessários à quitação das obrigações. Os pagamentos aos beneficiários, portanto, foram realizados com recursos próprios dos bancos, que, a seu turno, tornaram-se credores da União ou do INSS, conforme o caso, pelos montantes pagos antecipadamente aos beneficiários. Conforme a disciplina contratual incidente em cada caso, os entes públicos contratantes, ao transferirem posteriormente os valores devidos, o fizeram com o acréscimo de remuneração correspondente ao período transcorrido entre o dia do desembolso de valores aos beneficiários e a data da transferência dos recursos oficiais aos bancos contratados.

[...] **O cerne da questão, como bem identifica a consulta posta à PGBC, está na possível configuração de empréstimo ou adiantamento direta ou indiretamente deferido a controlador, nas hipóteses em que o pagamento antecipado a beneficiários de programas sociais envolve instituição financeira federal, a Caixa Econômica Federal, em conformidade com a lei que autorizou sua constituição (Decreto-lei nº 759, de 12 de agosto de 1969), é empresa pública federal, sendo a integralidade de seu capital social, por conseguinte, de titularidade da União. Assim, nos casos de pagamento com recursos próprios de verbas correspondentes ao abono salarial, seguro desemprego ou bolsa família, poder-se-ia cogitar de aditamento (direto) à controladora – a União. Similarmente, na situação de pagamento de benefícios previdenciários com recursos próprios por bancos públicos federais (a própria Caixa Econômica Federal, além do Banco do Brasil S/A, do Banco da Amazônia S/A etc), é possível aventar a existência de adiantamento do INSS, beneficiando indiretamente à União, uma vez que tais pagamentos devem ser realizados com o uso de recursos orçamentários transferidos pelo Tesouro Nacional.**

[...] É concebível, em tese, que a prática contratual consiste no pagamento a beneficiários de programas sociais pela instituição financeira, mediante o uso de recursos próprios, com posterior reembolso (acrescido de remuneração) pela entidade da Administração Pública Federal, seja considerada como adiantamento, para os fins do art. 34 da Lei nº 4.595, de 1964, e do art. 17 da Lei nº 7.492, de 1986. Cuida-se de fato, de antecipação remunerada de disponibilidade financeira, em proveito da entidade contratante, que a ciência econômica possivelmente consideraria como adiantamento.

[...] Ocorre que, no caso dos autos, essa análise sequer precisa ser realizada, em virtude do entendimento assentado nos Pareceres GQ50 e GQ-53, ambos aprovados pelo Advogado-Geral da União Geraldo Magela da Cruz Quintão, endossados pelo então presidente da República, Itamar Augusto Cautiero Franco, e publicados na íntegra no Diário oficial da União. Em conformidade com o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, “vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”. Semelhante imperativo, como se verifica, mais não é que a concretização, em nível legal, da norma constitucional segundo a qual o Presidente da República Exerce, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal (art. 84, II, da Constituição da República).

[...] Tais pareceres consagram o entendimento, vinculante para toda a Administração Pública Federal (especialmente, devido aos contornos da situação neles versada, o Banco Central do Brasil), de que as vedações do art.34, III e IV, da Lei nº 4.595, de 1964, e do art. 17 da Lei nº 7.492, de 1986, não se aplicam às instituições financeiras públicas federais. Colhem-se, no Parecer AGU/DF-02/94 (que foi aprovado pelo Parecer GQ-50), os seguintes excertos de interesse para a questão ora analisada.

[...] Pelo exposto, conclui-se que, analisando-se o assunto sob a ótica das atribuições legais do Banco Central do Brasil, na condição de supervisor do sistema financeiro e entidade responsável pela manutenção da estabilidade financeira, não há que se falar na ocorrência da infração prevista no art. 34, III, da Lei nº 4.595, de 1964, na hipótese dos autos (antecipação por instituições financeiras federais, com o uso de recursos próprios, de pagamentos devidos a beneficiários de programas sociais do Governo Federal). Eventual ação fiscalizatória desta Autarquia nesse contexto encontraria óbice na determinação emanada do Presidente da República, responsável pela direção superior da Administração Pública Federal. Pela mesma razão, deve esta Autarquia abster-se de efetuar comunicação dos fatos ao Ministério Público Federal. Dessa questão, à luz do disposto na Resolução nº 1996, de 1993, trata a resposta ao quesito “d”, abaixo.

[...] Enquanto as vedações traduzidas pelo art. 34, III, da Lei nº 4.595, de 1964, e o art. 17 da Lei nº 7.492, de 1986, são motivadas pelo interesse público na manutenção da estabilidade financeira, em linha com o valor consagrado no art. 192 da Constituição da República, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000) atende a interesse público distinto: a austeridade na gestão fiscal e orçamentária. Sua sede normativa é o art. 163 da Constituição, dedicado às normas gerais sobre finanças públicas.

61. Não se pode perder de vista também que a integralidade do capital social da CEF é da União, ainda que a ciência econômica considerasse como adiantamento as referidas operações, como ponderado pelos especialistas da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. É que às instituições financeiras federais não se pode cogitar da aplicação de restrições, entre outros, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

62. Invocou-se entendimento consolidado dessa Advocacia-Geral da União, consubstanciado no Parecer GQ-50, devidamente aprovado pelo Presidente da República, publicado no Diário Oficial da União-DOU de 29 de dezembro de 1994, e republicado no mesmo veículo de divulgação oficial em 31 de dezembro do mesmo ano, bem como -- novamente -- em 5 de janeiro de 1995. Trata-se de parecer de aplicação obrigatória, por parte de todo o Poder Executivo Federal.

63. O parecer é anterior à Lei de Responsabilidade Fiscal. Deve ser avaliado sob percepção de algum modo analógica, pelo que sua linha de raciocínio estende-se à compreensão o presente problema⁵². Sigo com excertos desse entendimento, também com ênfases minhas, no que de mais substancial para o entendimento do caso vertente:

“ 15. Daí, com o proverbial acerto, haver o ex-Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Dr. CID HERACLITO DE QUEIROZ, em parecer elaborado a pedido do BNDES, afirmado inexistir disposição legal alguma que tivesse vedado aos “bancos oficiais federais a concessão de empréstimos ou adiantamentos a outras sociedades também controladas pela União” (sic).

16. Nada mais apropriado e escoreito. A prova irrefragável disso é que, por razões outras, sempre houve a regra do art. 19, I, “b”, in fine, da Lei 4.595/64 proibindo o Banco do Brasil de emprestar ao Tesouro. Motivos de finanças públicas, por ser o BB caixa do Tesouro (Art. 19, I, “a” e “b”), levaram o legislador de 1964 a impedir qualquer crédito ao Tesouro Nacional, pois seria um contra-senso a União receber emprestado do Banco numerário que já é seu. Essa norma, contudo, nunca impediu que agências externas do BB, com recursos obtidos no exterior e não do Tesouro, viessem a conceder créditos à União, nos termos do Decreto-lei nº 1.312, de 15.2.74, cujo art. 11, § único, às expressas, autoriza aquele estabelecimento bancário a participar, no exterior, como creditor de financiamentos da espécie. Mas o que importa reter, in casu, é que não teria sentido a Lei 4.595/64, no art. 19, proibir o BB de financiar o Tesouro, quando, por sua condição de banco federal, já estaria impedido de fazê-lo por força do inciso III do art. 34. Seria autêntico bis in idem, a afastar a tese de o BB estar enquadrado naquele art.34, III, da Lei Bancária.

17. Nunca se aplicou o inciso III ao BB, ao BNDES e demais bancos federais porque e impensável pudesse a Lei 4.595/64 colocar a União em camisa-de-força. Como embutir a União no inciso III do art. 34 se é ela que formula a política econômica e creditícia governamental, cumprindo-lhe, através do Conselho

⁵² “Pela interpretação analógica aplica-se a lei a casos novos, e não previstos por ela, nos quais se dão os mesmos motivos fundamentais e gerais que no caso previsto”. BAPTISTA, Paulo. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 41.

Monetário, zelar pela liquidez e solvência de todo o Sistema Financeiro Nacional (Lei 4.595/64, art. 3º, VI)? Aquele inciso, a todas as luzes, sempre foi inaplicável à espécie.

18. Por outro lado, e por força da ressalva do § 2º do art. 34, também nunca os bancos públicos federais estiveram impedidos administrativamente de conceder empréstimo às empresas de que participassem, ainda que com controle sobre elas.

24. Consectário lógico de tudo isso é continuarem os bancos federais autorizados a em prestar não só às suas controladas, como também, no âmbito de suas finalidades institucionais, às empresas de que a União detenha o controle e mesmo ao próprio Governo Federal. Não há ilicitude alguma, nunca tendo incidido na espécie quer o inciso III, quer o inciso IV do precitado art. 34 da Lei 4.595/64.

25. Impende observar que um ato permitido pela lei administrativa ou bancária não pode ser criminalmente reprimido. Dado o caráter unitário do Direito, seria *contradictio in terminis* dizer que determinado fato é lícito e ilícito ao mesmo tempo, ainda mais em sede de Direito Penal Econômico.

41. De fato, da mesma forma como não se há de embutir a União no art. 34, III, da Lei 4.595/64, nunca será possível sua inclusão no conteúdo do termo “controlador” a que alude o art. 25 da Lei 7.492/86, pois, se assim fosse, estaríamos diante da mais absoluta impossibilidade de configuração do crime, pela confusão entre o sujeito ativo e passivo. Seria o mesmo que imaginar possível que a União viesse a praticar contrabando, ou que um suicida pudesse perpetrar nele próprio homicídio. Bem observa EVERARDO DA CUNHA LUNA, a propósito, ser “intuitivo que ninguém pode ser sujeito ativo e passivo de um mesmo crime. Por isso, o suicídio não é fato criminoso” (“Estrutura Jurídica do Crime”, ed. Saraiva. 1993, nº 10, pág. 24).

44. Sob qualquer ângulo, pois, que se examine a questão, não há como reputar ilícita a operação de bancos federais para com as entidades controladas pela União, visto a eles, desenganadamente, não se aplicar o prefalado art. 17 da Lei nº 7.492/86.

VII) A REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL QUE ATUA JUNTO AO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

64. A representação do Ministério Público Federal que atua no TCU, muito bem fundamentada e redigida, tomou a questão sob uma ótica distinta. Ao que consta, concebida a partir de notícias de jornal, inclusive anexadas na peça originária⁵³, em assunto recorrentemente debatido⁵⁴, concluindo pela necessidade de nossa Corte de Contas no sentido de

- “(i) identificar a natureza, os montantes, as datas e demais dados relativos a cada uma das antecipações e repasses realizados desde o ano de 2012 entre o Tesouro Nacional e as instituições financeiras correlacionadas;
- (ii) acaso confirmadas as operações de crédito, seja promovida a identificação e a audiência dos responsáveis para sua adequada responsabilização;
- (iii) verificar se o Departamento Econômico do Banco Central do Brasil capta, apura e registra, quando do cálculo do resultado fiscal e do endividamento do setor público, os passivos gerados para o Tesouro Nacional em razão da antecipação de valores realizada pelas instituições financeiras. Em caso contrário, seja promovida a identificação e a audiência dos responsáveis para sua adequada responsabilização;
- (iv) verificar como o Banco Central do Brasil, especificamente por intermédio de seus departamentos de supervisão bancária,

53 Lê-se, textualmente: “Notícias veiculadas em jornais e revistas de grande circulação - anexadas à presente representação - dão conta de que o Tesouro Nacional tem atrasado o repasse, a instituições financeiras públicas e privadas, de verbas destinadas ao pagamento, entre outras, de despesas de responsabilidade do governo federal referentes a benefícios sociais e previdenciários, ao Bolsa Família, ao abono e seguro-desemprego, a subsídios de financiamento agrícolas etc. As instituições financeiras, no papel de agentes financeiros, efetuam o pagamentos de tais valores aos respectivos beneficiários mas não têm recebido, do Tesouro Nacional, **no mesmo dia**, o repasse dos referidos recursos. De acordo com uma das reportagens, a prática de atrasar referidos repasses teve início em 2012, mas intensificou-se no final de 2013 e no primeiro semestre do presente exercício financeiro.”

54 A questão tem recebido recorrente atenção da imprensa, que matiza os fatos como indicativos de pedaladas fiscais, ou de contabilidade criativa, expressões com as quais a mídia teria definido demonstrações contábeis de Arno Hugo Augustin Filho, Secretário do Tesouro Nacional, de 2007 a 2012, a quem a imprensa acusou de ter tentado “[...] *melhorar artificialmente o resultado das contas públicas*”. O Estado de São Paulo, Caderno Economia e Negócios- E & N, domingo, 11 de janeiro de 2005. Pode-se confirmar que o assunto guarda intensa carga ideológica.

acompanha, orienta e normatiza o registro de tais operações no balanço das instituições financeiras; e determinar as medidas corretivas necessárias”.⁵⁵

65. A referência às notícias da imprensa revela o amplo apelo midiático que a questão envolve. Alguns juízos foram emitidos ao longo da acirrada campanha presidencial de 2014. A esses repasses, justificados no contexto dos contratos de prestação de serviços, a imprensa imputou um escândalo aritmético-financeiro, desprezando regra elementar que nos dá conta de que, em matéria de partidas dobradas a ordem dos fatores não altera o produto. Também não se levou em conta um dos fatores essenciais na construção do modelo, isto é, o repasse de valores do PBF. Mesmo assim, no entanto, o modelo carece de melhoras.

66. A representação escorou-se na Lei de Responsabilidade Fiscal, artigos 32⁵⁶, 38⁵⁷ e 36⁵⁸. Consiste, essencialmente, na afirmação de que

55 Procurador Dr. Júlio Marcelo de Oliveira, representação datada de 21 de agosto de 2014, junto ao Ministro José Múcio Monteiro.

56 Art. 32. O Ministério da Fazenda verificará o cumprimento dos limites e condições relativos à realização de operações de crédito de cada ente da Federação, inclusive das empresas por eles controladas, direta ou indiretamente. § 1o O ente interessado formalizará seu pleito fundamentando-o em parecer de seus órgãos técnicos e jurídicos, demonstrando a relação custo-benefício, o interesse econômico e social da operação e o atendimento das seguintes condições: I - existência de prévia e expressa autorização para a contratação, no texto da lei orçamentária, em créditos adicionais ou lei específica; II - inclusão no orçamento ou em créditos adicionais dos recursos provenientes da operação, exceto no caso de operações por antecipação de receita; III - observância dos limites e condições fixados pelo Senado Federal; IV - autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo; V - atendimento do disposto no inciso III do art. 167 da Constituição; VI - observância das demais restrições estabelecidas nesta Lei Complementar. [...].

57 Art. 38. A operação de crédito por antecipação de receita destina-se a atender insuficiência de caixa durante o exercício financeiro e cumprirá as exigências mencionadas no art. 32 e mais as seguintes: I - realizar-se-á somente a partir do décimo dia do início do exercício; II - deverá ser liquidada, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano; III - não será autorizada se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir; IV - estará proibida: a) enquanto existir operação anterior da mesma natureza não integralmente resgatada; b) no último ano de mandato do Presidente, Governador ou Prefeito Municipal. § 1o As operações de que trata este artigo não serão computadas para efeito do que dispõe o inciso III do art. 167 da Constituição, desde que liquidadas no prazo definido no inciso II do caput. § 2o As operações de crédito por antecipação de receita realizadas por Estados ou Municípios serão efetuadas mediante abertura de crédito junto à instituição financeira vencedora em processo competitivo eletrônico promovido pelo Banco Central do Brasil. § 3o O Banco Central do Brasil manterá sistema de acompanhamento e controle do saldo do crédito aberto e, no caso de inobservância dos limites, aplicará as sanções cabíveis à instituição credora.

58 Art. 36. É proibida a operação de crédito entre uma instituição financeira estatal e o ente da Federação que a controle, na qualidade de beneficiário do empréstimo. Parágrafo único. O disposto no caput não proíbe instituição financeira controlada de adquirir, no mercado, títulos da dívida pública para atender investimento de seus clientes, ou títulos da dívida de emissão da União para aplicação de recursos próprios.

as operações efetivadas pela CEF, no atendimento de contrato de serviço regularmente contratado com o Governo Federal, seriam, efetivamente *operações de crédito*⁵⁹. Com todo o respeito, consideração, apreço e reverência institucional e pessoal para com o ilustre membro do Ministério Público que atua no caso, pode-se dissentir dessa tipificação. Tem-se contrato de prestação de serviços, marcado por intermediação.

67. *Operações de crédito* dependem de obrigações bilaterais, pendentes de prévia autorização para a tomada ou repasse de valores, a par de uma série de elementos identificadores, como se lê em autoridade no assunto:

"A operação de crédito pode ter diversos instrumentos. De qualquer forma, constitui-se em obrigação bilateral. O ato de autorização do empréstimo pode ser unilateral, uma vez que decorre de ato típico do Estado. De outro lado, para que surja a operação, é ela contratual e necessita de vínculo bilateral. Como já esclareci, cuida-se de contrato de direito público porque: a) deve haver prévia previsão orçamentária; b) exige disposição legal específica; c) há obrigatoriedade de autorização e controle do Senado; d) necessária a finalidade pública; e) é possível alteração unilateral de determinadas cláusulas, se assim foi previsto na lei; f) há sujeição a prestação de contas; g) há inviabilidade de execução específica; h) pode ocorrer rescisão unilateral"⁶⁰.

68. Isto é, não é o mero adiantamento de valores, com resultados negativos compensados com fluxos também eventualmente positivos, que poderia, como resultado de mera expressão de trânsito de expressões financeiras, qualificar a *operação de crédito*, como definida no texto da lei de responsabilidade fiscal. Há necessidade de um contrato, que expresse, literal e inequivocamente, o transpasse de valores. Presumiu-se a operação de crédito desprezando-se cláusula contratual que meramente trata de fluxo de caixa, necessário para atendimento de programa governamental que atende a quase 14 milhões de famílias brasileiras. De qualquer modo, para que se evitem dúvidas, necessário que se recomende à CEF e ao Tesouro que aperfeiçoem os contratos aqui discutidos.

59 *Operação de crédito* é tema tratado por Ives Gandra da Silva Martins em livro que organizou ao lado de Carlos Valder do Nascimento, *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*, São Paulo: Saraiva, 2009. p. 198-199. Nesse trabalho, o ilustre publicista explicita todos conceitos de operação de crédito, tais como indicados na lei de responsabilidade fiscal.

60 OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 457.

69. O contrato de prestação de serviços que a CEF celebrou com a União Federal também não expressa uma operação de mútuo. Não projeta como efeito a abertura pura e simples de um crédito, em favor da União, para quaisquer operações. Não se tem emissão (e nem aceite) de qualquer sorte de título ou cártula. Não se revela nenhuma aquisição financiada de bens. Não há recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas. Não se alcança a definição de *operação de crédito*, seguindo-se o conceito do inciso III do art. 29 da lei de responsabilidade fiscal.

70. De igual modo, não se poderia cogitar sem dúvidas sobre a incidência do art. 37 da lei de responsabilidade fiscal, que define as operações de crédito por equiparação⁶¹, porquanto nenhuma das hipóteses nessa regra descritas alcança o traspasso bancário que matizou o contrato celebrado entre a CEF e a União, para os efeitos do recolhimento de valores do PBF.

71. Isto é, não se pode tipificar o contrato de prestação de serviços celebrado entre CEF e União Federal como uma *operação assemelhada*, porquanto não há, em nenhum momento, qualquer semelhança entre o pactuado para o atendimento de programas de governo em face de contratos claramente definidos no direito privado, a exemplo da figura do mútuo, em todas suas modalidades, inclusive em sua forma feneratícia⁶².

72. A definição de *operação de crédito* é restritiva e específica, a ponto de que “a Constituição não vincula a realização de operações de crédito à sua aplicação em despesas de capital, nem proíbe o uso de receitas de operações de crédito para financiar despesas correntes, ao contrário do que sugere uma pequena leitura do dispositivo, quando dissociada da tradição orçamentária”⁶³. Tem-se

61 Art. 37. Equiparam-se a operações de crédito e estão vedados: I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7o do art. 150 da Constituição; II - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo lucros e dividendos, na forma da legislação; III - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes; IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços.

62 “Mútuo [...] é o empréstimo de alguma coisa, que consiste em número, peso, ou medida, e com o uso se consome. É um contrato da classe dos reais, cujas obrigações só começam depois da entrega da coisa emprestada ao mutuário”. É esta a definição clássica de Teixeira de Freitas, que se reporta ao art. 477 da Consolidação das Leis Civis. FREITAS, Augusto Teixeira de. *Vocabulário Jurídico*, Tomo I, São Paulo: Saraiva, 1983. p. 219.

63 OLIVEIRA, Weder de. *Curso de Responsabilidade Fiscal- Direito- Orçamento- Finanças Públicas*. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 394.

formulação que lembra as linhas gerais do gerenciamento de uma folha de pagamentos, e não a efetividade de um *compromisso financeiro*, preliminar para que se defina uma operação de crédito, como se infere da linguagem do inciso III do art. 29 da LRF.

73. A regra proibitiva decorre de um arranjo institucional que tinha (e tem) por objetivo a realização de políticas macroeconômicas⁶⁴ cujo conteúdo não é afetado pelo contrato de prestação de serviços que rege as contestadas relações entre a CEF e a União Federal. Como enfatizou um desembargador federal especialista em matéria financeira, “*um dos grandes objetivos da criação da Lei de Responsabilidade Fiscal era o de administrar o crescente e desproporcional passivo da dívida pública existente no momento de sua edição, bem como controlar o endividamento público futuro, de maneira a permitir o crescimento sustentado do Estado brasileiro*”⁶⁵.

74. No caso presente, não se percebe, em nenhum momento, alguma preocupação para com restrições à dívida pública. Tem-se, *sic et simpliciter*, pura e simplesmente, um contrato de serviços que tem por objetivo atender a um programa governamental qualificado por orientação constitucional, relativa à garantia da dignidade da pessoa humana.

VIII) O Relatório de Fiscalização TC 021.643/2014-8

75. Essas razões não teriam sido levadas em conta na confecção do Relatório de Fiscalização TC 021.643/2014-8, resultado da representação do ilustre membro do Ministério Público que atua no TCU, e que decorreu de fiscalização de ampla e documentada ação de fiscalização junto ao Banco Central do Brasil, ao Ministério da Fazenda, à Secretaria do Tesouro Nacional, à CEF, ao Banco do Brasil S.A., ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES, ao Ministério do Trabalho e Emprego-MTE, ao Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome-MDS, ao Ministério das Cidades e ao Instituto Nacional do Seguro Social⁶⁶.

76. O referido relatório aferiu passivos junto à CEF (bolsa família, abono salarial e seguro desemprego), ao Banco do Brasil (equalização de

64 Nesse sentido, conferir, GIAMBIAGI, Fabio. E, além, Ana Cláudia, *Finanças Públicas- Teoria e Prática no Brasil*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 170 e ss.

65 ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 297.

66 O tema da competência sancionatória do Tribunal de Contas da União foi explorado por Marcia Pelegrini. *A Competência Sancionatória do Tribunal de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, 2014.

safra agrícola e títulos e créditos a receber junto ao Tesouro Nacional), ao BNDES (programa de sustentação do desenvolvimento), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço-FGTS (âmbito do programa *Minha Casa minha vida*), entre outros. No presente parecer enfoca-se, tão somente, o tema sob a ótica da relação entre a CEF e a União quanto aos repasses do PBF, objeto da demanda submetida à CCAF.

77. Houve críticas contundentes à atuação do Banco Central do Brasil, na aferição do trânsito de valores, necessário no fluxo financeiro e na administração dos contratos aqui mencionados. Tanto quanto se percebe, ao contrário do consignado do relatório aqui tratado, o Banco Central do Brasil utiliza metodologia de amplo uso internacional. Parece-nos que a metodologia denominada de *conceito abaixo da linha* utiliza valores e demonstrativos que combinam as movimentações da conta única do Tesouro, bem como os dados dos gastos governamentais. Não haveria o uso de práticas discricionárias.

78. Porém, como se lê do substancial relatório aqui referido, quatro foram as questões colocadas pela equipe técnica do TCU, ainda que apenas a primeira delas tenha algum valor para a compreensão do problema, tal como colocado junto à CCAF, e aqui respondido, nomeadamente:

“ Questão 1 - os eventuais atrasos na cobertura, pela União, dos montantes devidos às instituições financeiras em decorrência das operações relacionadas à equalização de taxas de juros e ao pagamento de dispêndios de responsabilidade da União representam uma operação de crédito?

Questão 2 - qual a natureza e demais características dos R\$ 4 bilhões de que trata a Nota de Esclarecimento publicada pelo Bacen em 15/07/2014?

Questão 3 - os repasses, aos demais entes federados, dos recursos referentes aos royalties do petróleo, da compensação financeira pelo uso de recursos hídricos e da cota-parte do salário educação estão sendo efetuados nos prazos devidos?

Questão 4 - qual impacto fiscal (resultado e endividamento) decorrente de atrasos na cobertura de valores devidos às instituições financeiras, na transferência de recursos aos demais entes federados, bem como dos R\$ 4 bilhões de que trata a Nota de Esclarecimento publicada pela Bacen em 15/07/2014?”

79. O ponto central, sobre o qual se materializa toda a discussão, é o alcance da definição de *operação de crédito*, de onde emerge todo o conjunto de penalidades, constrangimentos e objurgações apontadas e sugeridas. Por isso, necessário, central, nuclear, que se defina *operação de crédito* e, no exato contexto, se o caso presente -- de fato -- e inequivocamente, qualificaria a referida *operação de crédito*.

80. Os auditores da área técnica do TCU partiram de um fato que reputaram como consumado, no sentido de que o contrato de serviço aqui avaliado trata-se, *efetivamente*, de uma *operação de crédito*, talvez não levando em conta alguma tipologia contratual que informa a avença entre a CEF e a União.

81. Nesse esforço, buscaram o conceito legal de operação de crédito (item 55) -- enfatizando *compromisso financeiro assumido* --, explicitaram os dois tipos básicos de operações de crédito (orçamentárias e extra orçamentárias, item 56), conceituaram as *Antecipações de Receita Orçamentária (ARO)* -- item 57-, trataram de condições para contração de operação de crédito (item 59), discorreram didaticamente sobre a necessidade de autorização legislativa para contratação de operação de crédito (item 61), bem como sobre a *regra de ouro* do art. 167 da Constituição Federal (itens 65 e ss.). Há muita informação em matéria financeira, compendiada de modo sintético e didático.

82. O relatório também discorre didaticamente sobre o tema do orçamento público, no que se refere a princípios e vedações (item 2.6.4.), sobre a concessão de subvenções e despesas obrigatórias de caráter continuado (item 2.6.5), entre tantos outros assuntos, paralelos e concomitantes. Os auditores da área técnica do TCU reproduzem cláusulas do contrato firmado (itens 273, 274 e 275). Tem-se um volumoso trabalho de direito financeiro, com estações nos pontos cardeais da disciplina.

83. Toda a linha de raciocínio foi construída com base no estudo de planilha de pagamentos, sem se levar em conta o contrato, seus motivos, o que envolve, os interesses que tutela, bem como, especialmente, os instantes temporais nos quais a CEF contou com saldo positivo. Não teria havido, com todo o respeito, qualquer consideração para com o programa que fomentou a avença, bem como para com as várias modalidades negociais que se travam entre controlador e controlada. Fez-se juízo de subsunção, partindo-se de um enquadramento legal (LRF) e alcançando-se uma operação que não poderia ser realizada de outra maneira.

84. Os auditores do TCU registraram (item 278) que “[...] a CAIXA utilizou recursos próprios para, em nome da União, efetuar os pagamentos do Bolsa Família. Referidos adiantamentos de recursos efetuados pela CAIXA à União ao longo dos exercícios financeiros de 2013 e de 2014, enquadram-se no conceito de operação de crédito [...]”. E ainda (item 281) “no que tange ao enquadramento de referida operação extra orçamentária, a equipe entende que se trata de uma operação de crédito extra orçamentária de que trata o art. 38 da LRF. Isso porque a obtenção dos recursos junto à CAIXA foi efetuada não com o objetivo de autorizar novos gastos orçamentários, mas para cobrir insuficiência de caixa ao longo dos exercícios de 2013 e 2014”.

85. Elegeu-se como premissa uma decisão apriorística de que teria havido *operação de crédito*, de natureza extra orçamentária. Trata-se de um argumento *ex concessis*, que “[...] limita a validade de uma tese àquilo que cada qual está disposto a conceder; aos valores que se reconhecem, aos fatos com os quais se está de acordo”⁶⁷. O relatório não teria cogitado de outros elementos centrais ao negócio, e também não teria levado em conta de que essa operação talvez já ocorrera no pretérito. De igual modo, não teria avaliado os efeitos que o corte de pagamentos, por parte da CEF, impactaria a vida de milhões de brasileiros.

IX) A POSIÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL SOBRE A POSSIBILIDADE DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS REALIZAREM OPERAÇÕES ACESSÓRIAS, SEM NATUREZA CREDITÍCIA

86. A peculiaridade do assunto, o nível de especialização e os impactos de qualquer decisão sobre os arranjos financeiros com os quais contamos exige oitiva da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Nesse sentido, em resposta a provocação dessa Consultoria-Geral da União, os advogados do BACEN elaboraram estudo denso e minucioso, consubstanciado no Parecer Jurídico 33/2015-BCB/PGBC, devidamente aprovado pelo dirigente desse corpo de advogados públicos.

87. No referido parecer, são realçados alguns pontos que confirmam a linha aqui seguida, no ponto de que a avença entre a CEF e a União qualificaria tão somente um contrato de prestação de serviços, e não uma operação de crédito, ou um empréstimo, como entendeu a área técnica do Tribunal de Contas da União.

67 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito- Técnica, Decisão, Dominação*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 339.

88. Há claríssima identificação da classificação doutrinária das operações bancárias, que reproduzi em seguida, com ênfases minhas, e com omissão da numeração e das notas de rodapé, que podem ser colhidas no texto original do referido parecer:

“[...] A classificação tradicionalmente aceita na doutrina e observada na regulação e prática dos negócios financeiros divide as operações bancárias em razão da relação do objeto de cada uma delas com a negociação do crédito. Com efeito, a doutrina especializada aborda a classificação das operações bancárias, distinguindo-as em essenciais (que envolvem a negociação do crédito, subdividindo-se em operações ativas e passivas) e acessórias (que compreendem a prestação de serviços). São exemplos de operações essenciais os depósitos, as contas correntes, os empréstimos, as aberturas de crédito e as antecipações. Podem ser citados como exemplos de operações acessórias a custódia de valores, a cobrança de títulos, o fornecimento de cofre de aluguel e a intermediação no pagamento e recebimento de valores.

[...] Em geral, as operações essenciais consubstanciam obrigação de dar, e as operações acessórias (prestação de serviço), obrigação de fazer. Nos contrários bancários que têm por objeto operações essenciais ou fundamentais (operações de crédito, v.g.), são instituídas, em regra, obrigações recíprocas de dar, consistentes em prestar crédito (dar dinheiro) e em contrapartida, a restituição do valor (acrescida dos juros pactuados). Por outro lado, os negócios classificados como mera prestação de serviço (operações acessórias) contêm apenas obrigação de fazer, que vincula a instituição financeira, mediante remuneração (tarifa ou comissão), a essa prestação. **No entanto, é possível que um mesmo contrato bancário contenha obrigações de dar e de fazer; é o que pode ocorrer, por exemplo, na intermediação bancária no pagamento, em que a instituição financeira assume a obrigação de fazer (prestação de serviço no pagamento a ou de terceiro, por exemplo), que traz embutida a obrigação de dar”⁶⁸.**

89. Os procuradores do Banco Central do Brasil enfatizam a importância dessa modalidade de contrato de serviço na circulação de riquezas e na economia nacional, de modo minudente. Segue excerto, com ênfases minhas, e como omissão de numeração e notas de rodapé:

⁶⁸ Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Parecer Jurídico 33/2015-BCB/PGBCB. Alexandre Forte Maia, Igor Arruda Aragão, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

“[...] E esse serviço específico de pagamento tem assumido grande relevância na circulação de riquezas na economia nacional, porquanto é cada vez mais comum a utilização de “carnês” ou boleto para pagamento, em banco, de dívidas decorrentes de obrigações de qualquer natureza (prestação referente à aquisição de produtos e serviços, taxas condominiais, multas, tributos etc.) **Com a crescente inclusão financeira observada nos últimos anos em decorrência da expansão do número de agências bancárias, de postos de atendimentos e de correspondentes, constitui inegável comodidade a possibilidade de se realizarem pagamentos (ou de se receberem pagamentos) por meio da rede bancária espalhada pelo País.**

[...] Ainda em relação aos serviços de pagamento que podem ser fornecidos por instituições financeiras, é importante registrar que as regras sobre a emissão de boleto de pagamento estão contidas na Circular nº 3.598, de 6 de junho de 2012, editada pelo Banco Central, com base, entre outros diplomas, na Lei nº 10.214, de 30 de agosto de 2001, que disciplina o sistema de pagamentos brasileiro. **O parágrafo único do art. 1º da referida circular, abaixo transcrito, bem demonstra a natureza da obrigação (prestação de serviço) que se forma entre o beneficiário, credor que contrata o serviço de pagamento, e a instituição financeira, que se obriga a prestar os serviços de emissão do boleto e de recebimento da dívida:**

Art. 1º O boleto de pagamento é o instrumento padronizado, por meio do qual são apresentadas informações sobre:

I - a dívida em cobrança, de forma a tornar viável o seu pagamento;

II - a oferta de produtos e serviços, a proposta de contrato civil ou o convite para associação, previamente levados ao conhecimento do pagador, de forma a constituir, pelo seu pagamento, a correspondente obrigação.

Parágrafo único. Para fins do disposto nesta Circular, considera-se:

I - beneficiário: o credor da dívida em cobrança de que trata o inciso I e o destinatário final dos recursos de que trata o inciso II, ambos deste artigo;

II - pagador: o devedor da dívida em cobrança de que trata o inciso I e o aceitante da obrigação de que trata o inciso II, ambos deste artigo;

III - instituição financeira recebedora: a instituição financeira que recebe os fundos do pagador ou de alguém que age em seu nome, nos termos das informações constantes no instrumento;

IV - instituição financeira destinatária: a instituição financeira contratada pelo beneficiário para, na qualidade de mandatária:

a) emitir e apresentar o boleto de pagamento ao pagador, caso o beneficiário não opte por fazê-lo diretamente; e

b) receber os recursos oriundos do pagamento efetuado pelo pagador e creditá-los na conta do beneficiário. (G.n.)

[...] Outro serviço relevante, distinto das tradicionais operações de crédito (operações essenciais), passível de fornecimento por bancos, é o “del credere”, que pode-se fazer presente em contratos de comissão. Nas operações acessórias em que estejam subjacentes elementos de um contrato de comissão, as instituições financeiras atuam como simples intermediários ou prestam um serviço determinado, pelos quais cobram comissões, com o que cobrem os gastos efetuados nas operações, além de terem alguma margem de lucro. Dentro desses serviços pode estar pactuada a cláusula “del credere”, que permite ao banco dar garantia de solvabilidade de pessoas em contratos entre elas firmadas, acarretando para o banco a responsabilidade de efetuar o pagamento se o devedor não o fizer.

[...] Tendo em vista a referência a contrato típico no parágrafo anterior (contrato de comissão), é preciso fazer um alerta. Um aspecto pouco explorado pela doutrina, ao que se pode perceber, é que os contratos bancários dificilmente correspondem às versões nominadas previstas no Código Civil. Distintamente, envolvem plexos de direitos e obrigações que tornam difícil a classificação em uma só figura contratual. **Uma das consequências disso é que, com frequência, contratos bancários contêm cláusulas de cunho creditício e outras de caráter não creditício.**

Para que contratos específicos possam ser caracterizados como operações bancárias essenciais ou acessórias, portanto, cumpre verificar que tipo de estipulação ocorre predominantemente.

[...] **A distinção entre operações bancárias essenciais e acessórias também pode ser percebida na legislação e na regulamentação do sistema financeira. Não se trata, portanto, de assunto que se restringe ao ambiente próprio da doutrina; antes, porém, possui relevância prática na formação e na aplicação das regras que dizem respeito ao adequado funcionamento do mercado financeiro.**

[...] No campo legal, cumpre mencionar a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo bancário das operações realizadas por instituições financeiras. O art. 1º do referido diploma legal acolhe a separação entre operações essenciais e acessórias – defendida pela doutrina, conforme parágrafos anteriores –, ao estabelecer o dever de sigilo em relação às operações ativas e passivas (operações essenciais) e aos serviços prestados (operações acessórias). Como se vê, o legislador fez questão de se referir, de modo expresso, aos serviços bancários, reconhecendo-os como categoria distinta das operações de natureza creditícia (operações ativas e passivas).

[...] **A regulamentação editada pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) também reflete, de forma indireta, a classificação das operações bancárias em essenciais e acessórias.**⁶⁹

90. Mais especificamente, de algum modo explicitando as linhas gerais do contrato de prestação de serviços aqui discutido, continuam os procuradores do Banco Central do Brasil, com ênfases minhas, e com as omissões acima já especificadas:

[...] Quanto à regulamentação do CMN, embora não haja ato normativo dispondo exaustivamente sobre a caracterização das operações bancárias acessórias, a disciplina atinente à cobrança de tarifas fornece boas indicações sobre a matéria. Isso ocorre porque tarifa é a remuneração cobrada pela instituição regulada em contrapartida à prestação de

69 Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Parecer Jurídico 33/2015-BCB/PGBCB. Alexandre Forte Maia, Igor Arruda Aragão, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

serviços (não se confundido, portanto, com a remuneração de operações essenciais – normalmente, taxas de juros e descontos). Nesse contexto, o art. 1º da Resolução nº 3.919, de 25 de novembro de 2010, conceitua tarifa como a “remuneração pela prestação de serviços por parte das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil” (art. 1º). A doutrina e a prática bancária empregam ainda o vocábulo comissão para designar a contrapartida à prestação de serviços.

[...] O CMN tem regulamentado a cobrança de serviços prestados por instituições financeiras, permitindo a cobrança de tarifa como contrapartida. Com efeito, a tarifa bancária tem sido disciplinada por aquele órgão como uma espécie de contrapartida remuneratória aos serviços efetivamente prestados por instituições financeiras. Cuida-se, portanto, de obrigação assumida pelo tomador do serviço (cliente bancário) perante o prestador (instituição financeira), que, por sua vez, obriga-se a fornecer atividade específica, distinta da intermediação do crédito.

[...] Nesse contexto, a remuneração (tarifa ou preço) paga pelo cliente (tomador) e o comportamento exigido da instituição financeira (prestadora) constituem pacto bilateral e oneroso; é bilateral porque ambas as partes envolvidas assumem obrigações e oneroso, porque cria vantagens e ônus para um e outro pactuante. Nessa relação, cada obrigação condiciona e justifica a existência da outra, de sorte que só há remuneração se houver prestação de serviço e, prestação de serviço, se houver remuneração.

[...] Em conformidade com a sistemática consagrada na Resolução nº 3.919, de 2010, do CMN, os serviços prestados pelas entidades reguladas classificam-se como essenciais (art. 2º), prioritários (art. 3º), especiais (art. 4º) e diferenciados (art. 5º). Há, naturalmente, contratos bancários que, por envolverem a conjugação de serviços mais complexos e delineados sob medida para governos e grandes clientes institucionais, não se submetem diretamente aos preceitos dessa Resolução, mas às cláusulas contratuais pactuadas entre as partes. Não obstante, há, no ato normativo em apreço, a indicação de determinados tipos de atividades efetuadas por instituições financeiras que, segundo o juízo do regulador do sistema financeiro, devem-se considerar como serviços.

[...] Diante do exposto, analisados os aspectos presentes na doutrina e na legislação aplicável ao sistema financeiro, concluiu-se que as instituições financeiras estão autorizadas a prestar serviços bancários (operações acessórias), que não carregam em si elementos típicos das operações creditícias, cuja principal característica é a negociação do crédito, mediante atividade organizada de intermediação (operações essenciais).⁷⁰

91. O ilustre Procurador-Geral do Banco Central do Brasil aprovou o parecer aqui mencionado, fixando os pontos nucleares do assunto, como segue, e com ênfases originais:

[...] Julgo adequado o pronunciamento da lavra da Câmara de Consultoria Geral, endossado pelo Procurador-Geral Adjunto, que, calcado na doutrina e na legislação de regência, bem demonstra os aspectos gerais relacionados à prestação de serviço por instituições financeiras.

Destaco, na análise feita pelo parecerista, a constatação de que há contratos bancários que envolvem **complexa conjugação de operações bancárias de diversas naturezas**, sendo tais avenças elaboradas sob medida para atender às necessidades próprias de **grandes clientes institucionais, incluindo entidades governamentais**. Não há dúvida de que contratos da espécie, por suas características próprias, **regem-se pelas cláusulas estipuladas entre as partes no exercício pleno de sua autonomia negocial**, sem prejuízo de que a sistemática fixada na Resolução CMN nº 3.919, de 2010, seja utilizada para aferir se determinados tipos de operações bancárias devem-se qualificar como serviços e não como negócios creditícios.

Exemplo típico de contratos para a prestação de serviços bancários a entidades governamentais é o **contrato de repasse**, cujo conceito consta no art. 1º, § 1º, II, do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007. Ao indicar que a instituição financeira, no âmbito desse contrato, atua na condição de **mandatária** da entidade federativa, o Decreto efetua clivagem bem demarcada entre repasses e negócios de cunho creditício (operações ativas e passivas da instituição financeira). Em outras palavras, a sistemática acolhida pelo ato regulamentar explícita, para além de qualquer dúvida, que a operação bancária consistente na transferência de recursos à conta de terceiros tem a natureza jurídica de mandato, distinguindo-a, por conseguinte, da categoria dos negócios creditícios.

70 Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Parecer Jurídico 33/2015-BCB/PGBCB. Alexandre Forte Maia, Igor Arruda Aragão, Cristiano de Oliveira Lopes Cozer.

Assim, tendo em conta a esfera de atuação do Banco Central do Brasil, impõe-se asseverar a possibilidade legal de que as instituições financeiras realizem operações reconhecidas pela prática bancária como acessórias, destituídas de qualquer elemento creditício. Um indicador relevante da caracterização de determinado negócio bancário como operação acessória (por oposição às operações essenciais, ou seja, operações de crédito) é a ausência de compromissos financeiros. Assim, cláusulas contratuais que, em lugar de compromissos financeiros, traduzem faculdades para as partes contratantes denotam a qualificação da avença como operação acessória, não como negócio de cunho creditício⁷¹.

X) Considerações finais

92. A CEF poderia eleger pela interrupção dos pagamentos, e optou por não fazê-lo. Temia-se, certamente, a reação popular, como acima já noticiado. Atendeu-se, como também já argumentado, a um supremo valor que deve reger o assunto, calcado no resguardo de verbas de natureza alimentar. A CEF cumpriu uma regra contratual que não fora até então questionada, em juízo ou administrativamente.

93. Cumpria-se um contrato cujo destinatário principal é o beneficiário do PBF. A CEF é um agente de expressiva atuação social, objetivo que deve perseguir e realizar. A administração do pagamento dessas várias obrigações é hoje atividade expressiva da CEF.

94. Os técnicos do TCU provavelmente não levaram em conta os vários momentos nos quais a CEF fora superavitária no confronto entre créditos e débitos decorrentes dos repasses necessários.

95. Por vezes a CEF revela-se como deficitária, por vezes, encontra-se superavitária. No caso presente, a CEF atuou corretamente ao buscar meios de composição para o ajuste do fluxo de caixa – junto ao contratante MDS – buscando solver eventuais desequilíbrios quando a diferença entre créditos e débitos não se comportava em conta superavitária. O ato de gestão da CEF- ao contrário do que pode inferir o relatório aqui discutido- demonstra meio apropriado na condução dos seus negócios com apoio em instrumento contratual e nas regras normativas que recobrem a avença. Tem-se - - objetivamente - - um regime de fluxo de caixa, conforme foi demonstrado. O encontro final de contas apontaria um suposto equilíbrio.

71 Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil. Despacho do Senhor Procurador-Geral, Dr. Isaac Sidney Menezes Ferreira, aprovando o Parecer Jurídico 33/2015-BCB/PGBC.

Ainda nas reuniões havidas na CCAF, evidenciou-se que a situação era episódica, esporádica e que, ao que consta, já se normalizou o fluxo de recursos para suprimento das várias contas aqui noticiadas.

96. No contrato presente, a instituição contratada poderia negar o repasse de recursos. Não o fez, com base em cláusula contratual. Ainda assim, insista-se, necessário que Tesouro e CEF aperfeiçoem o modelo, fixando travas, de modo que não se tenha mais dúvidas quanto à operação realizada, nas hipóteses aqui tratadas.

97. O que se tem é um *contrato de prestação de serviços de cadastro único das ações de transferência direta de renda do Governo Federal sob a gestão do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome*. No que interessa, objetivamente, do contrato:

Subcláusula Sexta - Os recursos relativos aos benefícios depositados em Conta Suprimento, não pagos dentro dos períodos de validade das parcelas, serão devolvidos pela **Contratada** até o penúltimo dia útil do mês subsequente ao vencimento da parcela, acompanhada de Relatório, conforme definido no Projeto Básico.

Subcláusula Sétima - A renumeração dos recursos em saldo na conta suprimento será repassada a **Contratante** no 10º (décimo) dia útil de cada mês, acompanhada de Demonstrativo de Remuneração Mensal para conferência da **Contratante**, que será enviado no primeiro dia útil imediatamente posterior ao repasse da Remuneração.

Subcláusula Oitava - Na eventual insuficiência de recursos na Conta Suprimento para o pagamento de benefícios constantes das folhas de pagamento das Ações de Transferência de Renda, fica assegurado à **Contratante** o direito de optar pela suspensão deste serviço até que seja normalizado o fluxo financeiro, conforme Inciso XV do art. 78, da Lei 8.666, de 1993.

Subcláusula Nona - Na eventual insuficiência de recursos na Conta Suprimento para o pagamento de benefício constantes da folha de pagamento das Ações de Transferência de Renda, se a **Contratada** assegurar por seus meios o pagamento dos benefícios, fica assegurada à **Contratada** remuneração diária sobre o saldo negativo registrado nessa conta com base na taxa extramercado do Banco Central - DEDIP.

98. Tem-se, de fato, uma via de mão dupla, em todos os sentidos. A CEF estaria obrigada a devolver recursos, quando, ao fim do período, ainda os mantivesse. À CEF se outorgou a possibilidade de utilizar, na hipótese do não repasse de recursos, a prerrogativa de que trata o inciso XV do art. 78, da Lei 8.666, de 1993, isto é, poderia suspender o pagamento dos benefícios. E não o fez. Deve ser instada a fazê-lo, por intermédio de recomendação, dessa Advocacia-Geral da União.

99. Possibilitou-se à CEF assegurar por seus meios o pagamento dos benefícios. Em contrapartida, à CEF outorgou-se a possibilidade de remuneração diária sobre saldo negativo, quando existente. É cláusula de operação contratual, divulgada, por força de regra que determina publicação de contratos afetos a interesse público, pelo menos quanto a seus extratos. E não houve questionamentos.

100. Deve-se indagar de uma aferição contábil, que leve em conta também os momentos nos quais a CEF deteve valores superiores aos quais desembolsou diariamente. Para a CEF há também outros elementos que justificam a construção, assinatura e realização do contrato.

101. A natureza de contrato acessório, na tipologia do direito bancário, caracteriza a situação. A CEF detém a prerrogativa de também dispor de valores, a seu favor, especialmente no início dos meses sobre os quais incidem os cálculos, ainda não definitivamente realizados.

102. Não se poderia tratar um contrato de prestação de serviços, com cláusulas ajustadas e transparentes, no contexto de uma hermenêutica restritiva que decorre de insistência de aplicação da LRF em conjuntura na qual não se justifica a sua aplicação exclusiva.

103. Não se pode perder de vista o pano de fundo da discussão, os destinatários dos recursos, o tema do combate à pobreza e o resgate da dignidade da pessoa humana. No caso presente, outra ótica apenas faria homenagem a um procedimentalismo burocrático⁷² preocupado com procedimentos, e não com resultados.

104. À CEF, a quem se incumbiu um fim na operação -- repassar valores aos beneficiários do programa -- deve-se resguardar um meio, que a cláusula

72 Para o tema do procedimentalismo burocrático, por todos, Peters, B.Guy, *The Politics of Bureaucracy - an introduction to comparative public administration*, London and New York: Routledge, 2010, especialmente p. 33 e ss.

contratual aqui discutida possibilita e garante. Esses contratos necessariamente deveriam ter sido revistos e aprovados por respectivas áreas técnicas.

105. Deve-se consignar, em relação a situações análogas às aqui tratadas, que eventualmente ainda ocorram, no futuro, nos termos parametrizados nas limitações anteriormente mencionadas, e apenas nas quais haja dúvidas de interpretação, por parte das Consultorias Jurídicas dos vários Ministérios que celebram contratos aqui tratados, e dado o rigor interpretativo que a questão exige, que se deve atentar analogicamente para o disposto no art. 4º do Decreto nº 7.793, de 17 de agosto de 2012, que cuida da contratação de serviços de agentes financeiros pelos órgãos e entidades do Poder Executivo. Isto é, em caso de dúvidas de interpretação das matérias aqui tratadas, deve-se, -- sempre, e impreterivelmente -- ser ouvido o Ministério da Fazenda, na hipótese, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, em razão, entre outros, do notório conhecimento do assunto. Fosse essa providência tomada, a questão não chegaria ao impasse que se enfrenta.

106. A presença e o interesse da Secretaria do Tesouro e da CEF justificam, nesse sentido, e exigem, peremptoriamente, a referida manifestação, sob pena de nulidade do ato jurídico entabulado, bem como de responsabilização funcional por omissão na prática de ato de ofício⁷³. Os órgãos com competência originária para se manifestar nesse tipo de matéria -- Ministério da Fazenda e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional devem fazê-lo, por força de expressa disposição legal e regulamentar. Bem entendido, e quanto aos contratos de que aqui se trata, essas orientações não significam que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional deva se manifestar em todos as avenças que a União celebra. Deve manifestar-se nos casos de dúvida, por parte das Consultorias Jurídicas dos vários Ministérios. Substancialmente, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional cabe interpretar temas afetos à Lei de Responsabilidade Fiscal.

73 A PGFN, quando instada a se pronunciar sobre a matéria, quando da instauração de uma câmara de conciliação para cuidar do assunto, invocou incompetência, *rationae materiae*, especialmente no argumento de que “[...] não há, a rigor, qualquer atribuição de competência exclusiva da PGFN para exercer supervisão sobre a Procuradoria-Geral do Banco Central em matéria de finanças públicas ou em qualquer outra que venha a ser demandada em função de competências daquela autarquia federal”. Para uma avaliação do tema, em âmbito de teorização da administração, conferir Wilson, James Q., *Bureaucracy: what government agencies do and why they do*, s.l.: Perseus Books Group, p. 79 e ss.

XI) CONCLUSÕES

107. A CEF é um banco com natureza social, presta serviços de altíssimo interesse para a paz social, com prestações de serviços destinadas preliminarmente para o atendimento do bem-estar social, de preponderante utilidade pública.

108. E porque o ponto de partida para o entendimento do problema é a referência a núcleo fundamental do texto constitucional brasileiro vigente, no sentido de que é objetivo fundamental da República a erradicação da pobreza e a marginalização da redução das desigualdades sociais e regionais, é que se conclui que:

- A. O PBF tem por objetivo transferências de valores, atendendo a determinação constitucional relativa à erradicação da pobreza e a marginalização da redução das desigualdades sociais e regionais; dá continuidade a várias políticas públicas que se desenvolvem no País; trata-se da principal ação pública de transferência de renda no Brasil;
- B. A CEF é um banco de caráter fundamentalmente social, que presta serviços de altíssima utilidade pública, com organização intensamente pulverizada em todo o território nacional, com características que justificam a inexigibilidade de licitação, quanto ao contrato de prestação de serviços entabulado com a União, com o objetivo de efetuar os repasses do PBF;
- C. Isto é, a natureza jurídica e organizacional da Caixa Econômica Federal justifica a inexigibilidade de licitação; dessa afirmativa resulta a proeminência da contratada; de fato, a CEF é um banco público para o desenvolvimento econômico do País;
- D. A CEF e a União ajustaram um contrato de prestação de serviços, com sujeição à Lei nº 8.666, de 1993; há uma singularidade na prestação do serviço, por parte da contratada;
- E. Nos termos exatos do Parecer GQ-50, devidamente aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, às instituições financeiras federais não se aplicam as restrições da Lei nº 4.595, de 1964; fixou-se que um ato permitido pela lei administrativa ou bancária não pode ser criminalmente reprimido; a unidade do direito, no contexto do

referido parecer, repele que se tenha um ato como lícito e ilícito, ao mesmo tempo;

- F. O fundamento do contrato aqui tratado é a prestação de um serviço, por parte da Caixa Econômica Federal, que consiste no repasse de valores de programas de Governo, decorrentes de lei, com atendimento a destinatários economicamente hipossuficientes;
- G. O serviço é prestado mediante remuneração, devidamente pactuada; Os repasses feitos pelo Tesouro configuram fluxo financeiro, cuja aferição contábil revela alternâncias superavitárias e deficitárias, resolvendo-se, de modo equitativo, sempre, sem que se tenha enriquecimento ilícito, ou prejuízo, tanto por parte da contratante (União), quanto em relação à contratada (CEF);
- H. As cláusulas pactuadas podem permitir um equilíbrio do contato; na hipótese de insuficiência de recursos na conta suprimimento para o pagamento das ações de transferência pode a contratada adimplir o pactuado com recursos próprios;
- I. Tem-se um contrato acessório de prestação de serviços bancários, com tipologia analógica à dos contratos de traspasso bancário, ou de giro, nos quais a indisponibilidade transitória de fundos justifica que a contratada, a seu critério, opere transferências que são objeto da avença;
- J. Na tipologia das resoluções do Banco Central do Brasil pode-se falar analogicamente também de um contrato de repasse, instrumento administrativo de interesse recíproco, por meio do qual a transferência de recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, que atua como mandatário da União;
- K. À contratada a avença permite interromper o pagamento dos valores do PBF, quando o Tesouro deixe de adiantar os recursos; no entanto, a opção pelo pagamento revela inexigibilidade de outra conduta, dada a comoção social, o caos e à ameaça à sobrevivência de milhões de pessoas, que a mera interrupção causaria;

- L. O contrato qualifica-se pela necessidade de uma prestação de trato contínuo; ainda que possa a CEF optar pela interrupção do desembolso de valores, a afinidade de sua natureza jurídica e institucional com o programa que tutela demanda que mantenha os pagamentos;
- M. Na hipótese de saldo negativo, ainda que eventual e episódica, tem a CEF direito à remuneração diária sobre o referido saldo registrado;
- N. Quase 14 milhões de famílias seriam afetadas com a interrupção dos pagamentos; deve-se registrar que, em nenhum momento, houve dano aos beneficiários do PBF;
- O. Não há como se ter uma operação direta, na qual os recursos transitarium diretamente do Tesouro para os beneficiados do PBF;
- P. Os pagamentos parecem qualificar o mero fluxo de recursos, com índices variáveis, positivos e negativos; não se pode afirmar com absoluta segurança que há operação de crédito na hipótese de mero adiantamento de valores, com resultados negativos compensados com fluxos também eventualmente positivos;
- Q. A relação entre saldos e débitos deve ser aferida dentro de um determinado período de tempo, preferencialmente ao longo de um dado ano civil, de modo que se tenha, ao fim do período uma exata dimensão do que foi recebido e repassado;
- R. Ao fim desse período, deve haver uma identidade entre valores recebidos e repassados, trata-se da equação que comprova o fluxo de caixa e a inexistência de financiamento, da controlada em relação ao controlador;
- S. Na sistemática do fluxo, parece ser regular a utilização de recursos próprios, pela CEF, em favor dos beneficiários do programa, conquanto que ao fecho de um determinado período observado tenha-se uma equivalência absoluta entre valores recebidos e repassados;
- T. Não há operação de crédito, também porque a CEF não está entregando recursos diretamente à União, e muito menos

valendo-se de valores retidos para ampliar ganhos com a exploração do spread bancário;

- U. Esses trânsitos financeiros com fluxo de caixa, ao que consta, teriam ocorrido eventualmente no passado; a exemplo do ocorrido com operações do seguro desemprego;
- V. A CEF e a União ajustaram um contrato de serviço bancário, e não uma operação de crédito; aquele primeiro é autorizado pelas normas de regência, essa última é vedada pela LRF;
- Y. No caso aqui tratado esse compromisso não existiria, porquanto poderia a CEF suspender os repasses na medida em que obstruídos os recursos oriundos do Tesouro.
- Z. O presente caso trazido à CCAF é exemplo típico de um contrato de prestação de serviços devendo, CEF e União, ajustar, imediatamente, o fluxo de valores, de modo que a dúvida aqui apresentada não se projete no tempo, prejudicando-se quase 14 milhões de famílias brasileiras. Há possibilidade legal de que instituições financeiras realizem operações acessórias.

109. Na hipótese de aprovação do presente parecer, opina-se por recomendação à CEF e Tesouro para que se construam cláusula contratual que afaste qualquer dúvida quanto à aventada operação de crédito, opinando-se também para que se recomende à CEF que, na ausência de recursos do Tesouro, se abstenha de repassar recursos ao PBF até decisão final do TCU.

110. São essas, Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Advogado-Geral da União, as considerações que o momento suscita, e que constituem o parecer que submeto à esclarecida consideração de V. Exa., a quem, devolvendo o expediente, tenho a honra de reiterar seguranças de minha elevada estima e consideração.

Brasília, 23 de fevereiro de 2015.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy
Consultor-Geral da União

