

# Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul



**ESAP**

ESCOLA SUPERIOR  
DE ADVOCACIA PÚBLICA  
DE MATO GROSSO DO SUL

**PGE**

PROCURADORIA-GERAL  
DO ESTADO DE  
MATO GROSSO DO SUL

EDIÇÃO NÚMERO

**14!**

Publicação da  
Procuradoria-Geral  
do Estado de  
Mato Grosso do Sul

Campo Grande, MS  
2013

**REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DE MATO GROSSO DO SUL - Nº 14 DEZEMBRO 2013**

PUBLICAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO  
DE MATO GROSSO DO SUL

**PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL  
ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA – ESAP**

DIRETORA: ANA PAULA RIBEIRO COSTA

Parque dos Poderes, Bloco IV, 79032-901 - Campo Grande-MS

**COMISSÃO EDITORIAL**

Ana Carolina Ali Garcia

Ana Paula Ribeiro Costa

Maria Fernanda Carli de Freitas

Nathália dos Santos Paes de Barros

Shandor Torok Moreira

Sibele Cristina Boger Feitosa

Thais Gaspar

**Revista:** A Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul era publicada com frequência anual no mês de dezembro. Retomamos a sua publicação agora na forma eletrônica e preferencialmente no mês de dezembro. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

É vedada a reprodução parcial ou total desta obra, podendo ser solicitada a utilização mediante autorização expressa da Escola Superior de Advocacia Pública.

---

Revista da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul,  
Campo Grande, MS, Brasil, 2013.  
(Anual)

1979-1987 (1-9)

2002-2006 (10-13)

CDU - 34 (05)

---

# Governo do Estado de Mato Grosso do Sul

**André Puccinelli**

Governador do Estado de Mato Grosso do Sul

**Simone Nassar Tebet Rocha**

Vice-Governadora/Secretária de Estado

**Rafael Coldibelli Francisco**

Procurador-Geral do Estado

**José Aparecido Barcello de Lima**

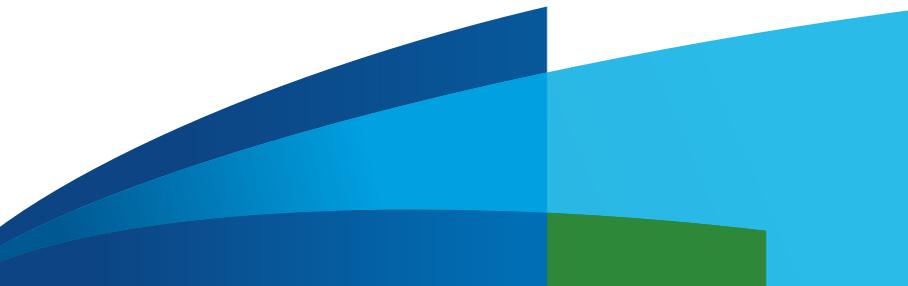
Procurador-Geral Adjunto

**Sarah Filgueiras Monte Alegre de Andrade e Silva**

Corregedora-Geral

**Ana Paula Ribeiro Costa**

Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública



## Relação dos Procuradores do Estado

Adalberto Neves Miranda

Adriano Aparecido Arrias de Lima

Ana Carolina Ali Garcia

Ana Paula Ribeiro Costa

Antônio de Souza Ramos Filho

Arlethe Maria de Souza

Carina Souza Cardoso

Carla Souza Cardoso

Carlo Fabrizio Campanile Braga

Christiana Puga de Barcelos

Cláudia Elaine Novaes Assumpção Paniago

Cristiane da Costa Carvalho

Cristiane Müller Dantas

Daniela Corrêa Basmage

Denis Cleiber Miyashiro Castilho

Doriane Gomes Chamorro

Eimar Souza Schröder Rosa

Fabio Hilário Martinez de Oliveira

Fábio Jun Capucho

Fabiola Marquetti Sanches Rahim

Felipe Marcelo Gimenez

Fernando César Caurim Zanele

Itaneide Cabral Ramos

Ivanildo Silva da Costa

Jaime Caldeira Jhnyor

Jerônimo Olinto de Almeida

João Cláudio dos Santos

José Aparecido Barcello de Lima

José Luis de Aquino Amorim

José Wilson Ramos Costa Júnior

Jucelino Oliveira da Rocha

Judith Amaral Lageano

Juliana Nunes Matos Ayres

Julizar Barbosa Trindade Junior

Karpov Gomes Silva

Kemi Helena Bomor Maro

Leandro Pedro de Melo

Lidiane Cristina Cornaccini Salesse Lorenzoni

Lúcia Helena da Silva

Lúcio Henrique Melke Bittar

Ludmila Santos Russi de Lacerda

Luis Paulo dos Reis

Luiza Iara Borges Daniel

Márcio André Batista de Arruda

Marcos Costa Vianna Moog

Maria Fernanda Carli de Freitas

Maria Sueni de Oliveira

Mário Akatsuka Junior

Nathália dos Santos Paes de Barros

Nélson Mendes Fontoura Júnior

Nilton Kiyoshi Kurachi

Norton Riffel Camatte

Oslei Bega Junior

Pablo Henrique Garcete Schrader

Patrícia Figueiredo Teles

Paulo César Branquinho

Rafael Antônio Mauá Timóteo

Rafael Coldibelli Francisco

Rafael Koehler Sanson

Rafael Saad Peron

Renata Corona Zuconelli

Renato Maia Pereira

Renato Woolley de Carvalho Martins	Sibele Cristina Boger Feitosa
Rodrigo Campos Zequim	Suleimar Sousa Schröder Rosa
Rodrigo Silva Lacerda César	Thais Gaspar
Rômulo Augustus Sugihara Miranda	Ulisses Schwarz Viana
Samara Magalhães de Carvalho	Vaneli Fabrício de Jesus
Sandra Calligaris Baís	Vanessa de Mesquita
Sarah Figueiras Monte Alegre de Andrade e Silva	Virgínia Helena Leite
Senise Freire Chacha	Wagner Moreira Garcia
Sérgio Willian Anníbal	Waleska Assis de Souza
Shandor Torok Moreira	Wilson Maingué Neto

## Relação dos Procuradores do Estado - Aposentados

1º	Alberto Swards Lucchesi
2º	Bernadete de Fátima Ferreira de Souza Alves
3º	Elide Rigon
4º	Eurildo Vieira Benjamim
5º	Francisco de Paula e Silva
6º	João Olegário Figueiredo
7º	Manuel Ferreira da Costa Moreira
8º	Maria Celeste da Costa e Silva
9º	Maria Madalena Santos
10º	Nei Juares Ribas
11º	Neusa Miranda e Silva
12º	Olímpio dos Santos Nascimento
13º	Regina Lúcia de Almeida e Souza
14º	Sônia Tomás de Oliveira e Silva
15º	Vera Luísa de Queiroz Rodrigues da Cunha

## Relação dos Procuradores do Estado - Falecidos

Acir Pires	Francisco Antônio dos Santos e Silva
Candemar Cecílio Fechner Victório	Ricardo Nascimento Araújo

# Sumário

Apresentação .....	9
--------------------	---

## Manifestações

Auxílio-Doença e Aposentadoria por Invalidez. Suspensão ..... do Contrato de Trabalho. Redistribuição dos Servidores.	15
Fabíola Marquetti Sanches Rahim	

Análise da Viabilidade de Promover o Reajuste ou a ..... Revisão do Valor Inicial do Contrato quando há na Formulação da Proposta de Preço pelo Contratado.	39
Rafael Koehler Sanson	

Revisão do PARECER NORMATIVO PGE/nº 046/96 – PAP/ ..... nº 038/96 Aposentadoria Especial de Professor.	59
Renata Corona Zuconelli	

Manifestação/PGE/PAT no Tribunal Administrativo ..... Tributário (TAT).	81
Vanessa de Mesquita	

## Peças

Pedido de Suspensão de Liminar. Interdição ..... 105  
de Cadeia Pública.

Adriano Aparecido Arrias de Lima

José Aparecido Barcellos de Lima

Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo..... 153

Cristiane da Costa Carvalho

## Artigos

A Plebe Multitudinária e a Constituição de ..... 183  
seus Tribunos na Sociedade Global.

Adriano Pilatti

Considerações sobre o Problema da Pesquisa Empírica ..... 197  
e sua Baixa Integração na Área de Direito: A Tentativa  
de uma Perspectiva Brasileira a partir da Avaliação  
dos Cursos de Pós-Graduação do Rio de Janeiro.

Alexandre Veronese

Impactos Socioambientais na Produção Energética: ..... 229  
Compensação Financeira e *Royalties* do Petróleo  
e Gás Natural.

Ana Carolina Ali Garcia

Pelo Fim da “Cláusula de Reserva de Plenário”..... 273

Fábio Carvalho Leite

Autodeterminação e Identidade. Sobre Direitos Individuais ..... 323 e Direitos Coletivos em Habermas. Gisele Cittadino	323
Discricionabilidade Administrativa e Conceitos Jurídicos ..... 335 Indeterminados sob a Ótica da Hermenêutica Filosófica. Maria Fernanda Carli de Freitas	335
Reexame Fático-Probatório nos Recursos Extraordinários ..... 381 <i>Lato Sensu.</i> Nathália dos Santos Paes de Barros	381
Breve Crítica à Utilização Temerária do § 1º - A, ..... 413 do Art. 557 do Código de Processo Civil, quando da não Fundamentação da Decisão pelo Relator. Samara Magalhães de Carvalho	413
O Controle do Potencial Reprodutivo da Mulher. .... 435 Shandor Torok Moreira	435
O Sigilo de Dados e a Vinculação do Poder Público ..... 461 aos Direitos Fundamentais. Sibele Cristina Boger Feitosa	461
A Responsabilidade do Advogado Público na Atividade ..... 491 Consultiva pela Emissão de Parecer Técnico-Jurídico. Valéria do Nascimento Yahn	491

The background features a large, stylized graphic of a flag or banner. It is composed of several overlapping, curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a lighter blue curve, and then a large, solid blue area that dominates the center. At the bottom, there is a dark green curve. The overall effect is a sense of movement and modern design.

# Apresentação



A Revista da Procuradoria-Geral do Estado faz parte da história da PGE, sendo que a primeira edição data do ano de 1979, com publicação contínua até o ano de 1987. Nos anos de 2002 a 2006 publicamos as edições 10 a 13.

No ano de 2013, acompanhando as grandes mudanças trazidas pela era digital e diante dos avanços tecnológicos e das vantagens do ambiente virtual, resolvemos retomar a sua publicação agora no formato eletrônico, oportunizando aos operadores do direito e à sociedade em geral o fácil acesso aos trabalhos produzidos pelos Procuradores do Estado de Mato Grosso do Sul e autores convidados, com a publicação de manifestações, peças processuais e artigos de diversas áreas do direito.

Esperamos que Revista da Procuradoria-Geral do Estado possa estimular e auxiliar o leitor na pesquisa de temas jurídicos relevantes, subsidiar debates sobre a legislação federal e estadual e divulgar um pouco da produção jurídica diária da PGE.

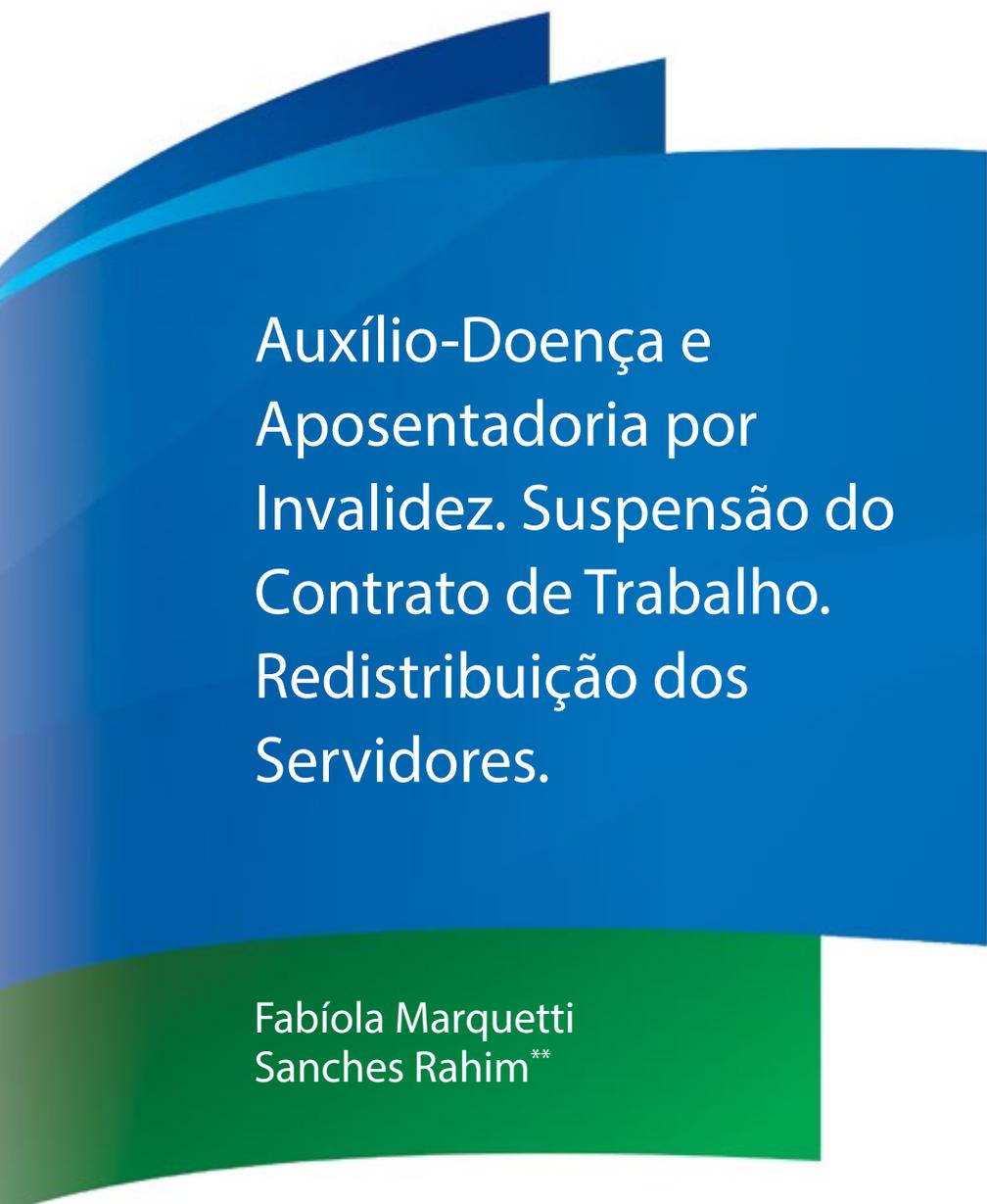
**Rafael Coldibelli Francisco**

Procurador-Geral do Estado



# Manifestações





Auxílio-Doença e  
Aposentadoria por  
Invalidez. Suspensão do  
Contrato de Trabalho.  
Redistribuição dos  
Servidores.

Fabíola Marquetti  
Sanches Rahim<sup>\*\*</sup>

MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 051/2013

Processo nº xxxxxxxxxx

Consultante: Secretária de Estado de Administração

Interessado: xxxxxxxxxx

Assunto: Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Redistribuição dos servidores.

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE EMPREGADO PÚBLICO – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO INDETERMINADO – LIMITES INTERPRETATIVOS SÚMULA 160 TST – EMPRESA PÚBLICA SUCESSORA RESPONDE PELOS CONTRATOS DE TRABALHO SUSPENSOS.

A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho e é temporária nos termos da Súmula 160 TST.

Caso cesse a invalidez, o empregado público terá direito a retornar ao trabalho.

A Empresa Pública Sucessora responde pelos contratos de trabalho suspensos da antecessora.

## Senhor Procurador-Geral do Estado

### 1. Relatório

Trata-se de consulta formulada pela Secretária de Estado de Administração (f. 61 - verso) para orientação quanto à situação dos empregados públicos afastados de suas funções há mais de cinco anos em decorrência de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, ante a incerteza se estes seriam desligados ou teriam seus contratos suspensos, bem como sobre a possibilidade de redistribuição desses servidores lotados na Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio - EGRHD que fora transformada

---

\*\* Ex-Promotora de Justiça no Estado de Mato Grosso; Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2005; Coordenadora da Coordenadoria Jurídica da PGE na SAD.

*(Lei [Estadual] nº 3.993/2010 que alterou a Lei [Estadual] nº 2.152/2000) em Empresa de Gestão de Recursos Minerais – MS-Mineral, a qual não possui quadro de pessoal, para a Secretaria de Gestão de Recursos Humanos - SEGRH, também criada pelas alterações introduzidas na Lei (Estadual) nº 2.152/2000.*

Pois bem.

Os autos iniciam-se com a Comunicação Interna nº xxx/2010 – Unidade de Recursos Humanos - EGRHP (f. 02), que solicita determinação referente à vida funcional dos servidores em gozo de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez desde o ano de 1997.

Os autos foram encaminhados para a Assessoria Jurídica da EGRHP que através do PARECER/ASJUR/SEGRH nº 001/2011 (f. 12/13), entendeu que: a) no caso de aposentadoria por invalidez, o contrato de trabalho fica suspenso por cinco anos, conforme o artigo 475 da CLT c/c artigo 47, inciso I da Lei (Federal) nº 8.213/1991, Súmula 217 do STF e jurisprudências; b) que no caso de auxílio-doença o segurado será considerado como licenciado nos termos do artigo 476 da CLT, c/c os artigos 60, 62 e 63 da Lei (Federal) nº 8.213/1991 e de acordo com a jurisprudência; c) no que toca a rescisão de contrato do empregado falecido esta se dará na data do falecimento e; d) por fim, concluiu que em todos os casos citados na CI (f. 02) a rescisão indireta do contrato de trabalho está autorizada com base na legislação citada.

O assessor Jurídico da SEGRH concorda com o PARECER/ASJUR/SEGRH nº 001/2011 (f. 12/13), bem como acrescenta que a rescisão do contrato de trabalho em decorrência da aposentadoria por invalidez de empregado contratado sob o regime da CLT não possui posicionamento unânime nos Tribunais, porém, decisões recentes demonstrariam que o contrato de trabalho é rescindido após o transcurso de 05 (cinco) anos da data do início do benefício (f. 49).

Após, os autos foram encaminhados para a Secretária de Estado de Gestão de Recursos Humanos para deliberação (f. 50).



Ocorre que o RH/SEGRH em contato com a DIGERH, tomou conhecimento que haveria mais aposentadorias por invalidez com mais de cinco anos em outros órgãos do poder executivo, logo, encaminhou-se os autos para a Coordenadoria de Administração – SEGRH para análise e determinação (f. 51-53).

Assim, relacionados os servidores que estão aposentados por invalidez há mais de cinco anos (f. 54/55), os autos foram remetidos para a ASJUR/SEGRH (f. 56) para análise quanto à redistribuição dos servidores da EGRHD para SEGRH.

Por sua vez, a ASJUR/SEGRH exarou seu entendimento no sentido de que os órgãos que receberam as atribuições da EGRH, por força das alterações na Lei (Estadual) nº 2.152/2000 trazidas pela Lei (Estadual) nº 3.993/2010, podem receber por redistribuição os empregados daquela empresa, nos termos do art. 4º<sup>1</sup> da Lei (Estadual) nº 3.993/2010, bem como que os empregados não redistribuídos farão parte do quadro de pessoal da MS-Mineral em decorrência de sucessão natural, conforme dispõe o artigo 83, inciso II, d, da Lei (Estadual) nº 2.152/2000<sup>2</sup> (f. 57).

Destacou ainda que o artigo 4º da Lei (Estadual) nº 3.993/2010 estabeleceu o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a redistribuição de pessoal dos órgãos e das entidades que trata esta lei, o qual fora prorrogado por mais 120 (cento e vinte) dias, conforme Decreto (Estadual) nº 13.171 de 29 de abril de 2011.

---

<sup>1</sup> Art. 4º Os processos de transformação, alteração da denominação, a incorporação do patrimônio e a redistribuição de pessoal dos órgãos e das entidades de que trata esta Lei, deverão ser concluídos no prazo de 120 (cento e vinte) dias da vigência desta Lei, admitida a prorrogação por ato do Poder Executivo. (Obs: prazo prorrogado pelo Decreto nº 13.171, de 29 de abril de 2011)

Parágrafo único. O patrimônio da empresa pública transformada deverá ser incorporado, prioritariamente, aos órgãos ou às entidades que absorverem suas atribuições.

<sup>2</sup> Art. 83. Para a implantação da reorganização do Poder Executivo e visando atingir as metas de redução de despesa e o ajuste fiscal, ficam determinadas as seguintes medidas:

II - a transformação:

d) da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio de Mato Grosso do Sul em Empresa de Gestão de Recursos Minerais, para a execução de atividades relacionadas à pesquisa, à assistência técnica, à preservação e à exploração de jazidas minerais do Estado; (acrescentada pela Lei nº 3.993, de 16 de dezembro de 2010)

Foram os autos encaminhados à Diretoria Geral de Recursos Humanos/SAD para análise e orientação (f. 58), tendo em vista notícia de que foram identificados desligamentos em situações semelhantes, aparentemente em servidores da Fundação de Saúde, questionando qual procedimento deveria ser adotado, se desligamento ou redistribuição.

Por fim, fora exarada MANIFESTAÇÃO nº xxxxx/CJUR/DGRH/SAD (f. 59/60) que sugeriu encaminhamento do feito à PGE/CJUR/SAD para apreciação no que pertence às providências a serem adotadas, bem como se é possível redistribuir os servidores com contratos suspensos, em decorrência de gozo de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, em data anterior à edição da Lei (Estadual) nº 3.993/2010.

É o relatório. Passamos à manifestação.

## 2. Desenvolvimento

A presente manifestação procurará responder à solicitação abordando os seguintes aspectos: (i) traçar o conceito de empregado público e o regime aplicável; (ii) conceituar auxílio-doença e aposentadoria por invalidez dos empregados públicos; (iii) suspensão do contrato de trabalho após a edição da Súmula 160 do TST, e o conseqüente desuso da Súmula 217 do STF; (iv) das hipóteses de extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez; (v) da dispensa do empregado público após cessar a invalidez e; (vi) sobre a redistribuição desses empregados públicos.

### 2.1. Do empregado público e o Regime Geral de Previdência Social

*Prima facie*, convém conceituar que empregado público (no sentido amplo) é a pessoa física que mediante concurso público, presta serviços de forma pessoal e não eventual ao Estado e às entidades da Administração

Pública direta ou indireta (*autarquias, fundações, empresas públicas e sociedade de economia mista*), pelo regime celetista.

Registre-se que o artigo 12 da Lei (Federal) nº 8.213, de 24 de julho de 1991 dispõe que *“o servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social.”*

Logo, os empregados públicos vinculados à Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, que não estão inclusos no rol acima elencado – *empregados vinculados à empresas públicas e sociedades de economia mista* –, se filiam ao Regime Geral de Previdência Social, gerido pelo INSS.

O empregado público, via de regra, trabalha nas Empresas Públicas, e nas Sociedades de Economia Mista - *Administração Pública Indireta*, mediante concurso, sem estabilidade.

Porém, os empregados públicos estão sujeitos aos princípios que norteiam a Administração Pública, são eles: legalidade; impessoalidade; moralidade; publicidade, eficiência, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade e motivação, todos constantes da Constituição Federal.

## 2.2. Do auxílio-doença do empregado público

O auxílio-doença é benefício previdenciário, constitucionalmente previsto no artigo 201 da Constituição Federal<sup>3</sup>, devido ao segurado-

---

<sup>3</sup> Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;

empregado incapacitado para o trabalho ou para a sua atividade habitual, por mais de quinze dias consecutivos, nos termos do artigo 59 da Lei (Federal) nº 8.213/90, senão vejamos:

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

De acordo com o §4º, do artigo 60, da Lei (Federal) nº 8.213/91<sup>4</sup>, se a incapacidade ultrapassar 15 dias consecutivos, o segurado-empregado será encaminhado à perícia médica do INSS para percepção do auxílio-doença.

O período em que o empregado se encontra afastado do trabalho em gozo de auxílio-doença é considerado como licença não remunerada pela empresa (artigo 476, da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>5</sup>, e artigo 80, do Regulamento da Previdência Social – Decreto (Federal) nº 3.048/1999<sup>6</sup>).

Registre-se que existem dois tipos de auxílio-doença, o comum e o acidentário.

Para concessão do comum exige-se carência de doze contribuições. Já no caso da acidentária, o período de carência é isento.

<sup>4</sup> Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

§ 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

<sup>5</sup> Art. 476 - Em caso de seguro-doença ou auxílio-enfermidade, o empregado é considerado em licença não remunerada, durante o prazo desse benefício.

<sup>6</sup> Art. 80. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença é considerado pela empresa como licenciado.



O auxílio-doença comum ou previdenciário é aquele de origem traumática ou por exposição a agentes nocivos (físicos, químicos, biológicos ou associação de agentes), que resulte em lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou a redução, permanente ou temporária, da capacidade de trabalho.

Já o auxílio-doença acidentário é o que ocorre pelo exercício do trabalho, no caso do segurado empregado, exceto o doméstico, trabalhador avulso e segurado especial, e que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho ou a morte.

Além do acidente ocorrido nas instalações da empresa ou do ambiente do trabalho do segurado especial, é também considerado acidente do trabalho o ocorrido no trajeto residência-trabalho-residência; acidente ocorrido em outro local, inclusive viagem, desde que a serviço da empresa; doença profissional; doença do trabalho; doença por contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade, entre outros.

O segurado em gozo de auxílio-doença, quando considerado irrecuperável será aposentado por invalidez, nos termos do artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/1990<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

## 2.3. Da aposentadoria por invalidez do empregado público

A aposentadoria por invalidez, também constitucionalmente prevista no artigo 201 da Constituição Federal, é um benefício de prestação continuada de natureza previdenciária, restrita aos contribuintes, trabalhadores do sistema, o qual visa à proteção do trabalhador quando da impossibilidade de exercer trabalho por ter se tornado incapaz e insusceptível de reabilitação profissional para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, cujas regras para concessão foram instituídas pela Lei (Federal) nº 8.213/1991, regulamentada pelo Decreto (Federal) nº 3.048/1999, bem como pelo artigo 475 da CLT<sup>8</sup>.

Considera-se inválido aquele cujo estado físico ou mental o incapacita de prover seu sustento, à custa de seu trabalho.

Com efeito, a aposentadoria por invalidez somente é devida ao segurado quando este for considerado incapaz para a prática laborativa que garanta o sustento próprio ou familiar, estando ou não em gozo do benefício do auxílio-doença e que não seja suscetível de reabilitação laboral.

Duas são as espécies de aposentadoria por invalidez: a comum e a acidentária.

Para concessão da comum exige-se carência de doze contribuições. Já no caso da acidentária, o período de carência é isento.

---

<sup>8</sup> Art. 475 - O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º - Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do art. 497.

§ 2º - Se o empregador houver admitido substituto para o aposentado, poderá rescindir, com este, o respectivo contrato de trabalho sem indenização, desde que tenha havido ciência inequívoca da interinidade ao ser celebrado o contrato.

A incapacidade laboral deverá ser aferida mediante exames e inspeções a cargo do corpo médico do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, que expedirá laudo médico-pericial, facultando-se ao segurado, quando puder arcar com os custos, fazer-se acompanhar por médico de sua confiança.

Ressalte-se que o segurado, obrigatoriamente, a cada dois anos deverá submeter-se a exame médico a cargo do INSS com a finalidade de verificar a existência da aptidão para o trabalho, bem como a possibilidade de reabilitação laboral, nos termos do art. 46 do Decreto (Federal) nº 3.048/1999<sup>9</sup>.

Iniciada a concessão do benefício da aposentadoria por invalidez, surgem consequências relevantes perante o contrato de trabalho.

### 2.3.1. Da suspensão total do contrato de trabalho no curso da aposentadoria por invalidez

É sabido que a aposentadoria por invalidez deva ser considerada permanente, e, enquanto perdurar, o contrato permanece suspenso, porém há que se considerar a possibilidade de recuperação da capacidade laborativa, ou seja, ela não é definitiva e, portanto, caso o segurado recupere a capacidade laboral o benefício cessará, conforme dispõe o artigo 475 da CLT c/c art. 43 da Lei (Federal) nº 8.213/91, senão vejamos:

Art. 475. O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.

§ 1º Recuperando o empregado a capacidade de trabalho e sendo a aposentadoria cancelada, ser-lhe-á assegurado o direito à função

---

<sup>9</sup> Art. 46. O segurado aposentado por invalidez está obrigado, a qualquer tempo, sem prejuízo do disposto no parágrafo único e independentemente de sua idade e sob pena de suspensão do benefício, a submeter-se a exame médico a cargo da previdência social, processo de reabilitação profissional por ela prescrito e custeado e tratamento dispensado gratuitamente, exceto o cirúrgico e a transfusão de sangue, que são facultativos.

que ocupava ao tempo da aposentadoria, facultado, porém, ao empregador, o direito de indenizá-lo por rescisão do contrato de trabalho, nos termos dos arts. 477 e 478, salvo na hipótese de ser ele portador de estabilidade, quando a indenização deverá ser paga na forma do Art. 497.

Art. 43. A aposentadoria por invalidez será devida a partir do dia imediato ao da cessação do auxílio-doença, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo.

§ 1º Concluindo a perícia médica inicial pela existência de incapacidade total e definitiva para o trabalho, a aposentadoria por invalidez será devida:

- a) ao segurado empregado, a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade ou a partir da entrada do requerimento, se entre o afastamento e a entrada do requerimento decorrerem mais de trinta dias;
- b) ao segurado empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, especial e facultativo, a contar da data do início da incapacidade ou da data da entrada do requerimento, se entre essas datas decorrerem mais de trinta dias.

§ 2º Durante os primeiros quinze dias de afastamento da atividade por motivo de invalidez, caberá à empresa pagar ao segurado empregado o salário.

Assim, uma vez concedida a aposentadoria por invalidez, não há falar em extinção do contrato e do vínculo empregatício, mas na sua suspensão, compreendida a sustação total das obrigações recíprocas, até que sobrevenha a cessação dos motivos determinantes da incapacidade laboral que deu azo à aposentação.

Entrementes, embora haja divergência na jurisprudência, há que se considerar que o prazo de suspensão do contrato é igual ao da aposentadoria por invalidez, mesmo que superior a 5 (cinco) anos, nos termos da Súmula 160 do TST:

*Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.*

Logo, cancelada a aposentadoria, independente do tempo decorrido, o empregado tem direito a retornar ao emprego. Ao empregador, no entanto, é facultado indenizar o obreiro na forma da lei.

Portanto, a Súmula 160 do TST foi uma forma de proteger o trabalhador conservando o contrato de trabalho indefinidamente com a sua suspensão até que cesse a enfermidade ou ocorra o evento morte do segurado.

Havia corrente jurisprudencial no sentido de que a aposentadoria por invalidez suspendia o contrato pelo período máximo de 5 (cinco) anos, quando a aposentadoria se tornaria definitiva, rompendo o contrato de trabalho, nos termos da Súmula 217 do STF:

*Tem direito de retornar ao emprego, ou ser indenizado em caso de recusa do empregador, o aposentado que recupera a capacidade de trabalho dentro de cinco anos, a contar da aposentadoria, que se torna definitiva após esse prazo.*

Registre-se que a Súmula 217 do STF, editada em 1963, não foi revogada, nem substituída, porém após o enunciado da Súmula 160 do TST no ano de 2003, o seu uso não tem mais aceitação. Vejamos:

APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. CONTRATO DE TRABALHO SUSPENSO, MESMO SE ULTRAPASSADOS 5 ANOS. A Súmula 217 do C. STF foi editada em dezembro de 1963. Vigorava, então, a lei 3332/57, cujo artigo 4º, § 3º, previa que a aposentadoria por invalidez que completasse 5 anos convertia-se em definitiva. A situação foi alterada, com a vigência dos artigos 475 da CLT (com a redação de 1965) e 47 da Lei 8.213/91. Prevalece hoje a jurisprudência consolidada no C. TST, através de sua Súmula 160, fruto da Resolução nº121/2003, indicando que não se extingue o contrato suspenso pela aposentadoria por invalidez, mesmo após 5 anos. Processo: RECORD 3034200800902008 SP 03034-2008-009-02-00-8 Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO Julgamento: 21/07/2009 Órgão Julgador: 3ª TURMA Publicação: 07/08/2009

Parte(s) RECORRENTE(S): Maria de Souza Okamoto RECORRIDO(S): ASSOC BENEF E FILANT SAO CRISTÓVAO – HOS

Ora, a própria Previdência Social não considera definitiva a aposentadoria por invalidez após transcorridos 5 (cinco) anos, determinando o retorno do beneficiário ao trabalho. Por isso, a maioria dos julgados nos Tribunais adota o entendimento esposado pelo TST, senão vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DISPENSA - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ - SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RESTABELECIMENTO DAS VANTAGENS. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO.

Nos termos do caput do art. 475 da CLT, - o empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício-. E, segundo se depreende do art. 47 da Lei 8.213/91, foram previstas duas situações distintas para retorno do empregado ao trabalho e para efeitos no pagamento do benefício previdenciário: I) quando a recuperação ocorrer dentro de cinco anos contados da data do início da aposentadoria por invalidez; II) quando a recuperação ocorrer após o período de cinco anos. Infere-se desses dispositivos legais, portanto, que o empregado não tem, pelo advento da aposentadoria por invalidez, seu contrato de trabalho extinto, mas suspenso. Nesse período, somente não são devidas obrigações incompatíveis com a ausência de prestação de trabalho, o que não ocorre, contudo, em relação à permanência do empregado no plano de saúde. Não sendo alterada a condição do empregado após cinco anos de percepção do benefício previdenciário - quando ainda pode retornar ao trabalho caso recupere sua capacidade laborativa, nos termos do art. 47, II, da Lei 8.213/91 -, não se justifica seja retirado dele o direito, por exemplo, de usufruir do plano de saúde, permanecendo a obrigação durante todo o tempo em que o obreiro se encontrar aposentado por invalidez. Ou seja, inexistente previsão legal de que a aposentadoria por invalidez converta-se em definitiva após cinco

anos, o que poderia afetar direitos devidos no curso do contrato de trabalho. Isso significa que o contrato de trabalho não se extingue com o decurso de cinco anos. Esse o entendimento que se depreende da Súmula 160/TST: -cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei-. Assim, irretocável a decisão proferida pela Corte de origem, que entendeu pelo restabelecimento das vantagens que eram concedidas aos economiários que atualmente encontravam-se aposentados por invalidez. Portanto, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido<sup>10</sup>. (grifamos)

Portanto, o empregador deve pautar sua conduta consoante entendimento majoritário, em especial, da Corte Superior, no sentido de que na legislação previdenciária atual, o decurso de cinco anos não torna definitivo o pagamento de aposentadoria por invalidez conforme artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/91. Assim, enquanto perdurar a incapacidade e o consequente recebimento do benefício previdenciário, o contrato de trabalho do empregado estará suspenso nos termos do artigo 475 da CLT, bem como da Súmula 160 do TST.

Com efeito, vedado está o empregador de dispensar o empregado sem justa causa, não havendo como extinguir o contrato de trabalho durante a suspensão do mesmo, sob pena de pagamento da multa de 40% do FGTS.

---

<sup>10</sup> Processo: AIRR 1123404220055050002 112340-42.2005.5.05.0002, Relator(a): Mauricio Godinho Delgado, Órgão Julgador: 3ª Turma, Julgamento: 29/08/2012, Publicação: DEJT 31/08/2012.

### 2.3.2. Das hipóteses de extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez

No que pertine à extinção do contrato de trabalho dos aposentados por invalidez, em princípio só existem duas possibilidades.

A primeira forma de extinção ocorre quando o aposentado, ao fazer os exames periódicos a que é obrigado pelo INSS, obtém a recuperação da capacidade laborativa, podendo retornar ao emprego. Neste momento, o legislador no art. 475, §1º da CLT, bem como da Súmula 160 do TST, abre a possibilidade do empregador rescindir o contrato de trabalho mediante indenização ao trabalhador.

A segunda e última forma se dá apenas com a morte, quando o segurado não recupera a capacidade laborativa e vem a falecer.

Portanto, àquele que é inválido para o resto da vida, não há uma previsibilidade para o fim do contrato de trabalho, nos termos da Lei (Federal) nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

Registre-se, ainda que, caso ocorra extinção da empresa ou da pessoa física empregadora (este último por falecimento), por óbvio que não há como o contrato de trabalho persistir, portanto extingue-se pela cessação da relação jurídica ante a ausência da parte contratante, conferindo direito ao segurado a todas as verbas rescisórias como se fosse dispensado sem justa causa.

### 2.4. Da dispensa do empregado público após cessar a invalidez

Os servidores públicos, nos termos da Constituição Federal, somente perdem os respectivos cargos diante das seguintes situações:

“Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”

A constituinte de 1988 não incluiu os empregados públicos no art. 41, mas somente os servidores. A dúvida que remanesca era a respeito da aplicabilidade do instituto da estabilidade aos empregados públicos.

O Egrégio Tribunal Superior do Trabalho assim sumulou seu entendimento a respeito da matéria:

“Súmula nº 390. ESTABILIDADE. ART. 41 DA CF/1988. CELETISTA. ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL. APLICABILIDADE. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. INAPLICÁVEL

I - O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.”

II - Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988.

Assim, consoante este entendimento do col. TST, os empregados públicos podem ser divididos, para fins didáticos, em duas classes: de um lado os empregados que exercem atividades nos órgãos públicos da administração direta, autarquias e fundações e, de outro, aqueles que trabalham para empresas públicas e sociedades de economia mista.

O TST fixou interpretação de que os primeiros são estáveis, desde que atendam aos requisitos estabelecidos, ao passo que aos últimos a estabilidade é negada.

Pacificada pela mais alta corte trabalhista brasileira a falta de estabilidade do empregado público das entidades da Administração Indireta submetidas ao regime de direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista). A discussão que se apresenta é se o ato de demissão de tais empregados públicos necessita de fundamentação.

O entendimento do col. TST de que a demissão do empregado público não precisa de motivação, restou consignada na Orientação Jurisprudencial nº 247, da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) que apregoa:

“Orientação Jurisprudencial nº 247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade; 2. A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.” Em princípio, a motivação é necessária para os atos vinculados e para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública.”

Destarte, o entendimento sedimentado nas Cortes Trabalhistas é no sentido da aplicação da Súmula nº 390 do eg. TST e da OJ nº 247 da SBDI-I.

Vejamos:

“RECURSO DE REVISTA. DESPEDIDA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N° 247 DA SBDI-1 DO TST. Segundo a diretriz da Orientação Jurisprudencial n° 247, I, da SBDI-1 do TST, a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. Logo, a revista merece provimento, para adequar a decisão regional à jurisprudência desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido.”

(Processo: RR - 958-25.2010.5.03.0002 Data de Julgamento: 31/08/2011, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 02/09/2011).

Inicialmente o STF posicionou-se em consonância com o entendimento firmado pelo col. TST, no sentido de que é prescindível a motivação do administrador público na dispensa do empregado de sociedade de economia mista ou empresa pública exploradora de atividade econômica admitido previamente mediante concurso.

Porém, em 2010 a matéria foi submetida, vez mais, ao crivo da Corte Máxima, como objeto do recurso extraordinário interposto pela Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, sob a sistemática da repercussão geral, em face de acórdão prolatado pelo col. TST em que se discutia se a recorrente, ECT, empresa pública prestadora de serviço público, deveria ou não motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados.

Colhe-se do RE 589.998-PI que o colendo TST, reputara ser inválida a despedida de empregado da recorrente, ao fundamento de que “a validade do ato de despedida estaria condicionada à motivação, visto que a empresa goza das mesmas garantias atribuídas à Fazenda Pública”.

Ao aviar o recurso, a empresa pública mencionada suscitara afronta aos artigos 41 e 173, § 1º, da Constituição Federal, aduzindo que “a deliberação a respeito das demissões sem justa causa seria direito potestativo da empresa”, e que o acórdão do TST teria interferido “na liberdade existente no direito trabalhista, por incidir no direito das partes pactuarem livremente entre si”.

O relator do processo, Min. Ricardo Lewandowski, concluiu por negar provimento ao recurso da ECT, sustentando que *“o dever de motivar o ato de despedida de empregados públicos, admitidos por concurso, aplicar-se-ia a todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental”*.

Recentemente julgado pelo eg. STF (20/3/2013), o mérito recursal, por maioria de votos, o Plenário da col. Corte deu provimento parcial ao recurso para assentar que *é obrigatória a motivação da dispensa unilateral de empregado por empresa pública e sociedade de economia mista tanto da União, quanto dos estados, do Distrito Federal e dos municípios*.

Inobstante, o Colendo STF reconheceu ser inaplicável o instituto da estabilidade no emprego aos trabalhadores de empresas públicas e sociedades de economia mista, na esteira do entendimento propugnado pelo eg. TST.

Assim, a questão inerente à estabilidade é crucial quando do retorno do empregado público aposentado por invalidez.

Consoante a evolução jurisprudencial da matéria, em sendo o empregado público (também designado de servidor celetista) vinculado à Administração Direta ou às Autarquias e Fundações da Administração Indireta, estará protegido contra a despedida imotivada em função da garantia inculpada no art. 41, §1.º e incisos de I a III da Constituição Federal.

Assim, para estes, a perda do cargo se dará, a exemplo do que ocorre com os servidores de vinculação estatutária, se, e somente se (i) em virtude de sentença judicial transitada em julgado; (ii) mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa e, finalmente, mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.”

Nesse caso, ao retornar da aposentadoria por invalidez, a estes fica assegurado o direito à função que ocupavam ao tempo da aposentadoria,

porém não se aplica à possibilidade do Estado ou ente estatal rescindir sem justa causa seu contrato mediante indenização.

Porém, os empregados públicos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, exploradoras de atividade econômica, - *por se sujeitarem ao regime jurídico próprio das sociedades privadas* -, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, não são destinatários da estabilidade a que se refere o art. 41 da CF.

Nesse caso conforme a recentíssima orientação do pleno do STF, nos autos de (RE589.998-PI) ficou assentado, nos termos do voto do Ministro Relator, aplicar-se o dever de motivar formalmente os atos demissionários para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental.

## 2.5. Sobre a redistribuição dos empregados públicos da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio que fora transformada em Empresa de Gestão de Recursos Minerais (MS-Mineral) para a Secretaria de Estado de Gestão de Recursos Humanos

A questão ora posta em exame reside na consulta formulada, em tese, acerca da possibilidade ou necessidade de redistribuição dos empregados públicos – com contratos suspensos pela aposentadoria por invalidez – para a SEGRH.

Os empregados públicos da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio com contrato suspenso em decorrência de aposentadoria por

invalidez não foram redistribuídos para a Secretaria de Estado de Gestão de Recursos Humanos no prazo estabelecido pelo artigo 4º da Lei Estadual nº 3.993/2010 justamente porque não estavam em atividade.

Em decorrência da transformação da Empresa de Gestão de Recursos Humanos e Patrimônio - EGRHP, na Empresa de Gestão de Recursos Minerais (MS-Mineral) esses servidores permaneceram vinculadas à empresa sucessora das obrigações da EGRHP (informação na fl. 58). O que está correto do ponto de vista legal.

Assim, tendo em vista que a empresa na qual os servidores estavam trabalhando à época da suspensão dos contratos não foi extinta (o que poderia dar causa à rescisão desses contratos de trabalho), mas tão somente transformada em outra empresa (ou seja, houve uma sucessão nas responsabilidades empresariais), tais empregados públicos devem continuar vinculados à MS-Mineral (empresa sucessora), não existindo razão, nem permissivo legal, que ampare uma redistribuição para Secretaria de Gestão de Pessoal, na administração direta do Estado.

O fato da empresa MS-Mineral não dispor de quadro de pessoal (f. 58) não a impede de manter esses contratos de emprego suspensos, pois não estão ativos.

Porém, acaso esses empregados públicos voltem a ter aptidão para o trabalho, poderá a administração da empresa MS-Mineral, ou quem seja responsável pela sua gestão, adotar uma das medidas indicadas alhures, quais sejam: assegurar o retorno ao posto de trabalho junto à empregadora ou terem seus contratos rescindidos, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade).

É a manifestação que submetemos a vossa apreciação.

Campo Grande, MS, 29 de julho de 2013.

*Fabiola Marquetti Sanches Rahim*

Procuradora do Estado

Coordenadora da CJUR-SAD

### **DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 323/2013**

MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 051/2013

Processo nº xxxxxxxx

Consultante: Secretária de Estado de Administração

Interessados: xxxxxxxxx

Assunto: Auxílio-doença e Aposentadoria por Invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Redistribuição dos servidores.

Ementa: APOSENTADORIA POR INVALIDEZ DE EMPREGADO PÚBLICO – SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO POR TEMPO INDETERMINADO – LIMITES INTERPRETATIVOS SÚMULA 160 TST – EMPRESA PÚBLICA SUCESSORA RESPONDE PELOS CONTRATOS DE TRABALHO SUSPENSOS.

A aposentadoria por invalidez não extingue o contrato de trabalho e é temporária nos termos da Súmula 160 TST.

Caso cesse a invalidez, o empregado público terá direito a retornar ao trabalho.

A Empresa Pública Sucessora responde pelos contratos de trabalho suspensos da antecessora.

Vistos, etc.

1. Com fulcro no 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, aprovo a Manifestação/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 051/2013, por mim vistada, de fls. 63-83, da lavra da Procuradora do Estado Fabiola Marquetti Sanches Rahim, que apresentou as seguintes conclusões relativas ao caso concreto:
  - a) uma vez concedida a aposentadoria por invalidez, não há se falar em extinção do contrato de trabalho e do vínculo empregatício, mas na sua suspensão, compreendida a sustação total das

- obrigações recíprocas, perdurando tal status até que sobrevenha a cessação dos motivos determinantes da incapacidade laboral que deu azo à aposentação;
- b) o decurso de cinco anos não torna definitivo o pagamento de aposentadoria por invalidez conforme artigo 42 da Lei (Federal) nº 8.213/91. Assim, enquanto perdurar a incapacidade e o consequente recebimento do benefício previdenciário, o contrato de trabalho do empregado estará suspenso nos termos do artigo 475 da CLT, bem como da Súmula 160 do TST;
  - c) a extinção do contrato de trabalho do aposentado por invalidez pode se dar: i) com o evento morte do segurado ou ii) com a rescisão contratual após a recuperação da capacidade laborativa e retorno ao emprego, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade);
  - d) os empregados públicos das Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas, exploradoras de atividade econômica, - por se sujeitarem ao regime jurídico próprio das sociedades privadas -, inclusive quanto aos direitos e obrigações trabalhistas, não são destinatários da estabilidade a que se refere o art. 41 da CF;
  - e) conforme a recentíssima orientação do pleno do STF, nos autos de (RE589.998-PI) ficou assentado, nos termos do voto do Ministro Relator, o dever de motivar formalmente os atos demissionários para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, por não serem alcançadas pelo art. 173 da Lei Fundamental;
  - f) tendo em vista que a empresa na qual os servidores estavam trabalhando à época da suspensão dos contratos não foi extinta (o que poderia dar causa à rescisão desses contratos de trabalho), mas tão somente transformada em outra empresa (ou seja, houve uma sucessão nas responsabilidades empresariais), tais empregados públicos devem continuar vinculados à MS-Mineral (empresa sucessora), não existindo razão, nem permissivo legal, que ampare uma redistribuição para Secretaria de Gestão de Pessoal, na administração direta do Estado;
  - g) o fato da empresa MS-Mineral não dispor de quadro de pessoal

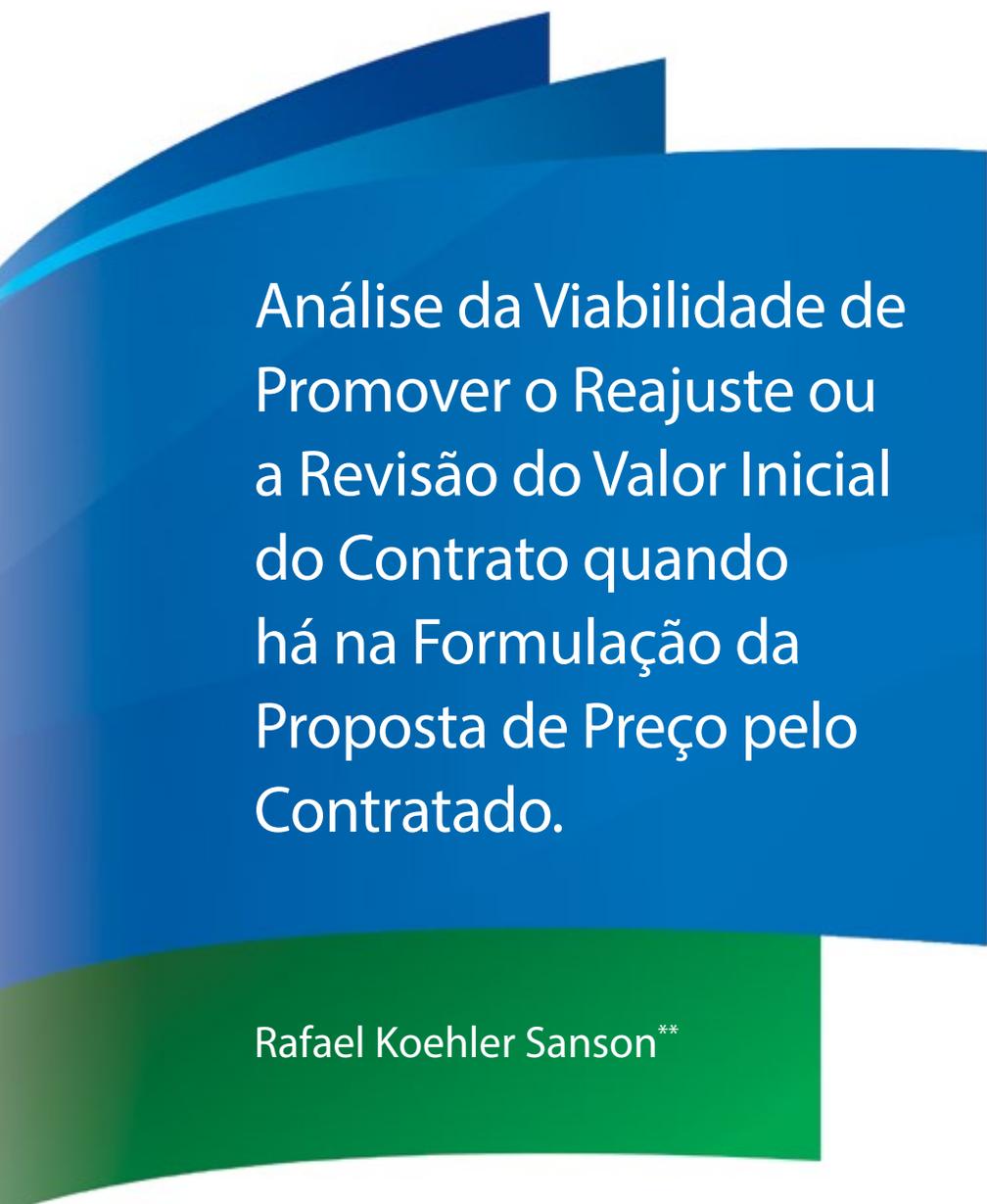
- (f. 58) não a impede de manter esses contratos de emprego suspensos, pois não estão ativos;
- h) acaso esses empregados públicos voltem a ter aptidão para o trabalho, poderá a administração da empresa MS-Mineral, ou quem seja responsável pela sua gestão, adotar uma das medidas indicadas alhures, quais sejam: assegurar o retorno ao posto de trabalho junto à empregadora ou terem seus contratos rescindidos, desde que devidamente motivados, com o pagamento das verbas rescisórias de direito (porque se trata de empresa pública e não há direito à estabilidade).
2. *Acrescento* apenas que conforme constou na MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 055/2013, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 321/2013, o alcance da idade limite para aposentadoria compulsória (70 anos para homem e 65 para mulher) determina a extinção do contrato de trabalho, conforme jurisprudência do Colendo TST (RR – 986/2006-008-15-40.5), não se podendo falar em dispensa imotivada para atrair o direito à parcela de 40% do FGTS e ao aviso-prévio.
3. À Assessoria do Gabinete para:
- a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado manifestante na CJUR-SAD e à COPGE;
- b) dar ciência da manifestação apreciada e da presente decisão à autoridade consultente, devolvendo-lhe os autos para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 6 de agosto de 2013.

Original Assinado

*Rafael Coldibelli Francisco*

Procurador-Geral do Estado



# Análise da Viabilidade de Promover o Reajuste ou a Revisão do Valor Inicial do Contrato quando há na Formulação da Proposta de Preço pelo Contratado.

Rafael Koehler Sanson\*\*

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em pregão presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

## Senhor Procurador-Geral do Estado,

Autoridade estadual consulta a Procuradoria-Geral do Estado acerca do pedido de reajuste de preços em determinado Contrato Administrativo de Prestação de Serviços, celebrado entre o Estado de Mato Grosso do Sul e sociedade empresária para o fornecimento de alimentação dos presos sob custódia em uma das unidades prisional do Estado.

Referido contrato foi firmado em 05 de outubro de 2012, ajustando-se o seu valor de acordo com o pregão realizado no dia 24 de setembro de 2012 em duas sessões. Depois de uma disputa extremamente acirrada, totalizando 351 lances, ficou definido para o lote da unidade prisional em questão o valor de R\$ 248.976,00 (fls. 67/80), sendo o preço unitário da diária (café da manhã, almoço e jantar) no montante de R\$ 4,94<sup>1</sup>.

E, diante do valor pago, a contratada alega que está ocorrendo o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, formulando requerimento de revisão do preço da diária de refeição, ao argumento de que o valor por ela recebido está bem abaixo das necessidades reais de custo e considerando que o Decreto Estadua

---

<sup>\*\*</sup> Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010; Pós-Graduado em Direito “*Latu Sensu*” pela Escola da Magistratura do Paraná, 2006; Pós Graduado em Direito Público pelo curso LFG em parceria com a Unisul, 2009;

<sup>1</sup> O valor global máximo que o Estado se propunha a pagar para a prestação do serviço na unidade prisional em questão era R\$ 504.000,00, o que correspondia ao valor máximo por diária de R\$ 10,00, conforme estabelecido nas cláusulas 1.2 e 1.3 do edital, amparadas no Decreto Estadual nº 13.031/10.

nº 13.591/13 elevou de R\$ 10,00 para R\$ 10,70 o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões civis do Estado.

Os autos então foram encaminhados à assessoria jurídica do órgão consulente para análise e parecer quanto ao pedido de revisão, tendo esta concluído pelo deferimento do reajuste do preço unitário para R\$ 10,70 por meio de apostilamento.

É o relato do essencial.

Passamos a opinar.

De início faz-se necessário diferenciar os conceitos jurídicos de revisão e reajuste, pois tanto no pedido da contratada como no parecer jurídico da assessoria jurídica do órgão consulente há uma certa confusão entre os institutos e os dispositivos legais que tratam de um e de outro.

*A revisão de preços, na lição de Marçal Justen Filho, deve ser reservada “para os casos em que a modificação decorre de alteração extraordinária nos preços, desvinculada da inflação verificada. Envolve a alteração dos deveres impostos ao contratado, independentemente de circunstâncias meramente inflacionárias.”<sup>2</sup>*

Assim, a *revisão* tem lugar quando *circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis ou previsíveis mas de consequências incalculáveis atingem o contrato causando o seu desequilíbrio econômico-financeiro*, devendo-se buscar soluções que devolvam ao contrato o equilíbrio nas obrigações das partes. Trata-se da aplicação da teoria da imprevisão, diante da ocorrência de álea extraordinária, desvinculada de quaisquer índices de variação inflacionária, como dito acima<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010. p. 790.

<sup>3</sup> ARAÚJO, Kleber Martins de. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais, Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, nº 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3132>>. Acesso em: 22 out. 2010.



Já o reajuste “trata-se de alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias.”<sup>4</sup> Em outras palavras, “se caracteriza por ser uma fórmula preventiva normalmente usada pelas partes já no momento do contrato, com vistas a preservar os contratos dos efeitos de regime inflacionário.”<sup>5</sup>

Nessa linha, o reajuste aplica-se quando há previsíveis elevações nos preços dos bens, serviços e obras decorrentes da instabilidade econômica e da inflação. E, por ser previsível, não se aplica a teoria da imprevisão ao caso, devendo estar expressos no contrato os critérios de reajuste para manter-se o equilíbrio do contrato.<sup>6</sup>

Portanto, deve-se analisar se é possível implementar a revisão conforme pretendido pela contratada ou o reajuste conforme sugerido pela assessoria jurídica do órgão consulente.

1. E desde logo já se adianta que, diante dos fatos narrados e dos fundamentos trazidos no pedido da contratada, não há direito a revisão do contrato, com fundamento no art. 65, II, d, da Lei 8.666/93, verbis:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para *restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis,*

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit. p. 791.

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 192.

<sup>6</sup> ARAÚJO, Kleber Martins de. Op. cit.

*ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.*"

Isso porque a revisão de preço, que justifica a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, exige a presença de álea econômica extracontratual e extraordinária, ou seja, *“ocorrência comprovada de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, que onerem o contrato de maneira a que a relação econômico-financeira inicial seja alterada em desfavor do particular contratado.”*<sup>7</sup>

E um dos fatos que justifica o pedido de revisão da contratada para alterar o valor pago pela Administração contratante é a impossibilidade de manutenção do preço ajustado porque estes não cobrem os seus custos.

Ocorre que a culpa na má formulação do preço é exclusiva da contratada. Se o Estado estava disposto a pagar até o máximo de R\$ 10,00 por diária de refeição à época da realização do pregão, conforme previsto no edital e amparado no Decreto 13.031/10, e a contratada na disputa com outros licitantes ofereceu o valor de R\$ 4,94 para sagrar-se vencedora não pode agora, durante a execução do contrato – que sequer completou um ano –, postular a revisão do valor que lhe é pago porque avaliou mal seus custos e formulou preço que lhe é prejudicial, sob pena de lhe dar benefício em detrimento dos demais licitantes que por serem mais cautelosos não ofereceram valor mais vantajoso para a Administração. Esse foi inclusive o entendimento consagrado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 744.446/DF:

DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - ART. 18 DO CPC - LICITAÇÃO - CONTRATO - CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICA - PREJUÍZOS SOFRIDOS PELO LICITANTE DURANTE A

---

<sup>7</sup> AC 2716-16/09-2 do TCU

EXECUÇÃO DO CONTRATO - INFLAÇÃO - PROPOSTA DO LICITANTE MAL CALCULADA - ÁLEA ORDINÁRIA, QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA À ADMINISTRAÇÃO - TEORIA DA IMPREVISÃO - NÃO-APLICAÇÃO - DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

[...]

5. Não se mostra razoável o entendimento de que a inflação possa ser tomada, no Brasil, como álea extraordinária, de modo a possibilitar algum desequilíbrio na equação econômica do contrato, como há muito afirma a jurisprudência do STJ.

6. Não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas, não apresentaram valor mais atraente. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(REsp 744446/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008)

No mesmo sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios:

“LICITAÇÃO. COBRANÇA DE PERDAS SOFRIDAS DURANTE EXECUÇÃO DE CONTRATO. TEORIA DA IMPREVISÃO AFASTADA.

*Fatos imprevisíveis são aqueles que refogem a qualquer espécie de diligência, atingindo inesperadamente a execução da avença e causando sério desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Como tal, não se podem considerar os prejuízos já constatados desde o primeiro mês de vigência do contrato o que demonstra, isso sim, a má previsão da autora na elaboração da proposta, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração.”* (TJDFT, 2ª turma, Apelação Cível nº 2002.01.5.004827-0, relator Des. Mário-Zam Belmiro, revisora Des. Carmelita Brasil, publicado no DJU de 06/08/03, p.38).

E do voto da revisora retira-se a seguinte passagem que encaixa perfeitamente ao caso ora em exame:

*“De certo que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser sempre observado, mas esse equilíbrio que representa a adequação entre o objeto e o preço do contrato, deve estar presente desde o momento em que se firma o ajuste. Ora, se as requeridas indicaram em sua proposta o preço “X” para a execução do contrato, é porque o achavam suficiente e adequado para tal. O fato de no primeiro mês já sofrerem perdas, indica que as proponentes não souberam calcular o preço justo para o contrato em questão.*

Ademais, vale ressaltar que fatos imprevisíveis são aqueles inexistentes à época do pactuado e que atingem inesperadamente o contrato durante a execução, o que a meu ver, de acordo com o acima esposado, não foi, definitivamente, o caso dos autos.

Assim, creio que não há como imputar as aludidas perdas a fatores imprevisíveis, já que decorrentes de má previsão das autoras, o que constitui álea ordinária não suportável pela Administração e não autorizadora da aplicação da Teoria da Imprevisão. Caso se permitisse a revisão pretendida, estaria-se beneficiando as apeladas em detrimento dos demais licitantes que, agindo com cautela, apresentaram proposta coerente com os ditames do mercado e, talvez por terem incluído essa margem de segurança em suas propostas não apresentaram valor mais atraente.”

Também assim se posicionou o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª região, senão vejamos:

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REVISÃO CONTRATUAL. ART. 65, II, “d”, DA LEI DE LICITAÇÕES. EFEITOS. 1. A autora alega que, a partir de agosto de 2002 - no mês seguinte ao da apresentação da proposta para a concorrência pública - o preço do petróleo e de seus derivados subiu vertiginosamente, coisa que não podia prever, e efetivamente não previu, e que a variação representou quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A autora não tem razão. Dispõe o art. 65 da Lei 8.666/93 (“Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações*

e contratos da Administração Pública e dá outras providências”): Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço, ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. A autora relata que a elevação do valor dos derivados do petróleo teve início em agosto de 2002. Ainda assim, assinou o contrato administrativo em 27 de novembro do mesmo ano, meses depois da data que indica como marco para o “desequilíbrio” do mercado. Estava, portanto, ciente da variação dos insumos que seriam aplicados na execução da obra contratada. Sabia da variação quando assinou o contrato. Nesse ponto, é desnecessário provar que a empresa conhecia esses fatos, como mencionou a autora na réplica; a sucessão de fatos no tempo e a prova documental dos autos são suficientes para demonstrá-lo. *No caso concreto, não houve surpresa, ou circunstância imprevisível, ou fato extraordinário capaz de alterar a base objetiva do contrato. O que houve, como bem argumentou a ré na resposta, foi uma projeção totalmente equivocada da autora, supondo que o preço do petróleo (e derivados) permaneceria estável. Arriscou na formulação da proposta com intuito de vencer a concorrência, e teve sucesso.* A projeção revelou-se incorreta, daí o aumento do custo da contratada para executar os serviços. O contrato, por sua própria natureza, continha certa dose de risco: a fluidez do preço do petróleo é notória, e nada tem de imprevisível. O risco da licitante-contratada era estimar uma proposta fundada em preço abaixo do mercado ou no limite do preço de custo real e, como contrapartida, deparar-se com preço maior no momento da execução da obra, o que acabou acontecendo. Por outro lado, o preço do petróleo poderia cair (como hoje de fato está em baixa), o que resultaria em incremento financeiro para a licitante. Já o risco da Administração era contratar por preço maior do que o preço que poderia ser obtido na data da execução da obra. *Não é lícito à contratada*

*(autora) transferir o risco do contrato, já conhecido, porém mal calculado, para a contratante (ré). Deveria, sim, procurar apurar responsabilidades pelo equívoco. Não se aplica à espécie, portanto, o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/93. Quanto à teoria da imprevisão invocada pela autora (cf. art. 65, II, d, da Lei de Licitações), não socorre a requerente. A teoria, segundo Odete Medauar, significa o seguinte: circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, se vêm a modificar profundamente sua economia, “dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado”, tem o contratado (o particular) o direito de rever suas condições, para superar as dificuldades, a fim de preservar a continuação do contrato e o equilíbrio econômico-financeiro da avença (Direito administrativo moderno, Revista dos Tribunais, 2004, p. 262). Tais circunstâncias imprevisas, além de serem supervenientes à celebração do contrato, devem ultrapassar a normalidade, ser excepcionais, extraordinárias, causando um desequilíbrio muito grande no contrato (cf. Maria Sylvania Di Pietro, Direito administrativo, Atlas, 2007, p. 264), o que não ocorre na situação concreta. Finalmente, são relevantes os argumentos da ré na contestação: “(...) se optou em firmar o contrato (ato jurídico perfeito) revalidando a sua proposta comercial, aquiescendo em executá-lo também nos moldes propostos (como efetuado), não pode a autora buscar o reequilíbrio (...) quando os fatos (...) já se faziam presentes em anterioridade ao próprio pacto (...). Sob ótica diversa, o acolhimento do pleito da autora acarretaria alteração na ordem de classificação das propostas da licitação, ensejando a sua nulidade acaso a INFRAERO assim o procedesse (...). Caso tal revisão fosse permitida, estar-se-ia beneficiando a autora em detrimento das demais licitantes que, agindo acauteladamente, apresentaram propostas com valores superiores aos daquela, porém condizentes com os praticados no mercado e, talvez por terem incluído nessas uma margem de segurança para fazer frente aos fatos alegados pela autora, terminaram por não apresentar proposta em valor mais atraente, não logrando vencer o certame por tal motivo” (fl. 225).” Realmente, não se verificaram na espécie os pressupostos da teoria da imprevisão. Ora, no caso dos autos não há sequer falar na imprevisão contratual, pois a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia*

*ou a execução do contrato , autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.* Trata-se da aplicação da cláusula rebus sic stantibus, elaborada pelos pós-glosadores, que espousa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente. Tal ideia se inspirava num princípio de equidade, pois se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, já que haveria indevido enriquecimento de um e conseqüente empobrecimento do outro (...).

*Todos os autores acima referidos admitem sob os mais variados fundamentos doutrinários, a aplicação da teoria da imprevisão, mas apenas em circunstâncias excepcionais, que não se verificam no caso dos autos, ou seja, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação econômica estabelecida pelos contraentes justifica a revisão do contrato com base na cláusula rebus sic stantibus.* Outro não é o entendimento adotado pela jurisprudência uniforme da Suprema Corte, em todas as oportunidades em que se manifestou sobre a tormentosa questão, como reflete o aresto relatado pelo eminente e saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, cuja cultura jurídica é por todos reconhecida, ao votar no RE nº 71.443-RJ, verbis: “Rebus sic stantibus - Pagamento total prévio. 1. A cláusula rebus sic stantibus tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio...” (in RTJ 68/95. No mesmo sentido RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/ 551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328 e 117/323). No caso concreto, contudo, é de todo estranho aos princípios de justiça a aplicação da teoria da imprevisão, que deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, evitando que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua. (...)” (TRF4ª R. - AC 200871000116820 - 3ª T. - Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz - DJ 02.06.2010)

Colocando uma pá de cal sobre o assunto, destacamos a seguinte decisão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que analisou caso semelhante a este e concluiu que a má formulação do preço pelo licitante é álea ordinária contratual não suportável pela Administração:

3945 - Contratação pública – Contrato – Equilíbrio econômico-financeiro – Álea ordinária – Conceito – TCE/MG

*“A álea ordinária remete a eventos afetos ao comportamento do contratado, pelos quais não responde a Administração Pública. Trata-se do risco do próprio negócio, resultado da oscilação comum do mercado ou da má gestão empresarial do agente privado. Essas causas, que em geral estão relacionadas à busca do lucro, finalidade inerente à iniciativa privada de mercado, não autorizam a alteração do contrato administrativo, embora possam interferir no equilíbrio econômico financeiro da relação contratual. Um exemplo de evento que pode ser classificado como álea ordinária é o erro de cálculo do particular ao elaborar sua proposta na licitação. A falha no planejamento e na quantificação dos encargos relativos à execução do contrato não pode servir de argumento para se pleitear o aumento da remuneração devida pela Administração, que, como dito alhures, não responde por tal desídia do particular”.* (TCE/MG, Consulta nº 811.939, Rel. Cons. Antônio Carlos Andrada, j. em 26.05.2010.)<sup>8</sup> (destacamos)

Portanto não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, *d*, da Lei 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pelo contratado.

2. O segundo fato alegado pela contratada para a revisão do valor pago pela Administração foi a edição do Decreto 13.591/13 que alterou o valor máximo a que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeições nas prisões.

<sup>8</sup> MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 65, inc. II, alínea “d” categoria Tribunais de Contas. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em: 24 jun. 2013.

Mas aqui, embora a contratada tenha tratado impropriamente como fato gerador da revisão, a mudança promovida pelo referido Decreto está atrelada ao *reajuste* do contrato, conforme pode ser observado da cláusula décima, item 10.3, pois teve como objetivo corrigir o valor máximo que o Estado se dispõe a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos prisionais levando em conta a variação inflacionária.

Então é necessário analisar (i) se é possível conceder o reajuste em razão do Decreto nº 13.591/13, (ii) em que momento ele pode ser concedido e (iii) qual índice deve ser utilizado.

O contrato estabelece na cláusula décima (DO PAGAMENTO), item 10.3, que *“o reajustamento de preços fica condicionado às alterações do decreto Estadual nº 13.031 de 04/08/10. O valor constante da nota fiscal/fatura, quando da sua apresentação, não sofrerá qualquer atualização monetária até o efetivo pagamento.”*

Logo, de acordo com essa cláusula, o reajuste devido ao contratado está atrelado à alteração no Decreto Estadual nº 13.031/10. E como o Decreto em referência foi revogado pelo Decreto nº 13.591/13, que estabeleceu o novo teto do valor que o Estado está disposto a pagar por diária de refeições nos seus estabelecimentos penais, em tese, seria possível o reajuste do valor do contrato cujo objeto guarde referência ao tema do Decreto.

Resta saber, agora, se esse reajuste pode ser efetivado nesse momento.

O art. 40, XI, da Lei 8.666/93 estabelece que o edital deve obrigatoriamente prever o *critério de reajuste*, enquanto o art. 55, III, do mesmo diploma legal o elenca como cláusula necessária do contrato, nos seguintes termos:

*“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos*

envelopes, e indicará, *obrigatoriamente*, o seguinte:

[...]

*XI - critério de reajuste*, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;”

“*Art. 55. São cláusulas necessárias* em todo contrato as que estabeleçam:

[...]

III - o preço e as condições de pagamento, os *critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços*, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;” (destacamos)

E, de acordo com o art. 2º, *caput* e § 1º e o art. 3º, § 1º, ambos da Lei 10.192/2001 *o reajuste somente pode ocorrer após 01 (um) ano, contado da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento, in verbis:*

“*Art. 2º É admitida estipulação* de correção monetária ou de reajuste por índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos *contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano*.

§ 1º *É nula* de pleno direito qualquer *estipulação de reajuste* ou correção monetária de *periodicidade inferior a um ano*.”

“*Art. 3º* Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, serão reajustados ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitarem, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º *A periodicidade anual nos contratos de que trata o caput deste artigo será contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento* a que essa se referir.” (destacamos)

Dessa forma, não obstante, em tese, possível o reajuste, este não se dá a qualquer tempo, somente podendo ser efetivado na data-base, considerada

esta como a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, pois é nesse momento que se vincula a ele.

No presente caso, como se trata de pregão, a data-base para efeito de reajuste do contrato é o dia em que foram realizados os lances – 24 (vinte e quatro) de setembro –, uma vez que nessa data o licitante vinculou-se definitivamente ao preço.

Essa é a interpretação que se extrai do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192/2001, sendo essa também a interpretação doutrinária, senão vejamos:

“A disciplina do reajuste foi objeto de modificações em virtude do Plano Real. Somente se admite reajuste após decorridos doze meses, com efeitos para o futuro. Segundo a nova sistemática, não se produz reajuste entre a data da proposta (ou do orçamento a que ela se refere) e a data da contratação. Computa-se sempre o prazo de doze meses. Logo, é possível reajuste antes de um ano da contratação, desde que decorridos um ano da formulação da proposta.”<sup>9</sup>

Igualmente, o Tribunal de Contas da União, em consulta formulada pelo Ministério dos Transportes, manifestou-se de acordo com essa tese:

“22. As normas citadas quando da análise da primeira questão são claras ao *fixarem a data da apresentação da proposta ou da elaboração do orçamento como marco para os futuros reajustes contratuais* (§ 1º do art. 3º da Lei 10.192/2001 e art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93). Os já mencionados Acórdãos do Plenário (1703/2003 e 1563/2004) também apontam nesse sentido. Desta feita, seriam contra legem as interpretações que levem a fixar marco diverso.

[...]

29. *O procedimento correto, portanto, é aquele em que o reajuste seja referente à data em que se completou um ano daquela da apresentação da proposta ou da data do orçamento a que ela se referir. Devendo os reajustes seguintes obedecer à mesma periodicidade anual,*

---

<sup>9</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 9ª ed., São Paulo: Dialética, 2002. p. 462.

*tendo como referência sempre a mesma data-base. Assim, também manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro estabelecido quando da realização do certame, respeitando-se o princípio da vinculação editalícia e a manutenção das condições originais da proposta (art. 55, inciso XI, da Lei 8.666/93).”<sup>10</sup>(destacamos)*

Sendo assim, o reajuste pretendido pela contratada não pode ser implementado neste momento, mas apenas na data-base – 24 (vinte e quatro) de setembro –, que é o dia correspondente àquele em que realizou-se o pregão.

Falta definir então qual o índice de reajuste, vez que o contrato apenas vinculou o reajustamento à alteração do Decreto Estadual nº 13.031/10.

O reajuste no presente caso, para ser implementado, deve observar o disposto no art. 40, XI, da Lei 8.666/93 e no item 10.3 da cláusula décima do contrato.

E embora o item 10.3 da cláusula décima do contrato não tenha consignado expressamente qual índice deve ser adotado para reajustar o contrato, a sua leitura em conjunto com o citado dispositivo da lei geral de licitações leva à conclusão de que o índice do reajuste devido na data-base deve ser o mesmo que foi utilizado para atualizar o valor do Decreto nº 13.031/10. No caso, deve ser o mesmo índice adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo que o Estado está disposto a pagar pela diária de refeição nos seus estabelecimentos penais.

Melhor dizendo, na data-base para o reajuste se aplicará sobre o valor do contrato o índice adotado para promover a alteração do valor da diária da alimentação através do Decreto nº 13.591/13 e assim se encontrará o valor devido ao contratado a partir de 24 de setembro de 2013.

---

<sup>10</sup> Acórdão 474/2005-Plenário (AC-0474-14/05-P)

A título de exemplo, se o Estado paga R\$ 6,00 pela diária de refeição e o índice de reajuste adotado corresponde a 5%, este incidirá sobre aquele para se encontrar o valor reajustado que será, nesta exemplificação, de R\$ 6,30.

Dessa forma, manter-se-á o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, conferindo ao contratado o devido reajuste, sem permitir que este obtenha indevida vantagem à custa do erário – como ocorreria se fosse adotada a tese do parecer de fl. 200/202.

A propósito, acerca dessa questão é preciso destacar que não está correta a orientação emanada do parecer da assessoria jurídica do órgão consulente, no qual se concluiu que o reajuste deve ser implementado para elevar o valor da diária paga atualmente (R\$ 4,94)<sup>11</sup> ao teto que o Estado se dispõe a pagar (R\$ 10,70), pois se estaria frustrando a finalidade da licitação realizada na modalidade pregão de alcançar o menor preço para a Administração (cf. consta no preâmbulo do edital – fl. 35).

Veja-se que não há vantajosidade para a Administração – princípio norteador da licitação e dos contratos – em realizar um certame em que se busca o menor preço, e que teve uma acirrada disputa em 351 lances, e menos de um ano depois de sua realização “reajustar” o valor do contrato para o máximo a que o Estado estaria disposto a pagar pelo serviço – concedendo, neste caso, um aumento para a contratada de mais de 100%.

Além disso, a alteração do valor do contrato na forma proposta no parecer viola o princípio da igualdade com os demais competidores na medida em que estes, por não preverem tamanha benesse, não ofereceram propostas mais vantajosas para a Administração.

A propósito, a conduta de elevar o valor da diária para o maior preço possível quando o certame realizado tinha como objetivo a contratação com

---

<sup>11</sup>De acordo com a proposta vencedora da contratada.

aquele que ofereceu o menor valor pode ser enquadrada como infração administrativa, senão vejamos:

Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem *atos em desacordo com os preceitos desta Lei* ou visando a *frustrar os objetivos da licitação* sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Vale alertar ainda que, caso fosse implementado o reajuste na forma como orientado no parecer, se estaria conferindo à contratada um indevido privilégio que, em tese, poderia ensejar dano ao erário, sendo passível de ser enquadrada a conduta, se comprovada a existência de dolo, no tipo penal descrito no art. 92 da Lei 8.666/93<sup>12</sup>, com as correspondentes sanções estabelecidas na mesma lei (arts. 83 e 84)<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> “4. O tipo penal previsto no art. 92 da Lei nº 8.666/1993 exige do Administrador, ciente da ilegalidade, uma conduta no sentido de permitir ou dar causa à aferição de alguma vantagem indevida em relação a contrato pactuado com terceiro. [...]” (STJ, HC 202.937/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 17/09/2012)

“2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.” (STJ, APn .330/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2007, DJe 15/12/2008)

<sup>13</sup> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 83. Os crimes definidos nesta Lei, ainda que simplesmente tentados, sujeitam os seus autores, quando servidores públicos, além das sanções penais, à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

Art. 84. Considera-se servidor público, para os fins desta Lei, aquele que exerce, mesmo que transitoriamente ou sem remuneração, cargo, função ou emprego público.

§ 1.º Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público.

§ 2.º A pena imposta será acrescida da terça parte, quando os autores dos crimes previstos nesta Lei forem ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança em órgão da Administração direta, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundação pública, ou outra entidade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.



Portanto, diante do exposto nesta manifestação, conclui-se que o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que vier a ser realizado em sua data base, fazendo incidir sobre o valor concreto do contrato o mesmo índice percentual adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

Outrossim, é necessário ressaltar que a adoção da conclusão externada parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil, razão pela qual *sugere-se* que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo desta manifestação nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto 13.591/13.

É a manifestação que submetemos à apreciação de Vossa Excelência.

Campo Grande, 26 de junho de 2012.

*Rafael Koehler Sanson*

Procurador do Estado

**DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 268/2013**

MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/PAA/Nº 121/2013

PROCESSO Nº

INTERESSADO:

ASSUNTO: Possibilidade de atender ao pleito da contratada no Contrato nº 68/2012, no sentido de reajustar o valor do contrato proposto em Pregão Presencial ao valor atual para diárias de refeição nos estabelecimentos prisionais civis do Estado fixado pelo Decreto Estadual nº 13.591/13, tendo em vista a alegada ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Vistos, etc.

1. Com fulcro no artigo 8º, inciso XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, *aprovo* a MANIFESTAÇÃO PGE/MS/PAA/Nº 121/2013, de fls. 205-218, por mim vistada, da lavra do Procurador do Estado Rafael Koeller Sanson, para concluir o seguinte:
  - a) não é cabível a revisão contratual com fundamento no art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93, visto que o mau planejamento na elaboração do preço caracteriza álea ordinária que deve ser suportada exclusivamente pela contratada;
  - b) o reajuste – não a revisão – do valor do contrato, em tese, só será possível se e desde que for observada a periodicidade de 01 (um) ano, nos termos do art. 2º, caput e § 1º e do art. 3º, § 1º, ambos da Lei nº 10.192/2001;
  - c) o reajuste deverá ser efetivado em sua data base, a saber, a data limite para o licitante apresentar a proposta de preço, a qual no pregão coincide com o dia em que foram realizados os lances, em 24 de setembro; e
  - d) o índice de reajuste a incidir sobre o valor concreto do contrato deve ser o mesmo índice percentual que foi adotado para elevar de R\$ 10,00 (Decreto nº 13.031/10) para R\$ 10,70 (Decreto nº 13.591/13) o valor máximo pago pela diária de refeição nos estabelecimentos penais.

2. Cabe ainda salientar que a adoção da conclusão externada no parecer da assessoria jurídica do órgão consulente pode acarretar aos responsáveis pelo deferimento do reajuste naqueles termos a responsabilização nas esferas administrativa, criminal e civil (arts. 83, 84 e 92 da Lei nº 8.666/93), razão pela qual se sugere que o órgão consulente seja orientado a observar o conteúdo da manifestação ora aprovada e da presente decisão nos reajustes a serem concedidos nos demais contratos com o mesmo objeto deste, originários do mesmo Pregão Presencial, e a rever os reajustes que eventualmente já tenham sido concedidos fora da data-base e/ou com a elevação pura e simples ao patamar máximo estabelecido no Decreto nº 13.591/13.
3. À Assessoria do Gabinete para:
  - a) dar ciência desta decisão ao Procurador do Estado acima referido e ao Procurador-Chefe da PAA;
  - b) dar ciência da manifestação analisada e da presente decisão à autoridade consulente, devolvendo-lhe os autos para as providências cabíveis.

Campo Grande (MS), 01 de julho de 2013.

(original assinado)

*Rafael Coldibelli Francisco*

Procurador-Geral do Estado

Revisão do PARECER  
NORMATIVO PGE/nº  
046/96 – PAP/nº 038/96  
Aposentadoria Especial  
de Professor.

Renata Corona Zuconelli\*\*

MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 061/2013

Processo nº

Consultante: Procurador-Geral do Estado

Assunto: Revisão do PARECER NORMATIVO PGE/nº 046/96 – PAP/nº 038/96.

## Senhor Procurador-Geral do Estado

### 1. Relatório

Conforme sugerimos na MANIFESTAÇÃO/PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 045/2013, Vossa Excelência determinou a autuação de procedimento específico de revisão do PARECER/PGE/Nº 046/96 – PAP/Nº 038/96, adequando-o às transformações ocorridas tanto na Constituição Federal quanto nas normas infraconstitucionais, conforme DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 290/2013 (f. 01).

O parecer em questão, da lavra do colega já aposentado Nei Juáres Ribas (f. 02-27), foi publicado no Diário Oficial do Estado nº 4.485, de 31 de março de 1997 (cópias nas f. 30-33), com outorga de caráter normativo pelo Governador do Estado da época, *“para fins de fixar o entendimento no sentido de que a aposentadoria especial de professores, prevista no inciso III do artigo 40 da Constituição Federal, é garantida àqueles que possuem tempo de serviço prestado exclusivamente em sala de aula”*, conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, naquele período.

Vejamos sua ementa:

SERVIDOR PÚBLICO – PROFESSOR – APOSENTADORIA ESPECIAL – CF., ART. 40, III, “b”.

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2001; Pós-Graduação em Direito Contemporâneo pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ, Curitiba-PR; Pós-Graduação em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campo Grande/MS; Conselheira no Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, biênio 2005 - 2007; Conselheira na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso do Sul, gestão atual.

A aposentadoria especial de professor, “aos trinta anos de efetivo serviço, se professor, e vinte e cinco anos, se professora, com proventos integrais, em funções de magistério”, exige a especificidade do tempo de serviço dedicado em sala de aula, não se computando para tal o exercício de funções não docentes. Consolidação da jurisprudência do STF, neste sentido (Precedentes ADIN – 122-SC; 18/03/92 – Brossard; ADIN 152/MG, 18/03/92 – Galvão; Recurso Extraordinário 17.1694-1-SC e REC. EXT. 180215 – Distrito Federal, 19.04.96).

A previsão da aposentadoria especial (art. 40, III, b, CF), tem conteúdo mandatário e por seu caráter excepcional exige interpretação restritiva, de observação obrigatória pela legislação estadual, que não pode superpor a vontade do Constituinte Nacional.

Assim, com base no entendimento jurisprudencial da época em que foi proferido, o parecer ofereceu as seguintes conclusões (f. 25-27):

- a) O verdadeiro significado do “efetivo exercício das funções de magistério”, expresso no art. 40, III, “b” da CF/88, é objetivando aquele que esteja na sala de aula, isto é, exercício de atividade docente (contato com alunos), ministrando aulas;
- b) A aposentadoria especial de professor (art. 40, III, “b” da CF), é normal excepcional e exige interpretação restrita, exigindo para a aposentadoria a especificidade do tempo de serviço em sala de aula, conforme é o objeto da referida norma constitucional;
- c) Consolidada a interpretação jurisprudencial nas decisões do STF, no sentido de que a aposentadoria especial de professor (art.40, III, “b”, CF/88) dar-se-á somente observando a especificidade do tempo de serviço em sala de aula (tomando como precedente os julgados das ADIN 122/SC), e 157/MG, tem referida decisão efeito vinculante, a partir de sua publicação. Assim, cabe ao Estado, a partir da publicação, observá-la para que nenhuma aposentadoria ocorra fora dos preceitos constitucionais e da verdadeira interpretação dada pela Corte Máxima de Justiça do País;
- d) Os tempos de serviços de professor em atividades não docentes (fora da sala de aula), com atribuições administrativas, burocráticas, executivas e acadêmicas, não servem para o

cômputo de tempo à aposentadoria especial ( art. 40, III, “b” CF), mas se computam para a aposentadoria voluntária da regra geral (art. 40, III, “a” – CF) ou para a aposentadoria com provento proporcional (art. 40, III, “c” – CF);

- e) É possível a aposentadoria voluntária, com proventos proporcionais de professores com atividades fora de aula, assim como as dos Especialistas e Técnicos educacionais (art. 40, III, “c” da CF);
- f) As disposições contidas nos artigos 79, V e 82 da Lei Complementar nº 35/88, bem como os afastamentos mencionados no art. 178 da Lei 1.102/90, estão sujeitos aos preceitos do art. 40, III, “b” da Constituição Federal relativo a aposentadoria especial de professor, que exige observância obrigatória e não permite espaços para alargar o benefício de tempo, assim os afastamentos que são previstos na Lei Estadual devem ser interpretados restritivamente, caso a caso, posto que a mencionada aposentadoria especial exige efetivo tempo de serviço em sala de aula;
- g) O benefício do art. 7º, do Decreto 6.555/92, bem como a Tabela do Anexo que o Completa, assim como o disposto no art. 32 da Carta Estadual, são comandos normativos eivados de inconstitucionalidade, posto que albergam possibilidades de proporcionalidade de tempos de serviço, na configuração de tempo não trabalhados, em verdadeira inovação as regras Constitucionais contidas nas alíneas “a – b – c”, do inciso III, do artigo 40 da Constituição Federal, que exige sejam seguidas e observadas obrigatoriamente pelos Estados em sua Carta Constitucional e leis ordinárias.

Destarte, o ensaio que se revisa adotou, em sua totalidade, técnica de interpretação restritiva da Constituição Federal, excluindo todo e qualquer tempo de serviço prestado fora da sala de aula, para o cômputo da aposentadoria especial de professor. Bem assim, os afastamentos permitidos ao servidor público no art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90, também foram interpretados restritivamente, sendo considerados como tempo de serviço especial apenas os afastamentos que decorressem de caso fortuito, força maior e do natural exercício da atividade docente.

Ocorre que, passados 17 (dezessete) anos de sua elaboração, o parecer normativo em questão encontra-se, em alguns aspectos, superado e divergente do entendimento jurisprudencial hodierno, sendo certo, inclusive, que algumas considerações já foram afastadas por posteriores manifestações da PGE, de modo que é preciso uma orientação geral sobre a aplicabilidade do mesmo, tendo em vista que possui caráter normativo e, segundo informação da AGEPREV, ainda vem sendo utilizado para aferição do tempo de efetivo exercício<sup>1</sup>.

Neste diapasão, visando sistematizar a presente revisão, dividiremos o estudo em três matérias. Primeiro, trataremos dos destinatários da regra da aposentadoria especial de professor; segundo, abordaremos os afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências na contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial e por terceiro, trataremos da averbação proporcional de tempo de serviço prestado na função de magistério, com fatores de conversão.

## 2. Destinatários da aposentadoria especial de professor:

Não obstante a tecnicidade com a qual foi proferido, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 perdeu efetividade com relação aos destinatários da aposentadoria especial de professor, após o julgamento da ADIN 3772, divulgado em 26 de março de 2009, eis que o Supremo Tribunal Federal incluiu na regra da aposentadoria especial, além dos docentes, os exercentes de funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, ficando excluídos apenas os especialistas em educação.

---

<sup>1</sup> Conforme informado pela MANIFESTAÇÃO Nº 0733/2013/DB/AGEPREV (cópia em anexo) elaborada no processo nº 29/023850/2012, no qual emitimos a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 045/2013, aprovada pela DECISÃO/PGE/MS/GAB/Nº 290/2013.



Vejamos a ementa do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE MANEJADA CONTRA O ART. 1º DA LEI FEDERAL 11.301/2006, QUE ACRESCENTOU O § 2º AO ART. 67 DA LEI 9.394/1996. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA OS EXERCENTES DE FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 40, § 5º, E 201, § 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, COM INTERPRETAÇÃO CONFORME. I - *A função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar.* II - *As funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal.* III - *Ação direta julgada parcialmente procedente, com interpretação conforme, nos termos supra<sup>2</sup>.* (destacamos)

Após o julgamento deste paradigma, a jurisprudência dos tribunais superiores consolidou-se nesse sentido. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. CARREIRA DE MAGISTÉRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO NAS FUNÇÕES DE DIREÇÃO, COORDENAÇÃO E ASSESSORAMENTO PEDAGÓGICO. POSSIBILIDADE. 1. Para efeito de aposentadoria especial de Professores, prevista no art. 40 , III , a e § 5º da Constituição Federal, computa-se o tempo de efetivo exercício de magistério, o que abrange, além do serviço prestado dentro de sala de aula, as funções de direção, coordenação e assessoramento

---

<sup>2</sup> ADI 3772, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 29/10/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-01 PP-00080.

pedagógico, desde que exercidos em estabelecimento de ensino básico, por Professores de carreira, excluídos os especialistas em educação. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

2. Agravo regimental improvido<sup>3</sup>. (grifamos)

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Prequestionamento. Ausência. Magistério. Aposentadoria especial. Fundamento infraconstitucional. Contagem do tempo de serviço prestado fora de sala de aula. Possibilidade. Precedente do Plenário. 1. Não se admite o recurso extraordinário quando os dispositivos constitucionais que nele se alega violados não estão devidamente prequestionados. Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 desta Corte. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após a decisão proferida nos autos da ADI nº 3.772, consolidou-se no sentido de que a aposentadoria especial deve ser concedida também aos professores que exerçam atividades administrativas em estabelecimentos de ensino. 3. Agravo regimental não provido<sup>4</sup>. (destacamos)

Na esteira deste entendimento e após o julgamento da referida ADIN nº 3772, a Procuradoria-Geral do Estado também revisou seu posicionamento, quando orientou, por intermédio da MANIFESTAÇÃO/PGE/CJUR-SAD/Nº 84/2010, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 510/2010, *“que a Administração deve ter em mente que a interpretação conforme promovida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao teor do §2º do art. 67 da Lei Federal nº 9.394/96, acrescentado pela Lei Federal nº 11.301/2006, firmou-se no sentido de se considerar como funções integrantes do magistério, para fins do art. 40, § 5º da Constituição Federal, as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação.”* (grifamos) (cópias em anexo)

<sup>3</sup> STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA AgRg no RMS 27797 SC 2008/0207710-1 (STJ) Data de publicação: 08/04/2011.

<sup>4</sup> STF - AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO ARE 647103 MG (STF) Data de publicação: 13/08/2012.

Desta forma, muito embora o parecer revisando tenha caráter normativo, as conclusões postas nas alíneas “a”, “b”, “c” e “d” daquele ensaio, perderam aplicação, por força da mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal, à qual aderiu a Procuradoria-Geral do Estado, quando emitiu a orientação supramencionada.

No mesmo diapasão, houve mutação na Constituição Estadual, tendo em vista que a Emenda nº 51 acrescentou o art. 31-A ao texto original, explicitando o conceito de “funções de magistério”, conforme se verifica na sua redação:

#### EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 51

Acrescenta um artigo 31-A à Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 1º A Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul passa a vigorar acrescida do seguinte art. 31- A:

“Art. 31-A. Para efeito da redução da idade e do tempo de contribuição no caso da aposentadoria de professores, conforme o artigo antecedente, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica, em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar, as de coordenação pedagógico e assessoramento escolar.”

Por corolário, na parte que trata dos destinatários da aposentadoria especial, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 deverá ser revogado por decisão do Governador do Estado, devidamente publicada no diário oficial, tendo em vista que aquele ensaio reveste-se de normatividade e perdeu eficácia, eis que ao restringir o benefício da aposentadoria especial apenas para os professores em sala de aula, divorcia-se do preceito da Constituição Estadual e da moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

### 3. Os afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências na contagem de tempo de serviço para fins de aposentadoria especial

No parecer de 1996 também ficou delimitado que, o cômputo de tempo de serviço para aposentadoria especial de professor deveria incluir apenas os afastamentos do serviço que decorressem de caso fortuito, força maior ou do natural exercício da atividade docente, tais como férias; casamento e luto; licença-gestante; licença-paternidade; licença para tratamento de saúde; acidente em serviço; doença profissional ou compulsória; trânsito para ter exercício em nova sede; faltas por motivo de doença comprovada, inclusive em pessoa da família, até o máximo de três durante o mês.

Por outro lado, excluiu do cômputo, os afastamentos referentes à missão oficial; estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, desde que no interesse da Administração; prestação de prova ou exame em curso regular ou em concurso público; recolhimento à prisão, se absolvido no final; suspensão preventiva, se absolvido no final; convocação para serviço militar ou encargo de segurança nacional, júri e outros serviços obrigatórios por Lei; licença para candidatura a cargo eletivo, durante o período que mediar entre escolha em convenção partidária e o décimo dia seguinte ao das eleições; mandato legislativo ou executivo, federal ou estadual; mandato de Prefeito ou Vice-Prefeito; mandato de vereador, quando não existir compatibilidade entre seu exercício e desempenho de mandato classista.

Neste aspecto, entendemos que o parecer normativo deve ser mantido, eis que está em consonância com o entendimento dos Tribunais Pátrios. Vejamos alguns exemplos:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROFESSOR. CONTAGEM DO PERÍODO DE REALIZAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 280 DO STF.

1. A jurisprudência do STF é no sentido de que “a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula, abrangendo também a preparação de aulas, a correção de provas, o atendimento aos pais e alunos, a coordenação e o assessoramento pedagógico e, ainda, a direção de unidade escolar”, uma vez que “as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico integram a carreira do magistério, desde que exercidos, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, fazendo jus aqueles que as desempenham ao regime especial de aposentadoria estabelecido nos arts. 40, § 5º, e 201, § 8º, da Constituição Federal” (ADI 3.772/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe de 27/03/2009).
2. Nesses limites, não é cabível enquadrar o afastamento para a realização de curso de pós-graduação como exercício de magistério, para fins de contagem de tempo para a aposentadoria especial.
3. Não há como examinar legislação local com o fim de incluir essa atividade na contagem do tempo de serviço especial (Súmula 280/STF).
4. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>5</sup>. (destacamos)

MANDADO DE SEGURANÇA - PROFESSOR ESTADUAL O QUAL PRETENDE CONSIDERAR O TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM FUNÇÕES GRATIFICADAS E EM CARGOS COMISSIONADOS PARA OBTENÇÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL - PLEITO FUNDADO

<sup>5</sup> Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 455.717 São Paulo, Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 04/06/2013. No mesmo sentido julgado do tribunal gaúcho: “APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. APOSENTADORIA ESPECIAL PARA PROFESSOR. LICENÇA PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL. AVERBAÇÃO COMO TEMPO DE SERVIÇO. A licença para qualificação profissional (art. 91, da Lei nº 6.672/74) concedida à professora estadual, em que pese garanta a remuneração e o tempo de serviço no período de afastamento, não autoriza averbação para fins de aposentadoria especial, pois não se enquadra no conceito de “funções do Magistério”, consoante já definiu o STF no julgamento da ADI nº 3.772, o que, aliás, importaria na admissão da contagem de tempo de contribuição fictício (CF, art. 40, § 10). RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048061568, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 02/08/2012)

NA APLICAÇÃO DA LEI 11.301/06 - IMPOSSIBILIDADE QUANTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DE RESPONSÁVEL POR TURNO, RESPONSÁVEL POR BIBLIOTECA E DE LICENÇA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO CENTRO DE EDUCAÇÃO DE JOVENS E ADULTOS - AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA ACERCA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO – NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE ESTAS FUNÇÕES POSSUEM NATUREZA DIRETIVA, COORDENATIVA OU DE ASSESSORAMENTO - PRETENSÃO, ADEMAIS, DO CÔMPUTO DO TEMPO EM QUE ESTEVE EM LICENÇA PARA CONCORRER A CARGO ELETIVO - INVIABILIDADE ANTE A NÃO ABRANGÊNCIA LEGAL - ORDEM DENEGADA.

- Conquanto o impetrante comprove possuir 30 anos de serviço, o certo é que os períodos concernentes as funções de responsável por turno, responsável por biblioteca e de prestação de serviços para centro de educação de jovens e adultos, não podem ser computadas para efeitos de aposentadoria especial, uma vez que não é possível aferir, ao menos por esta via, já que inviável a dilação probatória, se tais funções se igualem ou não a função de magistério, de direção de unidade escolar, de coordenação ou assessoramento pedagógico, pois ausente nos autos a demonstração das atribuições dos cargos desenvolvidos.

- “A Constituição da República, em seu artigo 38, somente autoriza, para fins de contagem de tempo de serviço público, o período de afastamento de servidor para o exercício de mandato eletivo, não se compreendendo, em sua exegese, o período para se concorrer ao cargo eletivo. (RMS 6259/RS, rel. Min. Vicente Leal)”<sup>6</sup> (destacam os)

MÉRITO. PROFESSORA ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. PRETENDIDA AVERBAÇÃO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE EM READAPTAÇÃO PARA FINS DE CÔMPUTO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. NOVEL ENTENDIMENTO DO STF COM A ADI 3772/DF.

“O Grupo de Câmara de Direito Público desta Corte de Justiça, sustentado na decisão da Ministra Cármen Lúcia, decidiu em 21/07/2009, por votação unânime, quando do julgamento dos Embargos de Declaração em Mandado de Segurança nº 2007.046184-5/0002.00, da Capital, relatado pelo eminente Des. Vanderlei Romer, que o professor readaptado por motivo de saúde tem direito líquido e certo de computar para fins de aposentadoria especial o tempo de

<sup>6</sup> MS 2009.075094-4, Capital - Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 05/04/2001.

serviço em que esteve readaptado, vale dizer, exercendo atividades administrativas/burocráticas fora da sala de aula”<sup>7</sup>. (destacamos)

PROFESSORA ESTADUAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. PLEITEADO APOSTILAMENTO DO PERÍODO EM QUE ESTEVE EM LICENÇA PARA TRATAR DE ASSUNTOS PARTICULARES PARA FINS DE CÔMPUTO ESPECIAL. TEMPO FICTÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.

Com as alterações decorrentes da Emenda Constitucional nº 20/98, a contagem de tempo para a aposentadoria de servidor público ficou condicionada ao preenchimento de dois requisitos indissociáveis - a comprovação do tempo de serviço e as respectivas contribuições -, não podendo ser considerada “qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício” (CF, art. 40, § 10º)<sup>8</sup>. (destacamos)

<sup>7</sup> RN em MS 2011.030375-9, Rel. Des. José Volpato de Souza, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 10/01/2012.

<sup>8</sup> AC2003.006449-4, Rel. Des. Luiz César Medeiros, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, julgado em 11/06/2003. No mesmo sentido julgado do STF: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR READAPTADO. APOSENTADORIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE DE CÔMPUTO DO PERÍODO DE READAPTAÇÃO COMO DE EFETIVO SERVIÇO. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República. 2. O recurso inadmitido tem por objeto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “MANDADO DE SEGURANÇA – PROFESSOR ESTADUAL - READAPTAÇÃO FUNCIONAL - EXERCÍCIO DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS E DE CARGO DE AUXILIAR DE DIREÇÃO, RESPONSÁVEL POR SECRETARIA E RESPONSÁVEL POR BIBLIOTECA - CÔMPUTO PARA APOSENTADORIA ESPECIAL - POSSIBILIDADE - NOVA ORIENTAÇÃO DO STF - ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. A readaptação do professor por motivo de saúde decorre de recomendação médica e, a partir do diagnóstico, a Administração Pública é quem determina, com base na limitação da capacidade física ou mental constatada, quais as atividades poderão ser por ele exercidas, de modo que absolutamente nada depende da vontade do docente. Então, se o problema de saúde que leva à readaptação funcional não depende do livre arbítrio do professor, mormente porque ele não tem esse poder de escolha (adoecer ou não), é evidente que o tempo de serviço referente ao período em que estiver readaptado, exercendo atividades administrativas burocráticas, deve ser computado para fins de aposentadoria especial de professor ou professora. Precedente do STF nesse sentido: RE nº 481798/SC, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje de 03/06/2009. De igual modo, de acordo com Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento da ADI nº 3772, o tempo em que o professor exerceu os cargos de Auxiliar de Direção, Responsável pela Secretaria e pela Biblioteca deve ser considerado como “função de magistério” e, por isso, computado para fins de aposentadoria especial” (fl. 118). 3. No recurso extraordinário, o Agravante alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 40, § 5º, da Constituição da República. Argumenta que “a Recorrida, professora estadual, não exerceu somente funções de magistério, burocráticas ou não, posto que readaptada ou em funções de auxiliar de direção, responsável pela biblioteca e pela secretaria da escola” (fl. 150). 4. A decisão agravada teve como fundamento para a inadmissibilidade do recurso extraordinário a incidência das Súmulas 279 e 280 do Supremo Tribunal Federal e a harmonia do acórdão recorrido com a jurisprudência deste Supremo Tribunal (fls. 162-164). O Agravante sustenta que “o acórdão conferiu a aposentadoria especial à recorrida/agravada sem qualquer prova de que a mesma tivesse sido afastada das salas de aula para exercer quaisquer daqueles cargos considerados no julgamento da ADIN 3772, nos termos da decisão respectiva” (fl. 5). Analisados os elementos havidos nos autos, DECIDO. 5. Razão jurídica não assiste ao Agravante. 6. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.772, Redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, este Supremo Tribunal assentou que a função de magistério não se circunscreve apenas ao trabalho em sala de aula: “omissis”. (AI 831266/SC, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 13/12/2010, pub. 02/02/2011) (destacamos).

Destarte, muito embora não tenhamos encontrado precedentes jurisprudenciais sobre todos os afastamentos possíveis ao professor, entendemos que o Parecer Normativo guardou coerência lógica, distinguindo o “afastamento na função de magistério” do “afastamento da função de magistério”, como já tivemos oportunidade de dissertar na MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 045/2013, recentemente aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 290/2013, que determinou a presente revisão (cópia em anexo), lembrando, por oportuno, que a análise do tempo de contribuição deve ser feito caso a caso, por ocasião do pedido de aposentadoria do professor, e, diante de dúvida razoável, a autoridade competente poderá consultar a Procuradoria-Geral do Estado.

## 4. Averbação proporcional de tempo de serviço prestado na função de magistério. Art. 32, da Constituição Estadual e art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.910/92

O parecer que ora se revisa concluiu pela inconstitucionalidade do art. 32, da Carta Estadual<sup>9</sup>, que possibilita a contagem proporcional de tempo de serviço prestado em função de magistério, bem como pela inconstitucionalidade e ilegalidade do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.910/92<sup>10</sup>, que regulamenta a averbação, a apuração e a contagem recíproca de tempo de serviço, para efeito de aposentadoria e possibilita a soma do tempo de serviço exercido em dois ou mais cargos, utilizando-se, à época, das considerações colocadas no PARECER/PGE/Nº 020/90 – PAP/Nº 08/90 (cópia

<sup>9</sup> Art. 32. Fica assegurado ao servidor público a contagem proporcional para fins de aposentadoria, do tempo de efetivo exercício em funções de magistério, como professor ou professora, no regime previsto no art. 31, III, “b”.

<sup>10</sup> Art. 7º. - O servidor que tiver exercido no serviço público, dois ou mais cargos, sem completar o tempo mínimo necessário para aposentadoria com base nas alíneas “a” e “b”, inciso III, artigo 40, da Constituição Federal, em quaisquer deles, terá os respectivos períodos somados, aplicando-se a tabela constante do ANEXO a este Decreto. (redação dada pelo Decreto nº 6.910, de 7 de dezembro de 1992).



em anexo) e invocando, ainda, a impossibilidade de aplicação da tabela de conversão prevista no Decreto, por ofensa ao sistema previdenciário proposto pela Constituição Federal.

Por tais motivos, sugeriu que a Administração negasse cumprimento às normas, bem como revogasse o dispositivo regulamentar e propusesse Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do dispositivo da Constituição Estadual.

Ao que parece, entretanto, não foi interposta ADIN, nem mesmo houve a revogação do Decreto, consoante pudemos comprovar no processo 04/000584/1996, no qual foi anexado o OF/PGE/GAB/Nº 123/96 (cópia em anexo).

A par disso, em 1998, sobreveio a Emenda Constitucional nº 20, que inseriu o § 10 ao art. 40, da Carta Magna<sup>11</sup>, e vedou a contagem de qualquer tempo de contribuição fictício, garantindo, entretanto, que o tempo de serviço considerado até então fosse contado como tempo de contribuição, conforme regra transitória do art. 4º, da Emenda<sup>12</sup>.

Desse modo, mesmo que não tenha sido efetivado o comando do PARECER NORMATIVO Nº 046/1996, é certo que após a Emenda Constitucional nº 20/1998, não é mais permitido computar qualquer tempo de contribuição fictício, o que ocorria com a averbação de tempo de serviço prestado na função de magistério, utilizando-se de um fator de conversão de tempo especial em tempo comum.

Sobre o assunto, inclusive, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado, tendo sido declarado inconstitucional dispositivo similar previsto na Carta Magna do Estado do Rio Grande do Sul:

---

<sup>11</sup> Art. 40, § 10, CF. - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

<sup>12</sup> Art. 4º, EC 20/98 - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTAGEM PROPORCIONAL DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO POR PROFESSORES PARA EFEITO DE CONTAGEM DE TEMPO PARA APOSENTADORIA COMUM. IMPUGNAÇÃO, PELO GOVERNADOR DO ESTADO, DO PAR. 4. DO ART. 38 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, QUE ASSIM DISPÕE: 'NA CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA A APOSENTADORIA DO SERVIDOR AOS TRINTA E CINCO ANOS DE SERVIÇO E DA SERVIDORA AOS TRINTA, O PERÍODO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADES QUE ASSEGUREM DIREITO A APOSENTADORIA ESPECIAL SERÁ ACRESCIDO DE UM SEXTO E DE UM QUINTO, RESPECTIVAMENTE'. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. O art. 40, III, 'b', da Constituição Federal, assegura o direito à aposentadoria especial, de forma que o tempo de efetivo exercício em funções de magistério e contado com o acréscimo de 1/6 (um sexto) e o da professora com o de 1/5 (um quinto), em relação ao tempo de serviço exigido para a aposentadoria comum (35 anos para o homem e 30 anos para a mulher: alínea 'a' do mesmo inciso e artigo). 2. A expressão 'efetivo exercício em funções de magistério' (CF, art. 40, III, 'b') contem a exigência de que o direito à aposentadoria especial dos professores só se aperfeiçoa quando cumprido totalmente este especial requisito temporal no exercício das específicas funções de magistério, excluída qualquer outra. 3. Não é permitido ao constituinte estadual fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para as aposentadorias normal e especial, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas. 4. Ação direta conhecida e julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do par. 4. do art. 38 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, eis que a norma do art. 40 da Constituição Federal e de observância obrigatória por todos os níveis de Poder<sup>13</sup>.

Julgados mais recentes não deixam dúvidas quanto ao posicionamento da Corte Suprema sobre o assunto:

---

<sup>13</sup> ADI nº 178, Relator o Ministro *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ de 26/4/96.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com gravíssimo. Magistério. Aposentadoria. Tempo de serviço especial. Conversão em tempo de serviço comum. Impossibilidade. Precedentes. 1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que, para efeito de aposentadoria, não é possível a conversão do tempo de magistério em tempo de exercício comum. 2. Agravo regimental não provido<sup>14</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONTAGEM PROPORCIONAL DE TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO NO MAGISTÉRIO PARA FINS DE APOSENTADORIA COMUM. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I – Consoante a jurisprudência do STF, é vedada a contagem proporcional de tempo de serviço no magistério para fins de aposentadoria comum. II – Agravo regimental improvido<sup>15</sup>.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTITUCIONAL E PREVIDENCIÁRIO. MAGISTÉRIO. IMPOSSIBILIDADE DA CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM TEMPO DE SERVIÇO COMUM. PRECEDENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO<sup>16</sup>.

AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA COMUM. REGIME PRÓPRIO. APROVEITAMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO NO MAGISTÉRIO, MEDIANTE FATOR DE CONVERSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que não é possível ‘fundir normas que regem a contagem do tempo de serviço para as aposentadorias normal e especial, contando proporcionalmente o tempo de serviço exercido em funções diversas’, pois ‘a aposentadoria especial é a exceção, e, como tal, sua interpretação só pode ser restritiva’ (ADI 178, rel. min. *Maurício Corrêa*, Tribunal Pleno, DJ 26.04.1996). Agravo regimental a que se nega provimento<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> ARE 703551 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 30/10/2012. Órgão Julgador: Primeira Turma.

<sup>15</sup> RE nº 486.155/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 1º/2/2011.

<sup>16</sup> ARE nº 655.682/SE-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra *Cármen Lúcia*, DJe de 9/4/12.

<sup>17</sup> RE nº 288.640/PR-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro *Joaquim Barbosa*, DJe de 1º/2/12.

Assim, mesmo que não tenha havido declaração de inconstitucionalidade do art. 32, da Constituição Estadual, nem revogação do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, conforme orientado no parecer normativo, a Administração Pública deve negar aplicabilidade aos seus comandos, diante da revogação tácita operada no dispositivo da Carta local e da não recepção do artigo do regulamento, tendo em vista o comando trazido pela EC 20/98. Não obstante, por coerência lógica e jurídica, deverá ser orientado ao Governador do Estado que tome as medidas cabíveis para excluir formalmente tais dispositivos do ordenamento estadual.

Destarte, quanto a este assunto, entendemos que as considerações do parecer de 1996 permanecem atuais, não havendo fundamento jurídico para reformá-lo.

Insta lembrar, contudo, tendo em vista que não houve a declaração de invalidade dos diplomas tratados no momento oportuno (1996), que o tempo de serviço computado na forma dos dispositivos epígrafados deve ser considerado até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, conforme orientou, no ano de 2008, a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 91/2008, aprovada pela DECISÃO PGE/GAB/Nº 754/2008 (cópias em anexo), que concluiu, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, pela contagem do tempo de serviço fulcrado no art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, tendo em vista tratar-se de tempo de serviço considerado pela legislação então vigente, resguardado pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 20/98.

## 5. Conclusão

*Ex positis*, opina-se pela manutenção parcial do PARECER/PGE/Nº 046/1996 – PAP/Nº 038/1996, publicado no Diário Oficial nº 4495, de 31 de março de 1997, datado de 04 de fevereiro de 2003, revogando-se apenas a parte que trata dos destinatários da aposentadoria especial de professor, mormente as conclusões exaradas nas alíneas “a”, “b”, “c”, “d” daquele ensaio.

Por oportuno, sugiro que seja comunicado à AGEPREV, quanto ao teor da presente manifestação, bem como da decisão que irá apreciá-la.

É a revisão, salvo melhor juízo.

Campo Grande, MS, 09 de setembro de 2013.

*Renata Corona Zuconelli*

Procuradora do Estado

### **DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 424/2013**

MANIFESTAÇÃO PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013

Processo:

Consulente: Procurador-Geral do Estado

Assunto: Revisão do PARECER NORMATIVO PGE/nº046/96- PAP/nº038/96

Ementa: REVISÃO DO PARECER NORMATIVO Nº 046/96 – PAP Nº 038/96 - APOSENTADORIA ESPECIAL DE PROFESSOR - PONTOS QUE ENCONTRAM-SE SUPERADOS E DIVERGENTES DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL HODIERNO - SUGESTÃO PARA QUE O GOVERNADOR O TORNE SEM EFEITO.

1. A interpretação restritiva que limita a jubilação especial àqueles docentes que estão em sala de aula está ultrapassada em virtude da moderna jurisprudência do STF e da novel redação do art. 31-A, da Constituição Estadual, que estendeu a aposentadoria especial aos professores de carreira que exercem funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico em estabelecimentos de ensino básico, excluídos os especialistas em educação.
2. Permanece o entendimento constante do Parecer com relação à interpretação restritiva, caso a caso, dos afastamentos do art. 178, Lei (Estadual) nº 1.102/90, possibilitando a contagem do tempo especial apenas quanto aos afastamentos decorrentes de caso fortuito, força maior ou que decorram do natural exercício

do magistério, diferenciando-se o “afastamento da função” do “afastamento na função”.

3. Também permanece vigente a proibição de conversão do tempo de serviço especial, oriundo da atividade do magistério, em tempo comum, para aposentadoria em outro cargo. Entendimento sacramentado com a edição da Emenda Constitucional nº 20/98. Contudo, o tempo de serviço assim considerado antes da edição da Emenda Constitucional não pode ser desprezado, tendo em vista que a Administração não tomou providências, no tempo oportuno, para excluir do ordenamento estadual o disposto no art. 32, da Constituição Estadual e o art. 7º, e o Anexo, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92.

Vistos, etc.

1. Com base no artigo 8º, XVI, da Lei Complementar (Estadual) nº 95, de 26 de dezembro de 2001, aprovo a Manifestação PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013, de fls. 37-53, por mim vistada, da lavra da Procuradora do Estado Renata Corona Zuconelli, que concluiu:
  - a) não obstante a tecnicidade com a qual foi proferido, o PARECER/PGE/Nº 046/1996 perdeu efetividade com relação aos destinatários da aposentadoria especial de professor, após o julgamento da ADIN 3772, divulgado em 26 de março de 2009, eis que passou a se considerar como funções integrantes do magistério, para fins do art. 40, § 5º da Constituição Federal, as funções de direção, coordenação e assessoramento pedagógico, desde que exercidas, em estabelecimentos de ensino básico, por professores de carreira, excluídos os especialistas em educação, conforme orientação emanada por meio da MANIFESTAÇÃO/PGE/CJUR-SAD/Nº 84/2010, aprovada pela DECISÃO PGE/MS/GAB/Nº 510/2010;
  - b) deve ser mantido o entendimento emanado no Parecer em análise no que tange aos afastamentos do art. 178, da Lei (Estadual) nº 1.102/90 e suas consequências, de modo que o cômputo de tempo de serviço para aposentadoria especial de



professor deve incluir apenas os afastamentos do serviço que decorrem de caso fortuito, força maior ou do natural exercício da atividade docente, tais como férias; casamento e luto; licença-gestante; licença-paternidade; licença para tratamento de saúde; acidente em serviço; doença profissional ou compulsória; trânsito para ter exercício em nova sede; faltas por motivo de doença comprovada, inclusive em pessoa da família, até o máximo de três durante o mês;

- b.1) exclui-se do cômputo da aposentadoria especial os afastamentos referentes à missão oficial; estudo no exterior ou em qualquer parte do território nacional, desde que no interesse da Administração; prestação de prova ou exame em curso regular ou em concurso público; recolhimento a prisão, se absolvido no final; suspensão preventiva, se absolvido no final; convocação para serviço militar ou encargo de segurança nacional, júri e outros serviços obrigatórios por Lei; licença para candidatura a cargo eletivo, durante o período que mediar entre escolha em convenção partidária e o décimo dia seguinte ao das eleições; mandato legislativo ou executivo, federal ou estadual; mandato de Prefeito ou Vice-Prefeito; mandato de vereador, quando não existir compatibilidade entre seu exercício e desempenho de mandato classista;
- b.2) que a análise do tempo de contribuição deve ser feito caso a caso, por ocasião do pedido de aposentadoria do professor, e, diante de dúvida razoável, a autoridade competente poderá consultar a Procuradoria-Geral do Estado;

- c) mesmo que não tenha havido declaração de inconstitucionalidade do art. 32, da Constituição Estadual, nem revogação do art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, conforme orientado no parecer normativo, a Administração Pública deve negar aplicabilidade aos seus comandos, diante da revogação tácita operada no dispositivo da Carta local e no artigo do regulamento, tendo em vista o comando trazido pela EC 20/98;

- c.1) que após a Emenda Constitucional nº 20/1998, não é mais permitido computar qualquer tempo de contribuição fictício, o que ocorria com a averbação de tempo de serviço prestado na função de magistério, utilizando-se de um fator de conversão de tempo especial em tempo comum;
  - c.2) como não houve a declaração de invalidade dos diplomas tratados no momento oportuno (1996), que o tempo de serviço computado na forma dos dispositivos epigrafados deve ser considerado até a edição da Emenda Constitucional nº 20/98, conforme orientou, no ano de 2008, a MANIFESTAÇÃO PGE/CJUR-SAD/Nº 91/2008, aprovada pela DECISÃO PGE/GAB/Nº 754/2008, que concluiu, em homenagem ao Princípio da Segurança Jurídica, pela contagem do tempo de serviço fulcrado no art. 7º, do Decreto (Estadual) nº 6.555/92, tendo em vista tratar-se de tempo de serviço considerado pela legislação então vigente, resguardado pelo art. 4º, da Emenda Constitucional nº 20/98.
2. Por fim, como parte do PARECER NORMATIVO PGE/nº 046/96- PAP/nº038/96 encontra-se superado e divergente do entendimento jurisprudencial hodierno, e que toda matéria nele tratada foi revisada pela MANIFESTAÇÃO PGE/MS/CJUR-SAD/Nº 061/2013 e pela presente decisão, determino seja encaminhado o presente feito à Governadoria com a sugestão de que o Exmo. Governador do Estado torne sem efeito o PARECER NORMATIVO PGE/nº046/96- PAP/nº038/96, de modo que a orientação jurídica quanto à aposentadoria especial de professores passa a ser a constante da Manifestação em análise e a presente decisão.
3. Após o retorno dos autos a Assessoria Técnica do Gabinete deverá providenciar a ciência da presente decisão e da decisão do Governador do Estado à Secretaria de Estado de Educação, Secretaria de Estado de Administração, CJUR-SAD, CJUR-SED, AGEPREV, Procuradores lotados na Procuradoria de Pessoal e Regionais.

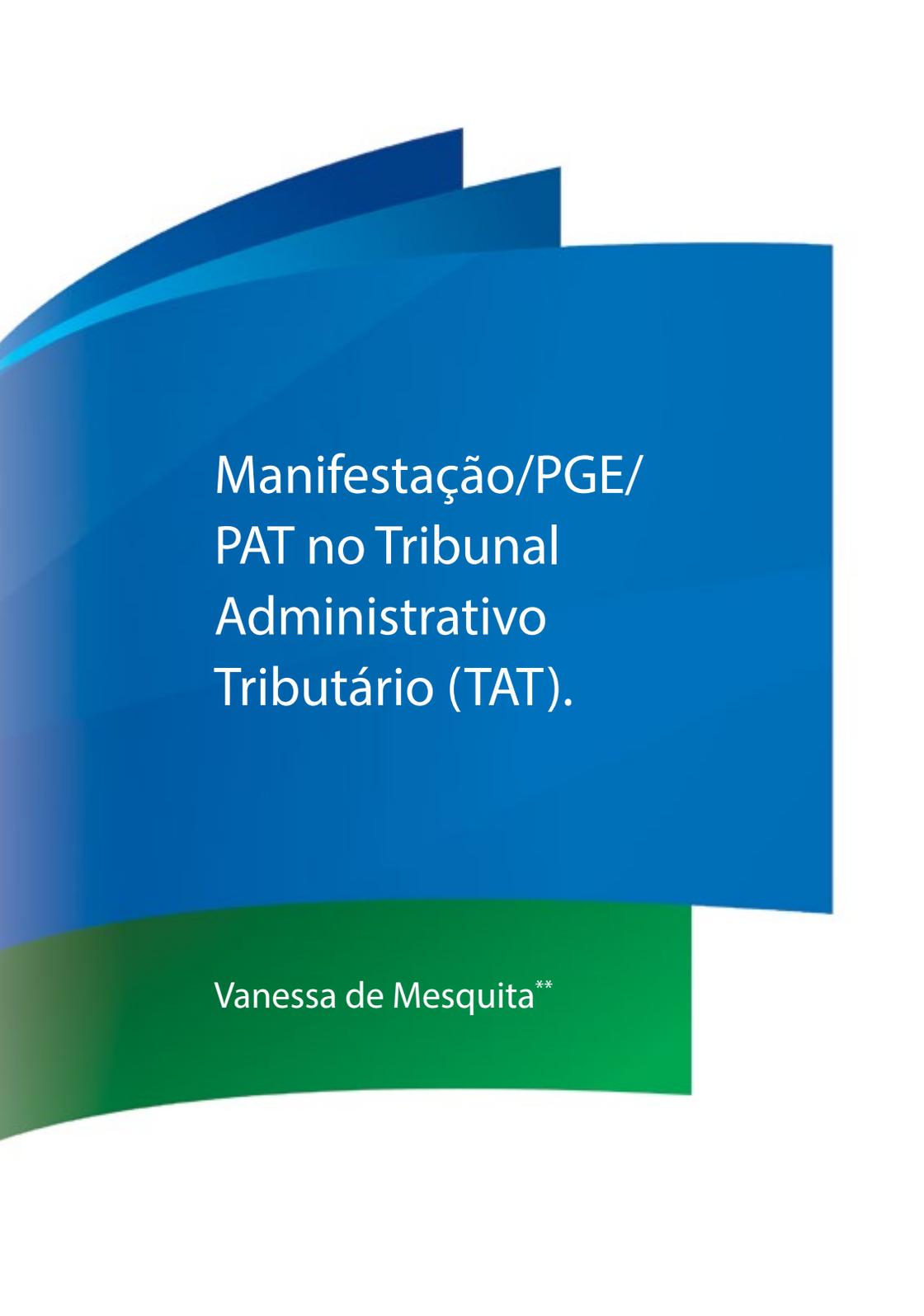
4. À Assessoria Técnica do Gabinete para:
- a) dar ciência desta decisão à Procuradora do Estado subscritora da manifestação e à chefe da CJUR-SAD;
  - b) dar ciência da presente decisão ao Governador do Estado conforme sugestão constante no item 2 supra.

Campo Grande (MS), 15 de outubro de 2013

Original Assinado

*Rafael Coldibelli Francisco*

Procurador-Geral do Estado



Manifestação/PGE/  
PAT no Tribunal  
Administrativo  
Tributário (TAT).

Vanessa de Mesquita\*\*

MANIFESTAÇÃO/PGE/PAT/TAT/ Nº XXXXX

AUTOS Nº XXXXX

ALIM Nº xxxxx

RECURSO ESPECIAL Nº XXXXX

RECORRENTE: XXX

## Tribunal Administrativo Tributário

Obedecendo ao artigo 86, da Lei Estadual nº 2.315/2001, os autos deste processo foram encaminhados ao representante da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul para análise e manifestação.

### 1. Relatório

No auto de lançamento e imposição de multa, acusou-se a autuada de ter realizado operações relativas à circulação de mercadorias no período de 21 de agosto de 2006 a 31 de dezembro de 2008, registradas no equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), que confrontada com as informações do SINTEGRA, identificou-se ICMS devido e não recolhido<sup>1</sup>. Essa conduta fora qualificada como transgressora aos regramentos contidos nos artigos 61, caput; 83 e 90, II, da Lei nº 1810/1997<sup>2</sup>.

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2007; Pós-Graduação em Direito do Estado e das Relações Sociais - fevereiro a dezembro de 2003, parceria ESMAGIS/UCDB; Pós-Graduação em Direito Constitucional - 2013, parceria Praetorium/Universidade Anhanguera.

<sup>1</sup> O ICMS devido importava no valor original de R\$132.551,25 (cento e trinta e dois mil, quinhentos e cinquenta e um reais e vinte e cinco centavos).

<sup>2</sup> Art. 61. O sujeito passivo deve realizar a atividade tendente ao lançamento do ICMS, compreendendo a emissão de documentos fiscais e o registro nos livros fiscais apropriados, permitido o uso de meio magnético, bem como outros procedimentos previstos na legislação, relativamente às operações realizadas ou aos serviços prestados. Art. 83. O ICMS deve ser pago na forma e no prazo do Regulamento. §1º É admitida a distinção de prazos em face de categorias, grupos ou setores de atividades econômicas.

§2º O disposto neste artigo aplica-se, também, quanto ao ICMS cuja apuração decorra da atividade a que se referem os arts. 61 e 62, realizada pelo sujeito passivo. Art. 90. Os contribuintes devem, relativamente a cada um de seus estabelecimentos:

II - manter escrita fiscal destinada ao registro das operações efetuadas, ainda que não tributadas ou isentas do ICMS.

Foi aplicada à autuada a penalidade de multa de 150%<sup>3</sup>, nos termos do artigo 117, I, “t”, da Lei Estadual nº 1.810/1997.

Em sede de impugnação, a autuada alegou que o agente autuante *“juntou demonstrativo analítico das leituras das memórias fiscais dos ECF’s, confrontados com demonstrativo analítico do registro 60 (ECF) apresentado através do sintegra”*, sendo que esse demonstrativo *“faz menção a processos de cessação de uso”*, mas não fora juntada aos autos a documentação que deu origem à transcrição da leitura da memória fiscal (f. 11). Sustentou que todos os elementos que compõem o lançamento são indissociáveis deste e o contribuinte deve receber uma cópia integral dos mesmos, sob pena de ficar impossibilitado de confrontar os dados apresentados e, por conseguinte, exercer a ampla defesa. Relatou que *“a constituição de crédito tributário, baseado tão somente em informações eletrônicas, (...) não poderia ser aceito, pois são vários os equipamentos eletrônicos – ECF’s – que possuem qualidade duvidosa”* e, *“ante a possibilidade de falha dos equipamentos eletrônicos”, “as provas documentais seriam indispensáveis”* (f. 13). Asseverou ter sido cerceado o seu direito de defesa uma vez que o ALIM nº xxxxx *“teve sua fundamentação baseada em dados eletrônicos, coletados pelo Fisco Estadual”*, sem que o agente autuante tenha acosto qualquer documento comprovando ou permitindo confrontar os valores levantados. Citou o acórdão nº 78/79. Ao final, requereu a nulidade do ALIM por não conter em seu campo a materialidade da infração.

Em resposta à insurgência apresentada pela empresa autuada, o Fiscal de Rendas afirmou que:

- a) os processos de cessação de uso não foram juntados aos autos, mas em nada podem mudar os fatos, já que tais processos nasceram da iniciativa da impugnante ao requerer à Administração Tributária o encerramento da utilização de equipamentos ECF;

---

<sup>3</sup> A multa de cento e cinquenta por cento resultou no valor de R\$ 198.826,88 (cento e noventa e oito mil, oitocentos e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos).

- b) as “leituras das memórias fiscais” integram um conjunto probatório que já estão no patrimônio da impugnante, enfatizando que esses documentos são impressos e integram a “fita detalhe” dos equipamentos ECF, tendo a impugnante o dever de conservação daquelas leituras relativas a cada período de apuração, hipótese em que bastaria recorrer-se àquelas para questionar os lançamentos do trabalho fiscal;
- c) admitindo que a impugnante não possua a guarda dos documentos obrigatórios, a verificação poderia ser efetuada a partir dos originais constantes dos “processos de cessação de uso”, mediante requerimento de cópia das supracitadas leituras junto à SEFAZ;
- d) à impugnante foram disponibilizados os relatórios<sup>4</sup> em mídia magnética (CD), com todos os lançamentos efetuados no levantamento fiscal, havendo, inclusive, prova do recebimento desse documento (fl. 08);
- e) quanto às informações do SINTEGRA, considerou que são informações prestadas pelo próprio contribuinte validadas por um sistema eletrônico de controle, constituindo em documentos públicos com força probante, nos termos dos artigos 364 e 365, do CPC.

Ao final requereu a manutenção integral da exigência tributária.

Em decisão de primeira instância, a autoridade julgadora julgou procedente o lançamento, sustentando que a impugnante deveria observar, além da obrigação prevista no artigo 6º, III do Subanexo VII ao Anexo XVIII<sup>5</sup>,

---

<sup>4</sup> Relatório Analítico das Operações com ECF (Leitura da Memória Fiscal/Redução “Z”) e Relatório Analítico dos Registros de Operações com ECF no SINTEGRA (Registro 60).

<sup>5</sup> Art. 6º A partir da emissão do Atestado de Intervenção Técnica em ECF por meio da internet, o Pedido de Cessação de uso de ECF deve ser apresentado, através de uma via impressa do Atestado de Intervenção Técnica em ECF, cujo motivo da intervenção seja Pedido de Cessação de Uso, devidamente assinado por técnico habilitado.

III - leitura completa da memória fiscal (LMF) em papel;

a exigência constante no artigo 58, §2º, do mesmo subanexo<sup>6</sup>. Enfatizou que, considerando que a autuada poderia confrontar os dados apresentados pelos autuantes com os demonstrativos sintéticos e analíticos com os valores registrados nas Leituras de Memória Fiscal, emitidas ao final de cada período de apuração, apontando eventuais divergências, não restou configurado o cerceamento de defesa. Com relação à tese de que os emissores de cupom fiscal possuíam qualidade duvidosa, o julgador repeliu-a sob a fundamentação de que *“tais equipamentos tiveram seu uso autorizado pelo fisco e a impugnante não apresentou qualquer elemento material que demonstrasse a inconsistência dos dados registrados nestes equipamentos”* (f. 27).

No recurso voluntário, a recorrente reitera as alegações da impugnação, juntando o voto do relator XXXX proferido no processo nº xxxxxx<sup>7</sup>, para corroborar sua alegação de que a exigência fiscal apenas em seus demonstrativos, sem a juntada dos documentos que o embasaram, demonstra sua fragilidade, pois, alegar sem prova é o mesmo que não alegar.

Por essa razão, requereu a anulação da decisão de primeira instância e a integral improcedência do ALIM xxxxxx.

Os autos foram baixados em diligência para que o fiscal autuante juntasse aos autos os Relatórios (i) Analítico das Operações com ECF (Leitura da Memória Fiscal/Redução “Z”) e (ii) Analítico dos Registros de Operações com ECF no SINTEGRA, em forma de papel impresso.

Em ato contínuo, o fiscal autuante reiterou os argumentos constantes na contestação no sentido de que:

- a) o processo de cessação de uso teve origem em solicitação firmada pela empresa-autuada, o qual fora instruído com os cupons de

---

<sup>6</sup> Art. 58. A Leitura da Memória Fiscal, de implementação obrigatória, deverá conter:

§ 2º A Leitura da Memória Fiscal deve ser emitida ao final de cada período de apuração, relativamente às operações neste efetuadas, e mantida à disposição do Fisco pelo prazo de cinco anos, anexada ao Mapa Resumo ECF do dia respectivo, juntamente com o Cupom de Redução “Z”.

<sup>7</sup> Que segundo a autuada seria idêntico ao do caso telado.

leitura dos totalizados (Leitura X/Leitura Z) e da Leitura de Memória Fiscal;

- b) os cupons de leitura dos totalizadores e a Leitura da Memória Fiscal estão sob a guarda da autuada;
- c) tratando-se de documentos que, por legislação, deve ser mantido na posse do sujeito passivo, a sua não apresentação pelo Fisco, no processo administrativo tributário, não caracteriza cerceamento de defesa, havendo vários julgados nesse sentido no TAT.

O Tribunal Administrativo Tributário conheceu e não deu provimento ao recurso voluntário, ficando com a seguinte ementa:

(...)

*EMENTA: ICMS. EQUIPAMENTO ECF – LEITURA DA MEMÓRIA FISCAL – DIVERGÊNCIA COM SINTEGRA – ESCRITURAÇÃO A MENOR - DESAPARECIMENTO DOS AUTOS DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO REFERENTE A PEDIDO DE CESSAÇÃO DE USO DO ECF – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES EM PODER DO CONTRIBUINTE - CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO CONFIGURAÇÃO. NULIDADE DO ALIM – FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO. ACUSAÇÃO FISCAL – INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA E DE APRESENTAÇÃO DE PROVAS – PROCEDÊNCIA. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.*

*O desaparecimento dos autos do procedimento administrativo que tem por objeto a apreciação de pedido de cessação de uso de ECF, no qual constava leitura da memória fiscal do equipamento, realizada por empresa interventora, não implica cerceamento da defesa uma vez que o contribuinte deve deter em seu poder o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.*

*A demonstração da ocorrência do fato gerador do imposto e do cometimento da infração, materializada no relatório do levantamento fiscal, por explicitar o motivo, respectivamente, do*

*lançamento e da imposição da penalidade, constitui fundamento suficiente para a lavratura do ALIM.*

*A acusação de escrituração à menor de saídas tributadas, apurada através da confrontação dos arquivos do Sintegra do contribuinte com a leitura da memória fiscal e demonstrada no relatório do levantamento fiscal, deve ser reputada procedente se o contribuinte não apresenta prova contrária à pretensão do Fisco e sequer apresenta impugnação específica.*

#### **ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos os autos do Recurso Voluntário nº XXXXX, acordam os membros do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Mato Grosso do Sul, de acordo com a Ata e o Termo de Julgamento, à unanimidade de votos, contrariando em parte o parecer, pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário, para manter inalterada a decisão singular.*

*Campo Grande-MS, 26 de fevereiro de 2013.*

*Cons. Lygia Maria Ferreira de Brito – Presidente*

*Cons. Daniel Castro Gomes da Costa - Relator*

*Tomaram parte no julgamento, na sessão de 21.02.2013, os Conselheiros Ana Lucia Hargreaves Calabria, Célia Kikumi Hirokawa Higa (Suplente), Josafá José Ferreira do Carmo, Flávio Nogueira Cavalcanti, Gérson Mardine Fraulob e Marilda Rodrigues dos Santos. Presente a representante da PGE, Dra. Vanessa de Mesquita.*

Diante desse entendimento, o contribuinte interpôs recurso especial, no qual pugnou pela improcedência do ALIM nº xxxxx, apresentando como paradigmas os acórdãos, onde ficou reconhecida a nulidade da decisão por cerceamento de defesa ante o fato de o sujeito passivo não ter obtido acesso aos documentos nos quais se sustenta a acusação fiscal.

Em sede de juízo de admissibilidade, a Presidente do TAT admitiu o recurso, nos termos do artigo 96, da Lei nº 2.315/2001.

É o relato do necessário.

Passo à fundamentação



## 2. Fundamentação

### 2.1. Dos requisitos extrínsecos e intrínsecos

Análise, preliminarmente, se estão ou não presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos do recurso.

Quanto à tempestividade, a empresa fora intimada no dia 12 de abril de 2013 (f. 107), tendo o recurso sido protocolado em 22 de abril de 2013, portanto, tempestivo o presente recurso.

Como é cediço, o recurso se consubstancia em medida destinada a provocar o reexame ou integração de decisão.

Contudo, há de se observar que, para que a instância julgadora ad quem possa proferir o julgamento do mérito do recurso, faz-se mister que estejam presentes determinados requisitos. O juízo de admissibilidade do recurso antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito, sendo formado de questões prévias, cuja ausência de um desses requisitos faz com que o recurso não seja conhecido.

Esses pressupostos de admissibilidade podem ser classificados em pressupostos intrínsecos, concernentes à própria existência do poder de recorrer (cabimento, legitimação para recorrer e interesse em recorrer), e pressupostos extrínsecos, relativos ao modo de exercer o poder de recorrer, fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar (tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Dentre os pressupostos extrínsecos encontra-se a regularidade formal, visto que a Lei Estadual nº 2.315/2001, no tocante ao recurso especial, em seu artigo 94, § 2º, exige do recorrente a juntada das cópias ou transcrição,

integral e literalmente, dos enunciados das decisões divergentes e da diretriz de súmula administrativa que tenham sido violadas.

No caso em apreço, o recorrente não procedeu nos termos ditado pela legislação local, uma vez ter transcrito somente a ementa do julgado, sem trazer na íntegra ou transcrever o voto vencedor quando do julgamento dos recursos voluntários, para fins de demonstração de que a matéria de fato e de direito em ambos os julgados (o recorrido e o paradigma) são idênticas e o TAT/MS acabou por decidir de forma diversa.

Dessa forma, não tendo observado o procedimento a ser seguido, o não conhecimento do recurso é medida que se impõe.

## 2.2. Do mérito

No tocante ao pedido de aplicação do antigo entendimento ao presente caso, padece de amparo.

Conforme se depreende dos mais recentes julgados do E. Tribunal Administrativo, o fato de o processo de pedido de cessação de ECF relacionado ao presente ALIM ter desaparecido, isso não implica em dificuldade para a defesa, até porque o referido processo faz parte da autuação, uma vez estar em sua posse todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal (quais sejam, (i) cópia do CD elaborado pelas autoridades fiscais, onde consta a leitura da memória fiscal; (ii) equipamento ECF contendo a memória fiscal; (iii) as fitas detalhe (bobinas que registram analiticamente impressas todas as operações praticadas); (iv) as reduções Z impressas; (v) os Mapas Resumo de ECF; (vi) os cupons de leitura mensal das Memórias Fiscais de cada ECF; (vii) os livros fiscais (Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS); e (viii) o arquivo do SINTEGRA que entregou ao Fisco).

Destacou-se ser dever do contribuinte a guarda, para exibição ao Fisco, de todos os livros e documentos fiscais pelo prazo decadencial para o



lançamento, salvo quando diante de litígio, como o caso em apreço, em que deverá conservar pelo tempo em que perdurar a impugnação do ALIM, nos termos do artigo 90, § 3º, da Lei nº 1.810/1997.

Dessa forma, concluiu-se que, estando em poder do autuado todos os elementos de prova (sobretudo as fitas detalhe de ECF/dados da memória MFD, reduções Z e leituras mensais das Memórias Fiscais, fontes de todos os demais documentos – Mapas Resumo, livros fiscais e SINTEGRA), não haveria que se falar em cerceamento do direito de defesa.

Ora, o fato de esse Tribunal Administrativo já ter se posicionado no sentido contrário do constante no presente feito, não obsta que o órgão julgador, diante até mesmo da alteração de sua composição, uma vez que, conforme se extrai dos acórdãos apresentados como paradigmas, o Conselheiro Daniel Castro Gomes da Costa não participou do julgamento daqueles, analisando as circunstâncias fáticas devidamente delineadas nos autos e com fundamento no ordenamento jurídico pátrio acabe por se pronunciar no sentido de inexistência de cerceamento de defesa.

Em análise ao tema, o prestigiado doutrinador e agora Ministro da Corte Suprema Luís Roberto Barroso considera que as inovações das jurisprudências dos tribunais pátrios são válidas, conforme expressado a seguir:

*A doutrina do stare decisis remonta à tradição da common law, e tem sua origem no direito inglês. Dela decorre que juízes e tribunais devem seguir a regra de direito fixada em decisões judiciais anteriores, sempre que a mesma questão venha a surgir em novas demandas. No geral, a stare decisis equivale ao precedente vinculante (binding precedent): um juiz ou tribunal inferior deve seguir a regra de direito estabelecida, em relação a determinada matéria, pelo tribunal superior.*

*No Reino Unido, por muitos séculos, sustentou-se que a doutrina do stare decisis obrigava o próprio tribunal que proferira a decisão, qualquer que fosse o seu nível. Vale dizer: até mesmo a mais alta*

*corde (a House of Lords) estaria sujeita ao precedente que firmara, não podendo apartar-se dele, ainda que o considerasse inadequado para a nova situação. Este quadro foi alterado, todavia, pelo Practice Statement, de 1966. A partir de então, passou-se a admitir, embora com grande reserva e em situações muito limitadas, a reforma do precedente (overruling). Também nos Estados Unidos, a vinculação aos precedentes é um princípio geral, que pode ser afastado excepcionalmente, em razão da mudança das condições históricas ou da própria percepção do direito a ser extraído de determinada norma.*

*As duas grandes famílias jurídicas do mundo contemporâneo têm desenvolvido, nos últimos anos, uma rota progressiva de aproximação. De fato, nos países do common law – onde o direito tem origem predominantemente costumeira e se baseia sobretudo nos precedentes judiciais – tem-se verificado a crescente importância quantitativa e qualitativa do direito legislado. Tanto o Reino Unido quanto os Estados Unidos são exemplos do que se afirma. De outra parte, nos países de tradição romano-germânica – nos quais a legislação é a principal fonte de direito – os precedentes têm merecido crescente destaque. É o que tem se passado na Europa continental e também entre nós.*

*No Brasil dos últimos anos, o papel da jurisprudência teve tal expansão que alguns autores passaram a incluí-la no rol das fontes formais do direito.<sup>8</sup>*

Ressalta, ainda, que “a ascensão doutrinária e normativa do precedente não o torna imutável”.

Portanto, transpondo-se o supracitado ensinamento aos julgados proferidos por esse Tribunal Administrativo Tributário, tem-se ser perfeitamente possível a Instância Julgadora Superior rever suas decisões, adequando-se, mediante o processo de hermenêutica jurídica, aos ditames legais.

---

<sup>8</sup> [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer\\_mudanca\\_da\\_jurisprudencia\\_do\\_stf.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf) - fls. 13-16.

Dessa forma, não há como acolher a pretensão da parte-autora no sentido de determinar que esse Tribunal Administrativo acolha um pronunciamento firmado em 02 (dois) julgados proferidos no ano de 2010, uma vez inexistir sequer o efeito vinculante das autoridades julgadoras às decisões colegiadas, sendo, por essa razão, perfeitamente possível a revisão de seus pronunciamentos.

Ora, as circunstâncias momentâneas podem e devem ser melhoradas, o que significa fazer frente a uma interminável tarefa de adaptação às mudanças sociais e políticas mediante novas decisões.

Dessa forma, em tendo havido alteração da composição desse TAT, somado ao fato de que o raciocínio desenvolvido no Acórdão recorrido partiu da premissa de que, (1) dispondo o contribuinte de amplos meios de prova em seu poder para demonstrar eventual improcedência da acusação fiscal, estando, portanto, apto a demonstrar de forma completa e dia-a-dia o seu movimento operacional e, por conseguinte, confrontar a leitura das Memórias Fiscais que fez mensalmente com aquelas feitas pela Interventora e entregues ao Fisco, e (2) sendo dever do contribuinte a guarda desses documentos até a data da solução definitiva do litígio, sempre que tenham servido de base para a exigência fiscal impugnada, premissas essas não levada em consideração pelo Conselheiro Relator (e, por conseguinte, não apresentadas aos demais membros do TAT) quando do julgamento dos Recursos Voluntários nº 154/2009 (ALIM nº 14972-E) e 155/2009 (ALIM nº 14973-E), não merece acolhimento o presente recurso especial, sob pena de tornar esse TAT um mero seguidor dos pronunciamentos firmados anteriormente, inclusive após alteração de sua composição, violando-se, ainda, um dos primados vetores do processo civil, aplicável nos processos administrativos, qual seja, o de persuasão racional do julgador.

Repita-se: o precedente não se torna imutável, até porque, quando diante de um litígio administrativo, utilizando-se do escólio de Paulo de

Barros Carvalho<sup>9</sup>, o ato de julgar é a enunciação, ou seja, atividade humana de produção de enunciados, de criação de disposições do sistema jurídico e, portanto, fonte de direito para produção de normas.

Ora, no processo administrativo tributário, o ato de julgar é a enunciação, cuidando-se de construção intelectual e lógica que o julgador empreende para (i) compreender os fatos, (ii) identificar o direito objeto do litígio, (iii) solucionar as controvérsias, (iv) subsumir esses fatos à norma e (v) julgar. Por outro lado, a decisão ou o acórdão, conforme seja proferidos pela autoridade singular ou por esse Tribunal, são enunciados<sup>10</sup>.

Obstar a modificação de entendimento, ainda mais quando demonstradas alterações no cenário fático (seja em razão da alteração da composição dessa Corte Julgadora Administrativa, seja em razão das premissas fáticas e de direito adotadas pelo Conselheiro Relator do presente feito e que não foram levados em consideração e, em especial, discussão quando do julgamento dos Recursos Voluntários nº 154/2009 e 155/2009) é engessar a função jurisdicional de que se encontram investidos os membros desse TAT, tornando-os mero aplicadores dos pronunciamentos isolados. Isso porque não se está diante de um comportamento reiterado do Poder Público, já que somente houve 02 julgamentos no sentido defendido pela parte-autora, ao passo que nos últimos julgados, todos afastaram a tese de cerceamento de defesa sob a fundamentação de que:

---

<sup>9</sup> *Por fontes do direito havemos de compreender os focos ejetores de regras jurídicas, isto é, os órgãos habilitados pelo sistema para produzirem normas, numa organização escalonada, bem como a própria atividade desenvolvida por essas entidades, tendo vista a criação de normas. O significado da expressão fontes do direito implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de “veículo introdutor de normas”. Isso já nos autoriza a falar em “normas introduzidas” e “normas introdutoras” ou, em outras palavras, afirmar que “as normas vêm sempre aos pares”. (Direito Tributário, Linguagem e Método. 2 ed. São Paulo: Noeses, 2008, p. 392-393).*

<sup>10</sup> Aqui cabe destacar que o relatório e a fundamentação do decimum correspondem à enunciação-enunciada, na medida em que apresentam a construção lógica necessária a explicar o resultado alcançado para a solução da lide, ao passo que o dispositivo pode ser apresentado como enunciado-enunciado, por conter uma determinação dirigidas às partes.

*o desaparecimento dos autos do procedimento administrativo que tem por objeto a apreciação de pedido de cessação de uso de ECF, no qual constava leitura da memória fiscal do equipamento, realizada por empresa interventora, não implica cerceamento da defesa uma vez que o contribuinte deve deter em seu poder o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.*

Aqui, para uma melhor compreensão do que se está defendendo, merece transcrição o raciocínio desenvolvido por Hans Kelsen em Teoria Pura do Direito, segundo o qual, inexistente um método para definir ou avaliar as interpretações sobre uma norma a não ser a própria validade. Assim, em sendo uma interpretação considerada como válida, pode a mesma ser aplicada, sendo discricionário o ato de escolher qual das múltiplas interpretações, uma vez que caber à consciência do aplicador do direito a referida escolha. Assim:

*(...) para Hans Kelsen há duas espécies de interpretação: a autêntica, realizada por órgão competente para aplicar a norma jurídica (como adiantamos acima, é a interpretação que o Legislador faz da Constituição ao produzir as leis, a que o Executivo promove ao baixar decretos regulamentares, a que o Judiciário realiza ao decidir), e não-autêntica, realizada pela ciência do direito e outros sujeitos da sociedade, como eu estabelecem, entre si, um contrato de locação, por exemplo.*

*(...) a norma jurídica, para a teoria pura do direito, é compreendida, no que se refere à sua interpretação, como uma moldura na qual são possíveis diversos significados. A interpretação não-autêntica, meramente cognoscitiva, estabelece, em princípio, os limites da moldura, mas é na aplicação da norma, na chamada interpretação autêntica, que ao conhecimento é acrescido, no momento da escolha de um desses significados possíveis, um ato de vontade da autoridade competente. Não há, pois, uma única interpretação, mas tantas quantas se encontram circundadas pela moldura. Como bem*

*percebe Fábio Ulhoa Coelho ao comentar a teoria pura do direito, pouco importa qual o método exegético (fatores históricos, lógica, etc.) utilizado pelo intérprete autêntico, pois “todas as significações reunidas na moldura relativa à norma têm rigorosamente igual valor, para a ciência jurídica”.<sup>11</sup>*

No caso em apreço, adotando-se o ensinamento de Hans Kelsen, tem-se que a autoridade competente observou as decisões possíveis dentro da moldura, de acordo com as formulações meramente descritivas do cientista do direito, uma vez que (1) inexistente qualquer norma legal determinando a vinculação dos julgadores aos pronunciamentos firmados anteriormente pelo TAT; (2) dos regramentos constantes no artigo 195, do CTN, e no artigo artigo 90, § 3º, III, da Lei Estadual nº 1.810/1997, extrai-se a regra de que o contribuinte deve manter a guarda e Livros Obrigatórios e dos documentos que lastreiam os respectivos lançamentos, até a solução definitiva do litígio administrativo; (3) todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal estão em posse do contribuinte.

Assim, analisando a questão apresentada pelo recorrente de cerceamento de defesa, o julgador levou em consideração todo o ordenamento jurídico para fins de afastar a declaração de cerceamento de defesa, em especial o fato de que (i) as provas necessárias para a desconstituição do ALIM estão em posse do sujeito passivo, (ii) enquanto em discussão na esfera administrativa (inclusive na esfera judicial, já que deverá demonstrar a inexistência de realização de operações relativas à circulação de mercadoria sem o devido recolhimento do ICMS, ou seja, de que sobre as operações registradas no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal sofrera aplica a regra-matriz de incidência tributária do ICMS).

---

<sup>11</sup> PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 19.

Dessa forma, tem-se que a norma jurídica criada pelo julgador, quando da aplicação dos enunciados prescritivos constantes no ordenamento jurídico, observou o prisma formal de atribuição de competências, editando-se uma norma com fundamento em diversas normas (que preveem o dever de guarda dos documentos fiscais por parte do sujeito passivo, que informam achar-se em poder do sujeito passivo da relação jurídico-tributária todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal).

Se não bastasse isso, faz-se mister observar que somente a edição de súmula administrativa torna obrigatória a adoção de seu entendimento pelos agentes do Fisco e pelas autoridades julgadoras e revisoras, conforme se extrai do artigo 101, da Lei nº 2.315/2001, devendo-se estar atento que até mesmo o enunciado sumular dessa Corte Julgadora está sujeito à revisão:

*Art. 101. A edição de súmula administrativa pode ser provocada por qualquer membro integrante do órgão colegiado competente para editá-la e deve ocorrer:*

*I - em sessão especial;*

*II - obedecido o quórum fixado no regimento interno;*

*III - após a aprovação por dois terços de seus membros.*

*§ 1º Têm legitimidade para participar de sessão especial, com direito a manifestação escrita e sustentação oral durante toda a fase de discussão da matéria, os representantes:*

*I - da Procuradoria-Geral do Estado;*

*II - da Administração Tributária, expressamente designado para tal fim.*

*§ 2º Observada a regra do parágrafo seguinte, as súmulas podem ser revistas de ofício, a qualquer tempo, obedecidas as normas regimentais.*

*§ 3º A cada período de três anos (art. 27, VII) deve ser promovida de ofício a revisão e consolidação das súmulas editadas.*

Assim, não se pode esquecer que o presente feito fora julgado em data posterior, ou seja, enquanto os paradigmas tiram os acórdãos publicados no Diário Oficial nº 7.809, de 18 de outubro de 2010, p. 03; o presente pronunciamento fora publicado no Diário Oficial nº 8.389, de 11 de março de 2013, p. 06/07.

Portanto, constata-se ter havido uma alteração de entendimento pela Corte Colegiada, sendo que o atual não se coaduna com o esposado no presente recurso especial, razão pela qual há de ser negado provimento, mantendo-se inalterado o Acórdão recorrido.

Dessa forma, como bem destacado no voto condutor, bastaria a recorrente se valer de documentos de emissão obrigatória e dos quais tem o dever de guardar para fins de realização de confrontação com as informações prestadas pelo Fisco Estadual e demonstrar que todas as informações do SINTEGRA referentes ao período de 22/08/2006 a 31/12/2008 foram devidamente registradas no Livro de Registro de Saídas.

Por outro lado, em sendo parte integrante do ALIM o Demonstrativo Analítico das Leituras das Memórias Fiscais – além do Demonstrativo referente às Informações do SINTEGRA –, onde estão enumerados todos os elementos passíveis de identificação da operação realizada (disponibilizado por meio de CD à empresa), cabia a essa última contraditar esse demonstrativo confeccionado pelo fisco com o documento que integra o seu acervo (sobre o qual tem o dever de manter em guarda e conservação até o decurso do prazo decadencial ou até a solução da controvérsia administrativa instaurada, conforme determina o artigo 90, § 3º, III, da Lei Estadual nº 1.810/1997<sup>12</sup>).

Ou seja, era perfeitamente possível, por parte da recorrente, a indicação precisa de eventual erro e/ou incorreção no demonstrativo confeccionado pelo serventuário da carreira da Secretaria de Fazenda com os dados constantes no documento que se encontra sua posse.

Assim, para fins de assegurar a ampla defesa, não se faz necessária a juntada dos processos de cessação de uso onde estariam as leituras das mencionadas

---

<sup>12</sup> Art. 90. (...)

§ 3º Os documentos e livros das escritas fiscal e comercial são de exibição obrigatória ao Fisco e devem ser conservados:

(...)

III - até a data da solução definitiva do litígio, sempre que os documentos e/ou livros tenham servido de base para a exigência fiscal impugnada.

memórias fiscais, sequer o desaparecimento daquele importa em cerceamento de defesa, uma vez deter o sujeito passivo, ora recorrente, em seu poder, o equipamento com a respectiva memória, as fitas detalhe, reduções Z, Mapas Resumo de ECF e as leituras mensais da memória fiscal que serviram de base à escrituração dos livros fiscais, que constituem conjunto probatório completo e suficiente a demonstrar eventual inconsistência do levantamento fiscal.

Como já enfatizado no parecer anteriormente confeccionado:

*Os demonstrativos, confeccionados a partir das informações prestadas pelo sujeito passivo por meio do EFC e do Sintegra, foram elaborados com indicação de todas as informações relevantes e imprescindíveis para que o contribuinte pudesse exercer na sua plenitude, confrontando os supracitados demonstrativos com aqueles que se encontram em seu poder.*

*Resta, portanto, a certeza de que não houve cerceamento de defesa, uma vez que os dados constantes da leitura completa da Memória Fiscal que instruiu o pedido de cessação de uso do ECF são os mesmos constantes das Leituras das Memórias Fiscais emitidas pela atuada e que devem ser mantidos pelo prazo decadencial, sendo que, no caso em apreço, está obrigada a conservá-las, no caso específico das operações a que se refere o ALIM xxxxx, até a data da solução definitiva do litígio que se instaurou em razão de sua impugnação ao referido lançamento.*

Nesse mesmo sentido, é o voto condutor do acórdão recorrido:

*Não obstante o processo de pedido de cessação de ECF relacionado ao presente ALIM ter desaparecido, tal não implica qualquer dificuldade para a defesa e nem mesmo o referido processo faz parte da autuação. Apenas referenciam os atuantes que o trabalho fiscal iniciou-se de leitura feita quando do exame do pedido de cessação, referência esta, que tem o único propósito de esclarecer a fonte das informações, isto é, que a leitura foi feita pela interventora que emitiu o Atestado de Intervenção Técnica em ECF (AI) no pedido de cessação.*

*(...)*

*O único elemento de prova existente no procedimento de pedido de cessação que importa para o deslinde do presente caso é a*

*leitura da memória fiscal. Porém, as informações com esta leitura foram juntadas aos autos como anexo ao ALIM, em mídia óptica Compact Disk (CD). O arquivo tem a sua autenticidade e integridade comprovadas por código de autenticação gerado através do algoritmo MD5, de uso público e corrente para este fim.*

*Todas as provas necessárias para refutar a imputação fiscal estão em posse do contribuinte: além de ter recebido cópia do mencionado CD elaborado pelas autoridades fiscais, ele está de posse a) do equipamento ECF contendo a memória fiscal; b) das fitas detalhe (bobinas que registram analiticamente impressas todas as operações praticadas)<sup>13</sup>; c) das reduções Z impressas; d) dos Mapas Resumo de ECF; e) dos cupons de leitura mensal das Memórias Fiscais de cada ECF; f) dos livros fiscais (Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS); e g) do arquivo do Sintegra que entregou ao Fisco.*

*Isso, porque o contribuinte tem o dever de guardar, para exibição ao Fisco, todos os livros e documentos fiscais pelo prazo decadencial para o lançamento ou, havendo litígio, como é o caso da impugnação de ALIM, enquanto este perdurar, consoante o art. 90, § 3º, da Lei 1.810/1997 (...).*

*Não há nenhum elemento de prova que pudesse estar nos processos desaparecidos que não esteja em poder do Recorrente. Sobretudo as fitas detalhe de ECF/dados da memória MFD, reduções Z e leituras mensais das Memórias Fiscais, que são a fonte de todos os demais documentos (Mapas Resumo, livros fiscais e Sintegra).*

*Assim, não há o que se falar em cerceamento do direito de defesa, uma vez que o contribuinte dispõe de amplos meios de prova a seu dispor para demonstrar eventual improcedência da acusação fiscal, estando apto a demonstrar de forma completa e dia a dia o seu movimento operacional e tendo como confrontar a leitura das Memórias Fiscais que fez mensalmente com aquelas feitas pela Interventora e entregues ao Fisco.*

Não se pode esquecer que, ao contrário do defendido pela parte-recorrente, esse TAT já se pronunciou no sentido de que não há cerceamento

---

<sup>13</sup> No caso de tratar-se de equipamento com MFD, não há a bobina impressa, mas o contribuinte conta com os dados gravados na memória MFD, que lhe correspondem.

de defesa a não juntada de documento que se encontra sob a posse/guarda do contribuinte, *in verbis*:

*ACÓRDÃO Nº 285/2008 – PROCESSO Nº 11/029015/2007 (ALIM nº 0012539-E/2007) – RECURSO: Voluntário nº 76/2008 – RECORRENTE: L M Vidros e Cristais Temperados Ltda. – CCE Nº 28.259.756-5 – Campo Grande-MS – RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual – AUTUANTE: Sérgio Eduardo de Oliveira – JULGADOR SINGULAR: Fernando Luis Valejo – DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA: Procedente – RELATOR: Cons. Valério Nobre de Carvalho.*

*EMENTA: ICMS – PEDIDO DE DILIGÊNCIA – DOCUMENTOS NA POSSE DO REQUERENTE – EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – NÃO-CARACTERIZAÇÃO. VIDRO – OPERAÇÃO DE SAÍDA – FIXAÇÃO E APLICAÇÃO DE VALOR MÍNIMO DE REFERÊNCIA FISCAL PARA DETERMINAÇÃO DE BASE DE CÁLCULO – LEGITIMIDADE. MATÉRIA TRIBUTÁVEL – DESCRIÇÃO CIRCUNSCRITA ÀS PRÓPRIAS OPERAÇÕES DO SUJEITO PASSIVO – EXIGÊNCIA FISCAL ABRANGENDO OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – EXCLUSÃO – LEGITIMIDADE. BENEFÍCIOS DA LEI Nº 3.045/2005 – INAPLICABILIDADE. MULTA – AFRONTA AO PRINCÍPIO DO NÃO-CONFISCO – MATÉRIA NÃO EXAMINÁVEL. RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.*

*O indeferimento do pedido de juntada de documentos que se encontram na posse do próprio sujeito passivo, justificado nesse fato e na existência, nos autos, de elementos probatórios suficientes para a decisão, não configura cerceamento de defesa. (...)*

*ACÓRDÃO Nº 191/2008 – PROCESSO Nº 11/027119/2005-SERC (ALIM nº 0006455-E/2005) – RECURSO: Voluntário nº 42/2008 – RECORRENTE: Thereza Luiza Correa Costa Thedim – CCE Nº 28.547.396-4 – Jaraguari-MS. – RECORRIDA: Fazenda Pública Estadual – AUTUANTE: Hercules Duidja Rafael – JULGADOR SINGULAR: Carlos Afonso Lima Ranieri – DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA: Procedente – RELATOR: Cons. Hamilton Crivelini.*

*EMENTA: ICMS – GADO BOVINO – LANÇAMENTO INEPTO E DESNECESSÁRIO – CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA – MOTIVAÇÃO INADEQUADA – NÃO CARACTERIZAÇÃO. PRESUNÇÃO DE SAÍDAS A PARTIR DA AUSÊNCIA DOS REGISTROS DE ENTRADAS*

– POSSIBILIDADE – DIFERIMENTO DO IMPOSTO – AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE NA OPERAÇÃO FORAM OBSERVADAS AS CONDIÇÕES ESTABELECIDAS. RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDO.

(...)

*Tratando-se de documentos que, pela legislação, é o sujeito passivo quem deve manter em sua posse, à disposição do Fisco, a sua não apresentação pelo Fisco, no processo administrativo tributário, não caracteriza cerceamento de defesa. (...).”*

Assim, em momento algum houve violação ao princípio consagrado na Constituição Federal da ampla defesa.

Dessa forma, a improcedência do pleito é medida judicial que se impõe.

É a fundamentação.

Passo à conclusão.

### 3. Conclusão

Diante do exposto, esta Procuradoria-Geral do Estado, por meio da Procuradora do Estado que ao final subscreve, opina pelo não conhecimento do recurso especial, ante o não preenchimento do requisito da regularidade formal.

Em se conhecendo o recurso, no mérito, pugna-se pelo não provimento.

É a manifestação que submeto à apreciação deste Egrégio Tribunal.

Campo Grande-MS, 27 de junho de 2013.

*Vanessa de Mesquita*

Procuradora do Estado<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Essa manifestação foi elaborada com a colaboração do Advogado Daniel Nicolau Trindade Contos, Assessor da Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.



**Peças**



# Pedido de Suspensão de Liminar. Interdição de Cadeia Pública.

Adriano Aparecido Arrias de Lima<sup>\*\*</sup>  
José Aparecido Barcellos de Lima<sup>\*\*\*</sup>

## Excelentíssimo Senhor Desembargador-Presidente do E. TJMS

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, CNPJ nº 15.412.257/0001-28, com sede jurídica no Parque dos Poderes, Bloco IV, Campo Grande/MS, por intermédio de seus Procuradores do Estado infrafirmados, mandato *ex vi legis*<sup>1</sup>, com o devido acatamento e urbanidade, alicerçado nas disposições do *art. 12, parágrafo primeiro, da Lei Federal nº 7.347/1985*<sup>2</sup> e do *art. 4º, parágrafo terceiro, da Lei Federal nº 8.437/1992*<sup>3</sup>, vem à presença de Vossa Excelência para apresentar o presente PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR em face de decisão prolatada pelo Exmo. Juiz da XX Vara da Comarca de XXXXXXXX, nos autos de *ação civil pública* sob nº XXXXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX, ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face do ora requerente, que, ao conceder a *antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional*, ofendeu a ordem e a economia públicas, consoante as razões que se passa a aduzir.

---

\*\* Procurado do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2008; Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho; Especialista em Direito Administrativo.

\*\*\*Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2008; Procurador-Geral Adjunto do Estado desde abril/2013; Especialista em Direito Cível e Processo Civil.

<sup>1</sup> Art. 16, parágrafo único, da Lei Complementar Estadual nº 95, de 26 de dezembro de 2001.

<sup>2</sup> Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

<sup>3</sup> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

# 1. Da moldura fática

O objeto do presente pedido de suspensão de liminar é a decisão que deferiu liminarmente a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional nos autos XXXXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX, em trâmite perante a XX Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXXX.

Tal *decisum* assim definiu:

*Atendidos, assim, os requisitos legais da antecipação de tutela, presentes o fumus boni juris e o periculum in mora, mesmo que seja contra a Fazenda Pública Estadual, a interdição total, consoante autorização do Excelentíssimo Senhor Desembargador Corregedor-Geral de Justiça, é medida que se impõe, em razão disso, DEFIRO a antecipação da tutela, nos moldes aqui expostos e DECRETO a interdição total da carceragem da Polícia Civil da Comarca de XXXXXXXXXXXXXXXX/MS, incluindo as celas internas e a cela externa, proibindo, doravante a entrada de quaisquer presos.*

*Em razão disso e, atendendo as disposições contidas nas Normas da Corregedoria-Geral de Justiça, baixo a Portaria nº 01, nesta data, na qualidade de Corregedora permanente da execução penal, para a interdição das instalações e, o faço com fundamento no disposto no artigo 294 do Código de Normas da Corregedoria Geral de Justiça e artigo 66, inciso VIII da Lei de Execução Penal.*

*Assim, diante da interdição ora decretada, os presos (provisórios ou não) deverão ser recambiados, no prazo de 07 (sete) dias, para os estabelecimentos próprios, de acordo com a natureza do crime, sexo, idade, reincidência, regime e, se condenado ou não, observando-se, assim, as determinações constantes da própria Constituição Federal e legislação ordinária no tocante a questão.*

*Além disso, diante da interdição total, quem for preso por flagrante delito ou por cumprimento de mandado de prisão deverá ser encaminhado para o estabelecimento penal compatível com a prisão, não podendo, em nenhuma hipótese, permanecer na carceragem ora interdita, cuja porta principal deverá ser lacrada tão logo sejam removidos todos os internos atuais.*

*Convém registrar que, à toda evidência, em hipótese alguma poderá ser o preso em flagrante delito, ou o preso em obediência a mandado*

*de prisão, ser colocado em liberdade, sem o imprescindível alvará de soltura expedido por Autoridade Judicial competente, porque a interdição da carceragem da Delegacia de Polícia não autoriza a impunidade nem franqueia o levantamento do Estado de Direito ou licença para o cometimento de infrações. Com efeito, em caso contrário, estar-se-ia chancelando a prática de delitos e fomentando a ação nefasta de criminosos, que, à vista das notícias de vedação à manutenção na carceragem local, poderiam ter a ideia de vir para esta comarca para a prática de ações ilícitas.*

*Cumpra, pois, fixar astreintes, com multa cominatória de R\$ 500,00 (quinhentos reais), ao dia, por preso, mantido na carceragem em desacordo com os prazos fixados nesta interdição, para assegurar a obediência às determinações desta interdição, sem prejuízo de eventual ação própria, por desobediência (CP, art. 330), se assim entender necessário o parquet, na qualidade de Dominus litis, posto que se trata de obrigação de fazer.*

*No mais, para dar efetividade à presente, ultrapassados os prazos aqui fixados, deverá a Autoridade Policial comunicar a este juízo o descumprimento da interdição para adoção das medidas cabíveis.*

*Encaminhem-se cópia desta decisão, da decisão do Exmo. Sr. Desembargador Corregedor-Geral de Justiça e da Portaria nº XXXXX para a Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, para o devido cumprimento desta, bem como à Autoridade Policial local, a AGEPEN e a SAS/SEJUSP.*

*Finalmente, expeça-se o competente mandado para a efetivação do lacre, que deverá ser cumprido por 02 (dois) Oficiais de Justiça, constando que a porta principal do pavilhão que dá acesso às celas (internas e externa), será lacrada, dando ciência à Autoridade Policial que a violação importará nas medidas criminais cabíveis, ressalvados os serviços de manutenções em geral, que deverão ser comunicados e somente poderão ser realizados após deliberação judicial, sendo novamente aposto o lacre tão logo sejam concluídos. (destaques e grifos como no original).*

Em breve escorço, essa decisão foi proferida em sede de *Ação Civil Pública*, ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o Estado de Mato Grosso do Sul. O autor da aludida ação fundou o seu pleito na alegação de que a cadeia pública de XXXXXXXXXXXXXXXX encontra-se em precário estado de

conservação estrutural, falta de funcionários e equipamentos e superlotação carcerária, colocando em risco a população circunvizinha.

Continuou asseverando que, a aludida cadeia pública não possui carcereiros, o que vem a sobrecarregar e a desviar de função os agentes da polícia civil. Noticiou, também, a existência de umidade excessiva nas paredes, instalações elétricas precárias e ventilação inadequada, o que não atenderia os mínimos requisitos de higiene, colocando em risco tanto a saúde dos segregados quanto a dos agentes estatais.

Aduziu que, por mais que em meados de 2009 tivesse sido realizada reforma do prédio, perduraram diversos dos problemas constatados no ano de 2008.

Proseguiu o Ministério Público escudando a existência de superlotação carcerária, uma vez que, em vistoria realizada pelo órgão ministerial, teria se constatado a existência do dobro de presos recomendado por cela. Fez acompanhar a sua exordial de laudos emitidos pelo Instituto de Criminalística de XXXXX e pela Vigilância Sanitária do município de XXXXXXXXXXXXXXXX.

Em conclusão, afirmou se encontrar o prédio da cadeia pública absolutamente deteriorado, faltante de equipamentos de segurança, sujeito a incêndios por risco de curtos-circuitos, com ambiente propício à proliferação de doenças, superpopulação carcerária, presos provisórios juntamente aos definitivos, e falta de acomodações minimamente dignas aos segregados.

Destacou textualmente às fls. 13 dos autos de Ação Civil Pública que *“as providências necessárias para dar um mínimo de segurança (por exemplo: melhoria das celas – sistema hidráulico e elétrico – pintura, sistema de filmagem, o aumento dos muros do terreno, a colocação de tela e grade metálicas sobre o pátio interno, têm custo insignificante diante da reconhecida capacidade financeira do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, detentor de enormes orçamentos anuais”* (grifos inseridos).



Todavia, tal pensamento revela-se bitolado às dificuldades pontuais e momentâneas de específica localidade (micro), não levando em consideração o planejamento e implantação de uma política pública em sua perspectiva estadual (macro).

Destacou que possível determinação emanado do Poder Judiciário nos autos de ação civil pública não se trataria de intromissão na esfera de discricionariedade do Poder Executivo, mas sim de exigência de atos vinculados tendentes ao cumprimento de normas constitucionais e legais, para, assim, sanar suas omissões (fls. 25 dos autos de ação civil pública).

Declinou pedido liminar para que a AGEPEN assumisse a administração da cadeia pública; que em 15 dias fossem transferidos os presos definitivos lá encarcerados; que em 60 dias fossem realizadas as reformas necessárias, com interdição provisória pelo prazo de 90 dias para tanto; que a empresa que fornece comida aos presos seja compelida a apresentar licença sanitária e; a fixação de astreinte no montante de R\$ 10.000,00 por descumprimento de cada uma das obrigações enunciadas.

Como pedido final, pleiteou a ratificação dos pedidos liminares.

Juntou documentos.

Ao receber a inicial, o juiz da instância singela determinou a intimação do Estado para que se manifestasse acerca da concessão da liminar, o que foi realizado. Tendo em vista que os laudos acostados à inicial do MP datavam de período anterior ao da reforma empreendida no prédio, determinou o r. Juízo que o mesmo fosse atualizado.

Após a vinda do novo laudo de engenharia, o juiz singular proferiu decisão externando a necessidade da interdição e encaminhou os autos para a Corregedoria-Geral de Justiça, que a autorizou.

Baixado os autos, o r. Juízo decretou a interdição nos moldes já delineados.

Esta a síntese do necessário.

Para subsidiar a apreciação do presente pedido de suspensão de liminar, acosta-se cópia integral<sup>4</sup> dos autos de ação civil pública sob nº XXXXXXXXXXXX, em trâmite perante a 1ª Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXXXXXX, palco em que foi prolatada a decisão que ora se busca subtrair eficácia.

Por tal razão que se vê requerido o presente pedido de suspensão de liminar, no desiderato de suspender a decisão de primeiro grau que determinou a interdição da cadeia pública de XXXXXXXXXXXXXXXX.

## 2. Do cabimento do presente requerimento de suspensão dos efeitos da liminar

O pedido de suspensão de liminar é instrumento posto à disposição das pessoas jurídicas de direito público pelo ordenamento jurídico nas hipóteses em que houver lesão a um dos interesses públicos relevantes. Por tal razão, é utilizado para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Tem por desiderato sobrestar o cumprimento da liminar, subtraindo seus efeitos, buscando assim desobrigar a Fazenda Pública de seu adimplemento.

Seu regramento, para o caso *sub judice*, encontra suporte no art. 12, parágrafo primeiro, da Lei Federal nº 7.437/19<sup>5</sup> e no art. 4º da Lei Federal nº 8.437/1992<sup>6</sup>, que possibilitam à pessoa jurídica de direito público que

---

<sup>4</sup> Cópias que são declaradas autênticas nos termos do art. 365, inc. IV e art. 544, parágrafo primeiro, in fine, ambos do CPC.

<sup>5</sup> Art. 12. Poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo. § 1º A requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, poderá o Presidente do Tribunal a que competir o conhecimento do respectivo recurso suspender a execução da liminar, em decisão fundamentada, da qual caberá agravo para uma das turmas julgadoras, no prazo de 5 (cinco) dias a partir da publicação do ato.

<sup>6</sup> Art. 4º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. (grifos acrescidos).



pleitear a suspensão dos efeitos da liminar concedida em sede de ação civil pública, nas hipóteses em que este *decisum* venha causar lesão aos valores acima enumerados.

Por necessário, colaciona-se a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>7</sup>:

*Atualmente, contudo, o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede provimento de urgência contra a Fazenda Pública ou quando a sentença contém efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo. É que, sempre que se concede uma ‘cautela’ contra o Poder Público, se admite, em contrapartida, uma contracautela. O pedido de suspensão é, pois, a contracautela que se confere à Fazenda Pública. Daí se pode dizer que, hoje em dia, há a suspensão de liminar, a suspensão de segurança, a suspensão de sentença, a suspensão de acórdão, a suspensão de cautelar, a suspensão de tutela antecipada e assim por diante”. (grifos nossos e destaques como no original).*

Segundo disposto na norma de regência que prevê seu regramento e a doutrina acerca do tema, o pedido de suspensão de liminar processa-se mediante requerimento dirigido ao Presidente do Tribunal competente para apreciar os recursos que a decisão liminar desafia.

Saliente-se que o pedido de suspensão é apreciado com fulcro em juízo de conveniência e oportunidade do Presidente da Corte, que examina a ocorrência da lesão aos institutos indicados.

Nas palavras da ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal, ELLEN GRACIE NORTHFLEET<sup>8</sup>:

---

<sup>7</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008, p. 465.

<sup>8</sup> *in* Suspensão de Sentença e de Liminar, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ed. RT, nº 2, julho-dezembro 1998, págs. 168/176)

*O requerimento de suspensão não constitui, portanto, recurso e, menos ainda ação. Nele não há espaço para contraditório, ainda que o Presidente possa, a seu exclusivo critério, ouvir a parte requerida e o órgão do Ministério Público (parágrafo 2º do art. 4º da Lei 8.437/92). De tudo isso se conclui que nesta excepcional autorização, a Presidência exerce atividade eminentemente política avaliando a potencialidade lesiva da medida concedida e deferindo-a em bases extra-jurídicas. Porque não examina o mérito da ação, nem questiona a juridicidade da medida adotada, é com discricionariedade própria de juízo de conveniência e oportunidade que a Presidência avalia o pedido de suspensão.*

*In casu*, tem-se que a decisão proferida pelo Exmo. Juiz da XX Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXX nos autos de ação civil pública nº XXXXXXXX-XX, XXXX.X.XX.XXXX, que determinou a interdição imediata da Cadeia Pública da localidade, ofende a ordem e a economia públicas, consoante os argumentos que abaixo serão alinhavados.

É desta decisão que se objetiva retirar a eficácia até o trânsito em julgado do processo em que restou proferida, o que se sustenta pelas razões a seguir dispostas.

### 3. Da grave lesão à ordem e economia públicas

Exmo. Sr. Desembargador-Presidente, premente se mostra a necessidade de suspender a eficácia da decisão prolatada, visto que gritante se mostra a lesão à ordem e à economia públicas.

Tem-se que a ordem pública restou violada em razão de que (i) não é possível ao Poder Judiciário determinar a execução de obras em cadeias públicas; e, alternativamente, (ii) só é possível ao Poder Judiciário determinar prestações materiais ao Poder Executivo se este encontrar-se omissa em seu dever constitucional. O fundamento de ambos os argumentos é a

inobservância *ao princípio da separação dos Poderes*, estabelecido no art. 2º da CF.

Quanto à *ofensa à economia pública*, tem-se que o *efeito multiplicador* das interdições leva ao engessamento do orçamento e à retirada da discricionariedade do administrador público quanto à execução da política pública, que deverá utilizar as receitas obtidas somente para o atendimento das decisões advindas do Poder Judiciário.

É o que se passa a demonstrar.

No desiderato de aclarar o conceito de ordem pública, colaciona-se valiosa lição de Hely Lopes Meirelles<sup>9</sup>:

*Interpretando construtivamente e com largueza a “ordem pública”, o então presidente do TFR e atual Ministro do STF José Néri da Silveira explicitou que nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas. Realmente, assim há que ser entendido o conceito de ordem pública para que o Presidente do Tribunal competente possa resguardar os altos interesses administrativos, cassando liminar ou suspendendo os efeitos da sentença concessiva de segurança quando tal providência se lhe afigurar conveniente e oportuna.*  
(grifos acrescidos e destaques como no original).

Assim, ordem pública deve ser entendida como a ordenação da sociedade a fim de trazer segurança, saúde e tranquilidade para todo o seio social por intermédio do Ente Público constituído mediante o exercício soberano do povo, administrado por seus representantes eleitos para tal atividade. *Ordem pública também está relacionada à distribuição*

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança. 27ª ed. atual. e compl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89.

das funções estatais entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, sua harmonia e independência.

Por tal razão, para que uma decisão judicial atinja ou lesione a ordem pública, basta que desmereça o relacionamento existente entre os Poderes, não observando a independência entre eles, ingerindo indevidamente um Poder<sup>10</sup> em outro.

A segurança pública (objeto do presente PSL) é atividade pública e jurídica, conhecida ou externada como poder de polícia, que visa à preservação do direito objetivo, da ordem pública, da segurança coletiva, que é exercida na forma de colaboração entre os poderes constituídos do Estado, nas três esferas de governo (art. 144, §§ 1º ao 8º, CF).

Ainda, tem-se que em matéria de segurança as normas constitucionais têm enorme conteúdo programático e não comando direto, passível de imputação de responsabilização administrativa ou criminal por desobediência. Nesse diapasão, deve-se lembrar que só as normas de comando direto e/ou autoaplicáveis outorgam ao Judiciário o poder de determinar seu implemento pelo Poder Executivo.

No caso em tela diante de comando constitucional programático, qualquer ação ou investimento há de ser implementado por políticas públicas, que não se desenvolvem através de ações isoladas, seja no que concerne à alocação de recursos, seja no que tange à sua execução propriamente dita junto ao cidadão.

A característica primordial de qualquer política pública, indubitavelmente, repousa no fato de que é efetuada e executada através de um complexo de medidas de ordem administrativa, como de ordem legal, razão pela qual eventual apreciação pelo Poder Judiciário de um

---

<sup>10</sup> Ou função estatal, como modernamente se denomina.



caso isolado, ou de uma única faceta do programa, implica em verdadeira ingerência na competência do executivo, pondo em risco a própria finalidade para o qual foi instituído.

Delimitada a segurança pública como feito, na qual insere-se o sistema penitenciário/carcerário, e, cotejada com a jurisprudência aplicável à espécie, tem-se que a ordem pública restou violada pela decisão que se busca retirar a eficácia.

Sr. Presidente, o *e. Pretório Excelso possui* firme, atual e específica *jurisprudência* acerca da matéria, *no sentido de proibir-se qualquer determinação advinda do Poder Judiciário para realização de obras em cadeia pública*, sob pena de malferir-se o princípio da separação dos poderes (art.2º da CF).

Nesse sentido, para não se alongar desnecessariamente, transcreve-se as seguintes decisões:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM CADEIA PÚBLICA: CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.*

[...]

*Este Supremo Tribunal assentou que a determinação, pelo Poder Judiciário, de realização de obras em cadeia pública contraria o art. 2º da Constituição da República.*

[...]

*Pelo exposto, dou provimento ao recurso extraordinário (art. 557, 1º-A, do Código de Processo Civil e art. 21, § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).*

(STF, RE 650085, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, *julgado em 01/09/2011*, publicado em DJe-177 DIVULG 14/09/2011 PUBLIC 15/09/2011). (grifos nossos).

*Todavia, no que concerne à violação ao art. 2º da Constituição*

*Federal, assiste razão à parte recorrente, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O Min. Eros Grau bem ressaltou sobre a matéria no RE 422.298/PR, DJ 07.8.2006, nos seguintes termos: “3. A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE nº 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05.” Ainda, nesse sentido cito o RE 403.806/PR, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007 e o RE 401.758/GO, rel. Min. Gilmar Mendes, Dje 06.3.2008. 7. O acórdão recorrido divergiu desse entendimento. 8. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço em parte do recurso extraordinário e nessa parte dou-lhe provimento para julgar improcedente a ação civil pública. (STF, RE 279455, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 05/03/2010, publicado em Dje-048 DIVULG 16/03/2010 PUBLIC 17/03/2010). (grifos nossos).*

*Trata-se de suspensão de segurança, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado da Bahia, contra decisão proferida pela relatora perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, Des. Sara Silva de Brito, nos autos do Agravo de Instrumento nº 9.502-2/2008, que deferiu antecipação de tutela recursal em desfavor do Estado da Bahia.*

[...]

*A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis 4.348/64, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI/STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional. Assim, é a natureza constitucional da controvérsia que justifica a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido de contracautela, conforme a pacificada jurisprudência desta Corte, destacando-se os seguintes julgados: Rcl 497-AgR/RS, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, DJ 06.4.2001; SS 2.187-AgR/SC, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 21.10.2003; e SS 2.465/SC, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 20.10.2004. Na ação civil pública*

*originária discute-se, entre outros aspectos, a violação, ou não, ao disposto nos arts. 5º, 6º e 144, além dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Não há dúvida, portanto, de que a matéria em discussão possui índole constitucional. Feitas essas considerações preliminares, passo à análise do pedido, o que faço apenas e tão-somente com base nas diretrizes normativas que disciplinam as medidas de contracautela. Ressalte-se, não obstante, que, na análise do pedido de suspensão de decisão judicial, não é vedado ao Presidente do Supremo Tribunal Federal proferir um juízo mínimo de deliberação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS 846-AqR/DF, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 29.5.96; SS 1.272-AqR/RJ, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 18.5.2001. O art. 4º da Lei 4.348/64 autoriza o deferimento do pedido de suspensão de segurança concedida nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. No caso, entendo que está devidamente demonstrado o risco de grave lesão à ordem pública, visto que a decisão impugnada, proferida em juízo liminar, interfere na forma como o Estado da Bahia garante a sua segurança pública, o que é competência do Poder Executivo. De fato, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que cabe ao Poder Executivo definir a forma de garantir o direito à segurança pública no Estado. Nesse particular, cito os seguintes precedentes: RE nº 365.299, Rel. Carlos Velloso, DJ 9.12.2005; RE nº 431.160, Rel. Eros Grau, DJ 7.8.2006; RE nº 403.806, Rel. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007; RE nº 401.758/GO, Rel. Gilmar Mendes, DJ 5.3.2008. Ademais, também está presente a probabilidade de concretização do denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AqR/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 11.10.2001), ante a possibilidade de multiplicação de medidas liminares em demandas que contenham objeto semelhante. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão antecipatória de tutela recursal proferida pela relatora perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, Des. Sara Silva de Brito, nos autos do Agravo de Instrumento nº 9.502-2/2008.*

(STF, SS 3600/BA, Min. Presidente Gilmar Mendes, julgamento 01/07/2008, DJE 143 de 04/08/2008). (grifos nossos).

*A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública. Nesse sentido, o RE nº 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF.” No mesmo sentido, monocraticamente, o RE 403.806, Rel. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007, e o RE 365.299, Rel Carlos Velloso, DJ 9.12.2005. Assim, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do CPC). (STF, RE 401758, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 22/02/2008, publicado em DJe-040 DIVULG 05/03/2008 PUBLIC 06/03/2008). (grifos nossos).*

*1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e assim ementado: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ESTADO DO PARANÁ - SEGURANÇA PÚBLICA - CONSTRUÇÃO DE CELAS NA CADEIA PÚBLICA - DELEGADO DE POLÍCIA E SERVIDORES (CARCEREIROS, INVESTIGADORES E ESCRIVÃO). ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO - OBRIGAÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE SEIS CELAS - QUADRO DE SERVIDORES - 3 CARCEREIROS, 1 ESCRIVÃO, PERMANÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA E INVESTIGADORES. AGRAVO RETIDO - PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO, AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE INVASÃO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA. IMPROVIMENTO DO RECURSO.” (Fl. 222). O recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, alega violação ao artigo 2º, da Constituição Federal, enquanto a obrigação de fazer imposta pelo Judiciário feriu a independência dos Poderes, porque se traduz em usurpação de competência do Executivo, que, no exercício do poder discricionário, decide como empregar os recursos orçamentários na consecução de políticas urbanas. 2. Consistente o recurso. Em caso análogo, esta Corte assim decidiu [...] (RE nº 365299, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 09.12.2005. No mesmo sentido, RE nº 422298, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 28.06.2006). 3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação civil pública.*

(STF, RE 403806, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, *julgado em 30/07/2007*, publicado em DJ 22/08/2007 PP-00077). (grifos nossos).

*A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública.*

[...]

*Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF.*

(STF, RE 422298, Relator(a): Min. EROS GRAU, *julgado em 28/06/2006*, publicado em DJ 07/08/2006 PP-00084). (grifos nossos).

*A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo.*

[...]

*É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento.*

(STF, RE 365299, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CARLOS VELLOSO, *julgado em 16/11/2005*, publicado em DJ 09/12/2005 PP-00086). (grifos nossos).

Destoante não se revela a jurisprudência de nossa e. Corte Local de Justiça:

*E M E N T A – AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONSTRUÇÃO E INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PARA CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME SEMIABERTO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA – INDEFERIMENTO – RECURSO NÃO PROVIDO.*

*Não havendo razões que justifiquem a reforma do julgado, deve ser mantida a decisão agravada regimentalmente.*

(TJMS, Agravo Regimental em Agravo - Nº 2011.027774-6/0001-00, Rel. Des. Julizar Barbosa Trindade, Segunda Turma Cível,  *julgamento em 08/11/11*, DJ 2.539 de 11/11/2011).

*E M E N T A – AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO – DECISÃO QUE DE*

*PLANO NEGA SEGUIMENTO AO AGRAVO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – POSSIBILIDADE NO PROCESSO PENAL – INEXISTÊNCIA DE NULIDADE – DECISÃO QUE MANTÉM INDEFERIMENTO DE LIMINAR PARA INTERDITAR CADEIA PÚBLICA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA – DECISUM MANTIDO – RECURSO IMPROVIDO.*

*É admissível na jurisprudência desta Corte, bem como na dos Tribunais Superiores, a possibilidade do relator julgar monocraticamente com a aplicação analógica do artigo 557 do Código de Processo Civil, com fulcro no artigo 3º do Código de Processo Penal.*

*Mantém-se a decisão que negou seguimento ao recurso de agravo e, conseqüentemente, manteve o decisum proferido pelo juízo a quo, que indeferiu o pedido de tutela antecipada para a interdição da Cadeia Pública da Comarca, ante a ausência de demonstração dos requisitos autorizadores para o pleito de urgência.*

*(TJMS, Agravo Regimental em Agravo Criminal, Nº 2012.001446-0/0001-00, Relator -Exmo. Sr. Des. Manoel Mendes Carli, Segunda Câmara Criminal, juízo em 27/02/2012, DJ 2.600 de 02/03/2012)*

Não destoando do entendimento ora externado, o e. TJMG posicionou-se:

*EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO CONFIGURADO - PRESOS CONDENADOS RECOLHIDOS EM CADEIA PÚBLICA - SUPERLOTAÇÃO - TRANSFERÊNCIA PARA OUTRO ESTABELECIMENTO PRISIONAL - AMPLIAÇÃO DO NÚMERO DE CELAS - POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER IMPOSTA PELO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. O Ministério Público está legitimado a defender direitos individuais homogêneos, quando tais direitos, visualizados em uma dimensão coletiva, têm repercussão no interesse público. A transferência de presos condenados, recolhidos em cadeia pública, para outro estabelecimento prisional e a obrigação de o Poder Público de ampliar o número de celas, por critério de oportunidade e conveniência, consistem em atividades próprias do Poder Executivo Estadual. Caso contrário, haverá ofensa aos princípios da legalidade e o da separação dos poderes.*

*(TJMG, APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0344.08.040974-3/003, RELATOR:*

*EXMO. SR. DES. EDILSON FERNANDES, 6ª CÂMARA CÍVEL, juízo em 11/01/2011, DJ de 28/01/2011). (grifos nossos).*

Por fim, colaciona-se o firme posicionamento estabelecido pelo maior Tribunal de Justiça do país, o e. TJSP, responsável por dirimir os conflitos atinentes ao mais amplo e complexo sistema penitenciário da Federação:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Remoção de presos de cadeia pública “Determinação da remoção de presos excedentes que prejudicará severamente a população carcerária de outros estabelecimentos penais” (esta C. Câmara, Ap. 375.746.5/3, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior, voto 4425) - Competência da Administração Pública, ou seja, do Poder Executivo tomar as medidas cabíveis. Reexame necessário e recurso providos para julgar improcedente a ação.*

*(TJSP, APELAÇÃO Nº 0071422-44.2009.8.26.0576, Relator Francisco Vicente Rossi, 11ª Câmara de Direito Público, juízo em 06/02/2012, DJe 1127 de 22/02/2012). (grifos nossos).*

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA Interdição da Cadeia Pública Feminina de Lutécia, transferência de presas, reformas que visam à melhoria das condições de saúde e higiene, tudo sob pena de multa diária em caso de descumprimento Possibilidade Embora a fiscalização e a apreciação de eventual pedido de interdição de estabelecimento prisional caibam ao Juízo das Execuções Criminais, não se trata de competência exclusiva e, portanto, não afasta a atuação do Ministério Público Carência da ação não configurada. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Alegação de impossibilidade da imposição de obrigação ao Executivo pelo Judiciário. Não pode o Poder Judiciário determinar ao Executivo o cumprimento das medidas impostas na r. sentença, o que importa em ofensa ao princípio da separação dos poderes Precedentes do C. STJ. Sentença reformada Recurso provido.*

*(TJSP APELAÇÃO CÍVEL, Nº 0004365-35.2008.8.26.0417, Relator(a): Rebouças de Carvalho, 9ª Câmara de Direito Público, juízo em 15/02/2012, DJe 1127 de 22/02/2012). (grifos nossos).*

*EMBARGOS INFRINGENTES Ação Civil Pública Remoção e limitação de presos em cadeia pública Cidade de Colina. Não obstante a*

caótica situação dos presídios, as políticas públicas devem ser tomadas pelo Poder Executivo de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 a 167 da Constituição Federal. Jurisprudência do E. STF. Embargos rejeitados.

(TJSP, Embargos infringentes 0000787-16.2008.8.26.0142/50000, Relator(a): Samuel Júnior, 2ª Câmara de Direito Público, julgado em 16/08/2011, Dje 1020 de 22/08/2011). (grifos nossos).

Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública, objetivando a interdição de Cadeia Pública. Precariedade das instalações e superlotação. Demanda julgada procedente. Recurso da Fazenda Pública buscando a inversão do julgado. Admissibilidade. Incurção do Poder Judiciário em esfera de critérios de conveniência e oportunidade que só ao Poder Executivo incumbe deliberar. Recurso provido para julgar improcedente a Ação Civil Pública.

(TJSP, Apelação 9257260-25.2005.8.26.0000, Relator(a): Aroldo Viotti, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 02/05/2011, Dje 951 de 13/05/2011). (grifos nossos).

INTERDIÇÃO DE CADEIA PÚBLICA. Ação Civil Pública - Pretensão de interdição da Cadeia Pública de Capão Bonito com remoção dos presos a outro estabelecimento prisional - Ausência de interesse de agir - Determinação da remoção de presos excedentes que prejudicará severamente a população carcerária de outros estabelecimentos penais - Competência da Administração Pública, mais especificamente, do Poder Executivo, para tomar as medidas cabíveis - Sentença reformada. Recurso do autor desprovido, recursos oficial e voluntário da ré providos.

(TJSP, Apelação nº 994.04.010700-0, Relator: Oscild de Lima Júnior, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/11/2010, Dje 832 de 16/11/2010). (grifos nossos).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Sumaré. Cadeia Pública. Reforma e adequação das instalações existentes. - 1. Competência. A competência administrativa do Juiz das Execuções Criminais não exclui a competência jurisdicional dos demais juizes. - 2. Possibilidade jurídica do pedido. As condições da ação se aferem pelo que a inicial contém, abstraída as razões do autor. Ordenamento não veda os pedidos feitos, cabendo ao juiz deferir, na sentença, o que for pertinente. - 3.

*Nulidade da sentença. A sentença analisou o pedido e fundamentou a decisão; inexistente a nulidade a declarar. Eventual contradição pode ser resolvida nesta instância sem que haja prejuízo às partes. - 4. Obrigação de fazer - A jurisprudência vem se inclinando no sentido de que não cabe ao juiz interferir nas prioridades do Executivo com relação à realização de obras e destinação do dinheiro público, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes (CF, art. 2o) e à necessidade de prévia dotação orçamentária (CF, art. 167). Não se vê fundamento para o juiz, ao invés do administrador, definir a ordem em que essas reformas e construções serão realizadas. - 5. Cadeia pública. Não se admite que o prédio seja mantido nas condições de insalubridade e insegurança que os autos descrevem, nem que os presos sejam submetidos à superlotação e ao tratamento desumano ali existente. Necessidade de adoção de providências pelo Juiz Corregedor dos Presídios, com vistas à limitação da lotação e à eventual interdição do presídio. - Procedência. Apelo voluntário e reexame necessário providos para julgar a ação improcedente. (TJSP, Apelação 994.04.058117-9, Relator(a): Torres de Carvalho, 10ª Câmara de Direito Público, juízo em 29/03/2010, DJe 685 de 06/04/2010). (grifos nossos).*

*Ação Civil Pública. Ação ajuizada pelo Ministério Público em face do Estado de São Paulo. Carência de ação não configurada. Administrativo. Superlotação em cadeia pública. Pedido de remoção de presos excedentes ao número de lotação da cadeia pública e reforma no estabelecimento. Providências submetidas à discricionariedade administrativa. O controle amplo, compreendendo atos decorrentes de atividade administrativa, não significa que possa o Judiciário, nas hipóteses referidas, modificar os critérios subjetivos que nortearam esses atos, operando uma substituição à vontade administrativa, através de eleição de outros critérios. A questão carcerária não foi tratada de forma expressa e determinada do Constituinte Federal, não se referindo, portanto, a “direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”, pelo que inviável a “judicialização” de sua solução. Sentença reformada. Recurso provido para julgar improcedente o pedido. (TJSP, Apelação 994.06.045878-5, relator José Santana, 8ª Câmara de Direito Público, juízo em 29/09/2010, DJe 807 de 01/10/2010). (grifos nossos).*

No caso em tela, como se identifica, há ingerência do Poder Judiciário em função típica do Poder Executivo, intervenção esta que obsta, nas palavras do mestre administrativista alhures citado, “a normal execução do serviço público” e o “devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas” no que concerne à administração do sistema carcerário/penitenciário estadual, já que é de conhecimento público e notório de que não há recursos públicos suficientes para o atendimento em todas as frentes da administração pública de forma ideal.

*Ad argumentandum tantum*, caso não seja este o entendimento acolhido, passa-se a aduzir tese alternativa ainda pertinente à lesão à ordem pública em virtude da inegável ingerência do Poder Judiciário nas competências do Poder Executivo, em desrespeito ao expressamente disposto no art. 2º da CF.

Segundo delimitado pelo e. STF na ADPF nº 45, somente será possível ao Poder Judiciário determinar a realização de prestações materiais pelo Poder Executivo quando este encontrar-se omissa no cumprimento de seus encargos político-jurídicos.

Para mais esclarecer o que ora se argumenta, transcreve-se o aludido paradigmático julgamento:

*EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”.*

*VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). [...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. [...] Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (STF, ADPF 45 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 29/04/2004, publicado em DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191). (não se registram grifos no original).*

O e. Tribunal de Justiça local, ao enfrentar a questão, não se posicionou de maneira discrepante.

Veja-se a *Apelação nº 2011.024913-2, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Fernando Mauro Moreira Marinho, julgado em 10/01/2012, que consignou: “Por outro lado, entendo que a utilização do Princípio da Reserva do Possível, no presente caso, não possui consistência. De acordo do que restou salientado no pronunciamento jurisdicional, a situação de extrema gravidade visualizada no sistema carcerário de Rio Verde de Mato Grosso persiste há anos, não tendo o ente estatal adotado nenhuma medida hábil a saná-la”.*

Nos autos de *Agravo nº 2010.019293-3, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Rêmolio Letteriello, julgado em 26/10/2010, grafou-se que “Segundo a orientação remansosa da Corte Suprema, é dado ao Judiciário repreender a omissão estatal de implementação das políticas públicas de proteção*

*à criança e ao adolescente, garantindo assim a eficácia e a integridade de direitos sociais assegurados pela Constituição Federal”.*

Neste mesmo sentido a jurisprudência do e. TJMG:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CONDENAÇÃO DO ESTADO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER - REEXAME NECESSÁRIO - CADEIA PÚBLICA - AUSÊNCIA CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SEGURANÇA, SALUBRIDADE E HIGIENE - OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA - PEDIDO DE INTERDIÇÃO E REALIZAÇÃO DE REFORMA - DECISÃO EXTRA PETITA - INOCORRÊNCIA - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERDIÇÃO PELO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS DA COMARCA - DESNECESSIDADE PARA O MANEJO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CERCEAMENTO DE DEFESA - INOCORRÊNCIA - INTERDIÇÃO - POSSIBILIDADE - DETERMINAÇÃO DE REFORMA DAS INSTALAÇÕES FÍSICAS DA CADEIA - POSSIBILIDADE - DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INOCORRÊNCIA - PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL - INAPLICABILIDADE QUANDO A OMISSÃO ATENTAR CONTRA OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS - FIXAÇÃO DE MULTA EM FACE DO ENTE PÚBLICO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA EM REEXAME NECESSÁRIO - PREJUDICIALIDADE DO RECURSO VOLUNTÁRIO.*

(TJMG, Apelação 1.0071.09.043142-1/001, Relator: Des.(a) SANDRA FONSECA, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 14/06/2011, DJ de 12/08/2011). (grifos nossos).

*CONSTITUCIONAL. MANDADO SEGURANÇA. CADEIA PÚBLICA. AUSÊNCIA CONDIÇÕES MÍNIMAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE PESSOA HUMANA. INTERDIÇÃO. POSSIBILIDADE. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. Restando demonstrado, inequivocamente, que a cadeia pública não reúne as condições mínimas necessárias ao seu regular funcionamento, representando não só um desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana bem como um perigo para toda a coletividade, que se vê amedrontada com a possibilidade de novas fugas, irretocável a atitude da autoridade coatora de decretar a sua interdição. Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal, a atribuição de tal incumbência ao Poder Judiciário, ainda*

que em hipóteses excepcionais, não configura qualquer desrespeito ao princípio da separação dos poderes, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional. (ADPF 45) (TJMG, MS 1.0000.08.479367-8/000, Relator: Des.(a) MARIA ELZA, 5ª CÂMARA CÍVEL, julgado em 30/04/2009, DJ de 20/05/2009). (grifos nossos).

Em mais uma oportunidade, vale-se do entendimento consolidado no e. TJSP:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA. CADEIA PÚBLICA DE JUNDIAÍ. PRETENSÃO MINISTERIAL DE REMOÇÃO DOS PRESOS DEFINITIVOS PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL ADEQUADO, BEM COMO A REMOÇÃO DOS PRESOS PROVISÓRIOS QUE ULTRAPASSAREM A CAPACIDADE MÁXIMA DO LOCAL. INTERDIÇÃO REQUERIDA PARA O FIM DE NÃO PERMITIR QUE NOVOS PRESOS SEJAM ADMITIDOS. ADMISSIBILIDADE. O RECONHECIMENTO DO DEVER ESTATAL DE PROVER AOS PRESOS CONDIÇÕES MÍNIMAS DE SALUBRIDADE RESVALA, POR VIA TRANSVERSA, NA MANUTENÇÃO ADEQUADA DA ORDEM E SEGURANÇA PÚBLICAS. TUTELA JURISDICIONAL QUE NÃO FERE O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES, REAFIRMADA A IDEIA DE “GOVERNO CONSTITUCIONAL”. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDOS.* (TJSP, Apelação 9189952-35.2006.8.26.0000, Relator: FERMINO MAGNANI FILHO, julgamento em 10/10/2011, Dje 1061 de 20/10/2011).

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Cadeia Pública - Interdição - Reformas - Ato discricionário - Obrigação de fazer - Impossibilidade: — Não demonstrado o descumprimento de dever legal pela Administração, não pode o Judiciário impor-lhe obrigação de fazer obras especificadas.* (TJSP, Embargos Infringentes nº 994.04.058117-9/50000, Relator(a): Teresa Ramos Marques, 10ª Câmara de Direito Público, julgado em 08/11/2010, DJe 869 de 11/01/2011). (grifos nossos).

Do até o momento demonstrado, revela-se inegável a interferência do Poder Judiciário nas competências do Poder Executivo, em translúcida inobservância ao disposto no art. 2º da CF, vez que, realizado o cotejo entre garantias individuais e os princípios que norteiam a Administração Pública, tem-se que a *Administração não está inerte*, já que tem prestado à coletividade um serviço de segurança pública adequado (nele contido a política penitenciária), mesmo que minimizado pelo *princípio da reserva de possível*, porque não se pode olvidar que os recursos públicos são finitos.

A mencionada *teoria da reserva do possível* consagra que a efetivação dos direitos sociais e individuais condiciona-se a limitações de ordem econômica e orçamentária, de forma que só poderá requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, que atenda aos requisitos objetivos para sua fruição.

E é o que efetivamente se constata *in casu*.

No presente caso, pertinente à realização de política pública carcerária/penitenciária (inserida na política pública de segurança), *mister faz-se que se confira à questão uma visão em sua perspectiva macro (nível estadual)*, em razão do que é possível que se destaque uma ou outra deficiência pontual (nível local).

Comunga deste entendimento o e. CNJ:

RECURSO ADMINISTRATIVO NO PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS – NATUREZA JURÍDICA – COMPETÊNCIA – ENFOQUE MACRO DO PROBLEMA PRISIONAL – IMPROVIMENTO

*I. A decisão que decreta a interdição de estabelecimentos prisionais é de natureza administrativa e não jurisdicional, não sendo desafiável por meio do recurso de agravo em execução (art. 197 da LEP), consoante entendimento do STJ (MC nº 5220/MG e RMS nº 4059/RS). Analogia com a natureza jurídica da decisão que transfere presos, igualmente consubstanciadora de ato administrativo (STF:*

*HC nº 64347/SP e HC nº 67221/PR; STJ: CC nº 40326/RJ).*

*II. Sendo administrativo, submete-se ao controle hierárquico da Administração e compete ao juízo da execução criminal, desde que observadas as formalidades e procedimentos, caso regulamentados, do Tribunal de origem. Exegese conjugada dos arts. 65 e 66, VIII, da LEP.*

*III. O enfoque a ser dado ao problema da superpopulação prisional transcende os limites pontuais em cada caso, porquanto é macro, sistêmico, mundial e complexo. Não pode ser abordado isoladamente, mas sim receber tratamento conjunto de todos os órgãos setoriais envolvidos dos Poderes Judiciário e Executivo, por meio dos canais competentes, sob pena de usurpação da competência originária para formulação das políticas públicas de Administração Penitenciária, ocasionando violação ao princípio da separação dos Poderes (art. 2º da CF/88) e à cláusula da reserva do possível (APDF nº 45).*

*IV. A situação em tela trata à toda evidência de hipótese de interdição, independentemente do nomen juris que seja conferido pela requerente (“regularização do funcionamento da unidade prisional”), porquanto o resultado prático é rigorosamente o mesmo que o resultado objurgado no julgamento citado.*

*V. Recurso administrativo a que se conhece, por tempestivo, mas se nega provimento.*

*(CNJ, RECURSO ADMINISTRATIVO no PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO Nº 20081000008454, Rel. CONSELHEIRO JORGE ANTONIO MAURIQUE, julgamento em 14/08/2008, DJ de 01/09/2008).*

No mesmo diapasão o julgamento proferido pelo e. TJSP nos autos de Agravo de Instrumento sob nº 0379657-69.2010.8.26.0000, julgado em 26/01/2011: *“O tema da construção de presídio e da alocação de presos em cadeias públicas ou unidades prisionais não e tema local, é tema que está afeto às outras esferas de federativas: Estado-membros e União. Se é assim em relação ao conteúdo dos atos estatais municipais, quer sejam eles legislativos e executivos é também em relação aos autos judiciários, que somente podem ser tomados no âmbito estadual ou nacional globalmente considerada a questão. Os demais municípios do Estado não estão em situação melhor, em relação às cadeias públicas e o estado também não, em relação aos ‘CPDs’”.*

Tal enfoque macro se faz necessário para que não se agrave o problema de superpopulação carcerária nas demais unidades prisionais do Estado, vez que todas elas encontram-se intrinsecamente relacionadas e acima de suas capacidades originariamente projetadas. Corroborando o ora argumentado, colaciona-se excerto do e. TJSP:

*AGRAVO DE INSTRUMENTO - Ação Civil Pública - Decisão que deferiu a interdição de estabelecimento prisional e determinou a remoção de presos para outras unidades prisionais, no prazo de 3 dias, sob pena de multa diária - Impossibilidade de cumprimento da decisão, sob pena de se agravar ainda mais a situação de outras Cadeias Públicas do Estado que enfrentam os mesmos problemas - Em observância ao princípio da razoabilidade, deve a ré abster-se de receber qualquer preso na Cadeia – Recurso parcialmente provido.*

(TJSP, AI 990.10.210954-2, Relator(a): Maria Laura Tavares, 11ª Câmara de Direito Público, julgado em 13/12/2010, DJe 874 de 18/01/2011).

Realizado este introito, necessário para delimitar as hipóteses em que autorizada se encontra a ingerência do Poder Judiciário na execução de políticas públicas do Poder Executivo – isto é, somente quando constatada omissão estatal quanto a determinada política pública cuja obrigação se consubstancie em prestações materiais, analisada esta de sua perspectiva macro –, passa-se a demonstrar a existência de política pública carcerária/penitenciária da atual gestão do Poder Executivo (2007 – 2012) e os frutos dela já advindos.

Sr. Presidente, não é possível se imputar inércia ou omissão ao Estado de Mato Grosso do Sul no que concerne a sua política pública carcerária/penitenciária.

Como se pode observar do anexo *Relatório de Monitoramento das Ações do Plano Diretor do Sistema Penitenciário, datado de Novembro/2011*, tem-se que todas as ações pertinentes ao sistema penitenciário estadual são

objeto de prévio estudo e planejamento, para, a partir daí, buscarem-se os recursos necessários à sua implementação.

Evidenciada, desta feita, a existência de uma política pública planejada e coordenada às finalidades almejadas.

Como fruto desta política pública, tem-se que, desde o início de 2007 até o presente momento, foram e estão sendo investidos, somente em construção, reforma e ampliação do sistema penitenciário estadual (presídios), o montante de R\$ 45.689.207,00, advindos do Tesouro Estadual e de convênios firmados com a União, por intermédio do Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN.

Tal quantia foi utilizada para a realização das seguintes obras:

Municípios	Ação – Sistema Penitenciário/ Construção / Reforma e Ampliação	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Dourados	Cadeia Linear Lateral da Penitenciária Harry Amorim Costa – PHAC	R\$ 440.237,97	R\$3.062.860,71	Concluída
Dourados	Recuperação da Penitenciária Harry Amorim Costa – PHAC	R\$ 235.261,91	R\$2.352.619,00	Concluída
Dourados	Reforma da Cobertura da Penitenciária Harry Amorim Costa – PHAC	R\$ 110.008,64	–	Concluída
Campo Grande	Cadeia Linear Lateral da Penitenciária de Segurança Máxima – EPSM	R\$ 298.830,43	R\$2.988.304,30	Concluída
Campo Grande	Recuperação da Penitenciária de Segurança Máxima – EPSM	R\$ 235.251,91	R\$2.352.519,10	Concluída
Campo Grande	Reforma nas celas do Pavilhão da Penitenciária de Segurança Máxima – EPSM e Sistema Elétrico – Gerador de Força	R\$ 107.033,12	–	Concluída
Paranaíba	Reforma da cobertura do Estabelecimento Penal de Paranaíba	R\$ 44.274,12	–	Concluída

Municípios	Ação – Sistema Penitenciário/ Construção / Reforma e Ampliação	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Dois Irmãos do Buriti	Complementação de recursos para conclusão da Penitenciária de Dois Irmãos do Buriti	R\$ 896.075,55	–	Concluída
Campo Grande	Reforma e Ampliação da Colônia Penal Agrícola	R\$ 266.662,75	–	Concluída
Campo Grande	Projeto Ambiental do Complexo Penitenciário – Gameleira	R\$ 32.866,24	–	Concluído
Campo Grande	Construção de Abrigos Para Resíduos da Penitenciária de Segurança Máxima e Presido de Transito	R\$ 34.520,00	–	Concluída
Jardim	Reforma do Estabelecimento Penal de Jardim	R\$ 77.035,33	–	Concluída
Rio Brillhante	Reforma do Estabelecimento Penal Masculino	R\$ 41.548,57	–	Concluída
São Gabriel D' Oeste	Ampliação do Prédio do Estabelecimento Penal	R\$ 208.211,62	–	Concluída
Três Lagoas	Construção do Estabelecimento Penal Semi-Aberto	R\$ 1.814.327,83	–	Concluída
Três Lagoas	Reforma do Estabelecimento Penal Feminino	R\$ 692.377,04	–	Concluída
Campo Grande	Adequação da Rede Interna do Esgoto do Estabelecimento Penal Feminino	R\$ 44.100,00	–	Concluída
Cassilândia	Substituição da Caixa Metálica do Estabelecimento do Estabelecimento Penal de Cassilândia	R\$ 30.554,76	–	Concluída
Amambaí	Substituição da Caixa de Água do Estabelecimento	R\$ 32.869,96	–	Concluída
Campo Grande	Reforma do Instituto Penal	R\$ 744.705,94	–	Concluída
Campo Grande	Construção do Presídio Semiaberto	R\$ 6.727.471,42	–	Concluída



Municípios	Ação – Sistema Penitenciário/ Construção / Reforma e Ampliação	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Campo Grande	Serviços Elétricos no Barracão/ Unidade de Fabricação de Móveis Vila Sobrinho – Obras Física	R\$ 8.370,25	–	Concluídos
Campo Grande	Elaboração de Projeto circuito fechado de TV. da Penitenciária de Segurança Máxima – EPSM - Obras Física	R\$ 14.353,00	–	Concluída
Campo Grande	Elaboração de Projetos para a Obra de Construção da Penitenciária Feminino de Campo Grande	R\$ 313.593,34	–	Concluída
Dourados	Reforma da Muralha da Penitenciária Harry Amorim Costa-PHAC	R\$ 334.999,78	–	Concluída
COMPLEXO PENITENCIÁRIO CAMPO GRANDE	Execução de 3.560 metros de rede coletora, 1600 metros de coletor tronco e 924 metros de linha de recalque e uma estação elevatória. Com previsão e custo de investimento a ser realizado pela Águas Guariroba no valor de R\$ R\$ 2.741.441,36	–	–	Concluída
Corumbá	Reforma e Ampliação do Est. Penal Masculino <i>Vencimento do convênio 30/03/2012</i>	R\$ 239.181,54	R\$ 2.152.633,84	51,83% da obra em andamento
Campo Grande	Construção do Módulo de Assistência à Saúde do Complexo Penitenciário do Jardim Noroeste. Aguardando inauguração <i>Vencimento do convênio 30/05/2013</i>	R\$ 459.152,09	R\$ 693.000,00	Obra concluída
Campo Grande	Ampliação da Cadeia Pública de Campo Grande (Presídio de Trânsito – PTRAN) (130 Vagas) - Outubro/2010 <i>Vencimento do convênio 30/03/2013</i>	R\$ 102.406,81 R\$ 274.909,36	R\$ 921.661,33	Projeto aguardando autorização para licitação.

Municípios	Ação – Sistema Penitenciário/ Construção / Reforma e Ampliação	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Dourados	Construção do Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto Industrial e Agrícola de Dourados/MS (436 vagas) - Outubro/2010 <i>Vencimento do convênio 30/03/2013</i>	R\$ 672.726,68	R\$ 6.054.540,12	Aguardando ordem de serviços para início das obras.
<b>SUBTOTAL</b>		<b>R\$ 15.533.917,96</b>	<b>R\$ 20.578.138,40</b>	–

PROJETOS EM ANDAMENTO / CADASTRADOS NO SICONV DEZEMBRO/2011				
Municípios	Ação – Sistema Penitenciário/ Construção / Reforma e Ampliação	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Aquidauana	Ampliação do Prédio da Cadeia Pública de Aquidauana/MS. Proposta nº. 077419/2011	R\$ 332.815,64	R\$ 1.181.250,00	Aguardando readequação do projeto pela Agesul.
Ponta Porã	Ampliação do Prédio da Cadeia Pública de Ponta Porã/MS. Proposta nº. 077539/2011	R\$ 765.981,66	R\$ 2.362.500,00	Aguardando readequação do projeto pela Agesul.
Dois Irmãos do Buriti	Ampliação do Prédio da Cadeia Pública de Dois Irmãos do Buriti/MS. Proposta nº. 077407/2011	R\$ 393.522,18	R\$ 1.293.750,00	Aguardando readequação do projeto pela Agesul.
Naviraí	Ampliação do Prédio da Cadeia Pública de Naviraí/MS. Proposta nº. 076917/2011	R\$ 414.332,41	R\$ 1.260.000,00	Aguardando readequação do projeto pela Agesul.
Três Lagoas	Ampliação do Prédio da Cadeia Pública de Três Lagoas/MS. Proposta nº. 077519/2011	R\$ 391.749,35	R\$ 1.181.250,00	Aguardando readequação do projeto pela Agesul.
<b>SUBTOTAL</b>		<b>R\$ 2.298.401,24</b>	<b>R\$ 7.278.750,00</b>	–



No que diz respeito, igualmente quanto ao período compreendido entre o início de 2007 até o presente momento, foram e estão sendo investidos, somente em *construção, reforma e ampliação das Cadeias Públicas*, o montante de R\$ 5.092.800,84, advindos do Tesouro Estadual e de convênios firmados.

Tal quantia foi utilizada para a realização das seguintes obras:

Municípios	Ação	Valor	Status
Costa Rica	Constr. da Delegacia de Polícia Civil e Cadeia Pública	R\$ 1.178.000,00	Licitação
Dourados	Reforma da 1ª Delegacia de Polícia Civil	R\$ 180.616,04	Andamento
Corumbá	Reforma sem Ampliação da Delegacia Regional 1º DP	R\$ 317.276,93	Andamento
Campo Grande	Reforma da Unidade Educacional Semiliberdade	R\$ 78.408,28	Andamento
Costa Rica	Construção do Prédio da Polícia Civil/Cadeia	R\$ 1.213.486,35	Andamento
Ponta Porã	Construção do Prédio da Polícia Civil	R\$ 191.429,44	Andamento
Camapuã	Construção do Prédio da Polícia Civil	R\$ 181.786,46	Andamento
Aquidauana	Construção do Prédio da Polícia Civil	R\$ 278.863,67	Andamento
Ap. do Taboado	Refor. e Ampl. do Prédio do Quartel da Polícia Militar	R\$ 206.283,76	Andamento
Aquidauana	Reforma do Prédio da PM no Distrito de Piraputanga	R\$ 73.922,17	Andamento
Bonito	Reforma da DP/Cadeia	R\$ 48.518,95	Andamento
Rio Negro	Reforma da Delegacia da Polícia Civil/Cadeia	R\$ 104.726,03	Andamento
Nova Alvorada	Constr. da Unidade de Segurança Pública PM/PC/Cadeia	R\$ 1.039.482,76	Andamento
<b>TOTAL DE INVESTIMENTOS</b>		<b>R\$ 5.092.800,84</b>	<b>-</b>

No que é pertinente às Unidades Especiais de Internação de Menores (UNEIs), também não se pode sequer ventilar qualquer omissão quanto ao período em apreciação (2007/2012). Nesse lapso temporal o Poder Executivo

investiu e vem investindo o montante total de R\$ 4.678.682,49, advindo do Tesouro Estadual e de convênios firmados com a União para as seguintes obras de ampliação, reforma e construção:

Municípios	Ação – UNEIS	Valor/Governo Estadual	Valor/Governo Federal	Status
Campo Grande	Reforma da Unidade Educacional Semiaberdade/ Los Angeles	R\$ 188.408,55	–	Concluído
Campo Grande	Reforma e Ampliação da Unei/ Dom Bosco	R\$ 423.945,00	–	Concluído
Três Lagoas	Reforma da Unei/Tia Aurora	R\$ 84.575,00	–	Concluído
Ponta Porã	Construção da Unei/Mitai	R\$ 628.609,33	R\$ 1.945.270,51	Concluído
Ponta Porã	Construção do Prédio /Mitai / Alojamento 03 e Passarelas	R\$ 19.506,72	R\$ 322.458,91	Concluído
Campo Grande	Construção do Ambulatório da Unei/Dom Bosco	R\$ 53.986,11	R\$ 215.944,45	Concluído
Dourados	Construção do Ambulatório da Unei/Laranja Doce	R\$ 46.591,37	R\$ 186.365,48	Concluído
Campo Grande e Dourados	Compra de Material Permanente para Ambulatório Unei/ Dom Bosco	R\$ 8.000,00	R\$ 80.000,00	Concluído
Campo Grande	Reforma da EESL Tuiuiú	R\$ 70.000,00	–	Concluído
Corumbá	Construção da UNEI Pantanal	R\$ 1.259.898,82	–	Obra 95%
Dourados	Reforma e Ampliação/ Laranja Doce	R\$ 526.403,30	–	Concluído
Campo Grande	Ampliação e Construção/ Dom Bosco	R\$ 674.000,00	–	Obra 80%
Três Lagoas	Construção	R\$ 1.203.912,18	R\$ 6.000.000,00	Aguardando Licitação
Campo Grande	Reforma da Unei Dom Bosco	R\$ 405.021,06	–	Concluído
<b>TOTAL</b>		<b>R\$ 1.928.643,14</b>	<b>R\$ 2.750.039,35</b>	<b>–</b>



Assevera-se que tais informações foram prestadas pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Justiça e Segurança Pública, consoante documentação anexada.

Destaca-se que a cadeia pública de XXXXXXXXXXXXXXXX teve sua reforma concluída em 03/06/2009, ao custo total de R\$ 94.977,48, sendo que grande parte das deficiências apontadas pelo MPE foram causadas pelos próprios presos (vide fls. 226/229 dos autos originários).

Em virtude da implementação da política pública carcerária/penitenciária, que investiu um total de R\$ 55.460.690,33 nos últimos cinco anos, obteve-se, no quadro evolutivo da quantidade de vagas dos presídios, um acréscimo de quase 55% (nominalmente 2.317 vagas) em relação à quantidade de vagas do final do ano de 2006 (que era de 4.216).

Segue transcrita a informação repassada pela Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública:

Ano	Capacidade	Lotação	Déficit
2006	4.216	9.079	4.863
2007	4.216	9.432	5.216
2008	4.264	10.222	5.958
2009	5.251	9.319	4.068
2010	6.405	9.441	3.036
2011	6.508	10.516	4.008
2012	6.533	10.630	4.097

Sabe-se que tal número ainda não corresponde ao necessário, uma vez que se conta com um déficit de mais de quatro mil vagas. Todavia, consoante

informações consolidadas até junho/2011 pelo Departamento Penitenciário Nacional (documento anexado), o país possui 304.702 vagas nas unidades prisionais sendo ocupadas por 513.802 presos, o que aponta um déficit nacional de 209.100 vagas.

Em proporção, o déficit estadual encontra-se na ordem de 62,71%, revelando-se inferior ao experimentado pelos números gerais do país, na ordem de 68,63%.

Desta feita, o aumento de vagas no sistema penitenciário do Estado corresponde a uma grande vitória, tendo em vista os números pertinentes ao seu orçamento, que, nem de longe, possui “reconhecida capacidade financeira do ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, detentor de enormes orçamentos anuais”, como afirmou o MPE em sua exordial (fls. 13 dos autos primitivos).

Consoante informações prestadas pela *Superintendência de Orçamento e Programas*, órgão integrante da estrutura administrativa da Secretaria de Estado de Meio Ambiente, do Planejamento, da Ciência e Tecnologia (documento anexado), as vinculações às receitas obtidas pelo Estado atingem espantosos 81% do orçamento, restando apenas aproximadamente 19% da arrecadação para fazer frente a todas as demais necessidades da população.

Seguem descritas as fontes de receita estadual e suas vinculações já previamente determinadas:

Receita	% Vincul.	% Total	Destinação	Base Legal	TOTAL
ICMS	25%	25,00	Municípios	Art.158,IV da CF	78,662 %
	25% de 75%	18,75	Educação	Art.212 da CF	
	12% de 75%	9,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15% de 75%	11,25	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85% de 75%	0,637	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7% de 75%	12,525	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5% de 75%	0,375	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5% de 75%	1,125	Precatórios	Emenda nº 62 CF	

Receita	% Vincul.	% Total	Destinação	Base Legal	TOTAL
IPVA	50%	50,00	Municípios	Art.158,III da CF	85,775 %
	25% de 50%	12,50	Educação	Art.212 da CF	
	12% de 50%	6,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15% de 50%	7,50	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85% de 50%	0,425	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7% de 50%	8,35	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5% de 50%	0,25	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
1,5% de 50%	0,750	Precatórios	Emenda nº 62 CF		
ITCD	25%	25,00	Educação	Art.212 da CF	71,55 %
	12%	12,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15%	15,00	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85%	0,85	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7%	16,7	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5%	0,50	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5%	1,50	Precatórios	Emenda nº 62 CF	
IRRF	25%	25,00	Educação	Art.212 da CF	71,55 %
	12%	12,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15%	15,00	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85%	0,85	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7%	16,7	O.Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5%	0,50	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5%	1,50	Precatórios	Emenda nº 62 CF	
FPE	25%	25,00	Educação	Art.212 da CF	71,55 %
	12%	12,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15%	15,00	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85%	0,85	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7%	16,7	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5%	0,50	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5%	1,50	Precatórios	Emenda nº 62 CF	
IPI/EXP	25%	25,00	Educação	Art.212 da CF	71,55 %
	12%	12,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15%	15,00	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85%	0,85	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7%	16,70	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5%	0,50	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5%	1,50	Precatórios	Emenda nº 62 CF	
LEI KANDIR	25%	25,00	Educação	Art.212 da CF	71,55 %
	12%	12,00	Saúde	Art.77 ADCT da CF	
	15%	15,00	Dívida Intra	Lei nº 1.708 de 14/11/96	
	0,85%	0,85	Dívida extra	Leis Estaduais específicas	
	16,7%	16,70	O Poderes(1)	Art.56,110 e 130 CE e LDO's	
	0,5%	0,50	Fundo Ciê. Tec.	Art.42 ADCGT da CE	
	1,5%	1,50	Precatórios	Emenda nº 62 CF	

## Participação dos Outros Poderes no Orçamento

Orgão	2007 inicial	2007	2008 a 2010	2011	2012
Assembleia Legislativa	4,480 %	3,30 %	3,50 %	2,70 %	2,70 %
Tribunal de Contas	2,350 %	1,90 %	2,10%	2,00 %	2,00 %
Tribunal de Justiça	6,835 %	6,30 %	6,30%	6,80 %	6,80 %
Ministério Pub. Estadual	3,492 %	3,20 %	3,30%	3,70 %	3,70 %
PGDP	2,000 %	1,50 %	1,50%	1,50 %	1,50 %
<b>TOTAL GERAL</b>	<b>19,157 %</b>	<b>16,20 %</b>	<b>16,70%</b>	<b>16,70 %</b>	<b>16,70 %</b>

Disto, observa-se que não se encontra o Estado omissivo na execução da política pública pertinente ao caso. Muito ao revés, vez que, demonstrada as parcas e escassas receitas (suficientes apenas para as contrapartidas), tem feito o Estado, em convênios firmados com a União, muitas obras no sentido de ao menos amenizar as prementes necessidades de vagas em estabelecimentos prisionais.

Necessário destacar que a execução da política pública carcerária/penitenciária do Estado não tem passado despercebida pelo Poder Judiciário.

Nos autos de Agravo Regimental em Agravo nº 2011.035901-7/0001-00, relatado pelo Exmo. Sr. Des. Paulo Alfeu Puccinelli, julgado em 31/01/2012, restou consignado que: *“Em que pese isso, não se extrai dos autos (fls. 766/850) a verossimilhança das alegações constantes da exordial no tocante ao descaso do Poder Público em relação às circunstâncias lançadas acima, visto que o Estado agravado não está alheio à situação precária do presídio em lume, uma vez que, no intuito de solucionar a superlotação neste local, não tem poupado esforços para realizar a construção do novo estabelecimento penal, adquirindo, inclusive, um imóvel onde serão feitas suas as futuras instalações, bem este objeto da Matrícula nº 25.551, do CRI da*

*2ª Circunscrição Imobiliária desta Comarca; entretanto exigências de cunho burocrático têm tornado morosa a efetivação dessa projeto do governo, inobstante a existência de verba federal orçamentária doada pela União. Do mesmo modo, a teor do que se vê às fls. 794/823, o recorrido tem adotado medidas emergenciais e necessárias para proporcionar às internas melhores condições de alojamento e ambientes mais salubres, tanto que ele realizou reformas e adequações no presídio, consistentes na colocação de alambrados, celas, telhas transparentes na área de trabalho, grades, além da aquisição de materiais odontológicos, reformas na guarida da PM e até mesmo nas denominadas Celas Fortes, inclusive, em razão da decisão proferida nos autos de interdição nº 0048827-20.2009 (fls. 150/53)” (grifos nossos).*

Igual situação se observa no juízo da Apelação Cível nº 2010.037686-9, relatoria do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello, ocorrido em 22/02/2011, no qual se registrou que: *“Compulsando-se os autos, observa-se às f. 319-336 relatório elaborado pela Secretaria Estadual de Segurança Pública, o qual dá conta das ações levadas à efeito durante o período de janeiro de 2007 a março de 2009, o que demonstra efetiva atuação do Poder Público na área da segurança, no sentido de melhorar e reestruturar o sistema carcerário. É evidente que tais ações não são suficientes para sanar os problemas existentes em curto espaço de tempo – problemas estes que se arrastam ao longo de vários anos –, mas demonstra que o Poder Público Estadual não permanece inerte em relação a isto, propiciando ações no sentido de melhorar o tratamento dispensado aos presos. Diante disso, não pode o Poder Judiciário, por força do princípio da razoabilidade, determinar ao Estado (Poder Executivo) que altere, de forma substancial, a Lei Orçamentária, estabelecendo rubrica com numerário considerável para que a crise penitenciária seja resolvida ao longo de um ou dois exercícios”* (não se registram grifos no original).

Por fim, destaque-se o teor do v. acórdão do Agravo nº 2008.035440-2, de relatoria do Exmo. Sr. Des. Rêmolo Letteriello, julgamento de 26/02/2009,

no qual ficou grafado: *“Em face da matéria versada nos autos e da louvável preocupação do Ministério Público, ressalte-se, também, que não se desconhece a lamentável situação carcerária existente em nosso país, incluindo a de nosso Estado. Todavia, é sabido que o Governo Estadual está tentando de alguma forma reduzir esse quadro, com projetos e programas para minimizar este problema que ocorre na sociedade. Ademais, a questão colocada sob apreciação não é tão simples como se imagina, a ponto de se conceder uma liminar da maneira como foi dada, visto que, com certeza, acarretará para o ente estadual gastos públicos que não foram previstos no orçamento. Além do que, os prazos estipulados na decisão é exíguo, uma vez que não há possibilidade de a Administração Pública providenciar todo o procedimento licitatório e demais providências necessárias” (grifos nossos).*

Ademais disso, não se resume a política pública de segurança pública somente à criação de vagas no sistema penitenciário/carcerário. Todas as demais frentes, principalmente a de contratação e treinamento de pessoal (policiais civis e militares) e aquisição de equipamentos (viaturas, armamento, etc.) tem sido objeto de pesado investimento pelo Poder Executivo, como se pode constatar às fls. 207/229 do processo primitivo, cuja cópia segue acostada.

Parênteses faz-se necessário quanto a atual situação do sistema penitenciário estadual. Nosso Estado não pode arcar solitariamente – como tem feito – com um ônus que é nacional. Afirma-se isso porque somos corredor do tráfico internacional de drogas e armas oriundas dos fronteiriços países do Paraguai e da Bolívia. Tal situação, *per si*, agrava sobremaneira o problema penitenciário, uma vez que as pessoas presas em nosso Estado, nessas condições, só se encontravam de passagem, ficando, no entanto, aqui como presos provisórios e definitivos em razão de ser este o distrito da culpa.

De todo o esposado, tem-se o cumprimento da liminar que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional nos termos como proferida tem o condão de prejudicar “a normal execução do serviço público” de segurança

pública, em seus sistema penitenciário/carcerário, contrapondo-se à ordem pública, visto ser irrealizável a desativação de uma unidade prisional, já que, invariavelmente, estar-se-ia deslocando o problema para outra região que albergasse outro estabelecimento penal, e de maneira alguma resolvendo-o.

Excelência, como demonstrado, o Estado de Mato Grosso do Sul tem implementado firmes ações no desiderato de resolver definitivamente o problema do sistema prisional, atuando diante do quadro e recursos existentes. Por tal razão, a medida paliativa de interdição da cadeia pública, pugnada pelo Ministério Público Estadual e chancelada pelo r. Juízo da XX Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXXXXXX, não soluciona a questão. Muito ao contrário, agrava ainda mais a situação, pois deslocará os problemas existentes nesta unidade para as demais que receberão os detentos dela advindos.

A liminar que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional causa grave lesão à ordem pública pois impede o Estado de continuar atacando o problema da questão penitenciária com vigor e dentro dos critérios de conveniência e oportunidade com que vem obtendo êxito em solucionar o problema carcerário. Ademais, como já salientado, tal *decisum* apenas desloca geograficamente o problema, já que, com a interdição da cadeia pública de XXXXXXXXXXXXXXXX, os detentos daí advindos superlotariam as demais unidades prisionais do Estado, o que poderia acarretar um efeito em cascata de interdição de todas elas.

É de sabença geral que definir prioridades e áreas de atuação é questão que escapa ao controle do Poder Judiciário, a quem não é possível individualizar e priorizar frentes de atuação, impondo-as ao Poder Executivo, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes, insculpido no já citado art. 2<sup>a</sup> da CF/88.

Pelas enunciadas razões deve subtrair-se a eficácia da decisão que liminarmente concedeu a tutela antecipada.

Por fim, tem-se que *a economia pública igualmente restou ofendida*. Afirma-se isso uma vez que, pela presença do já caracterizado *efeito multiplicador* das interdições, tem-se o engessamento do orçamento e a retirada da discricionariedade do administrador público quanto à execução da política pública, que passará a utilizar as receitas obtidas somente para o atendimento das decisões advindas do Poder Judiciário.

Objetivando-se conceituar economia pública, transcreve-se decisão do então Presidente deste e. TJMS, Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins, proferida em 30/03/2010 nos autos de Pedido de Suspensão de Liminar sob nº 2010.008379-9:

*Faz-se mister recobrar que lesão à economia pública não é inerente a toda decisão jurisdicional proferida, efetiva ou teoricamente, contra ao interesse financeiro do Poder Público, mas somente àquelas que provocam lesão concreta a algum interesse público tutelado. Essa não é a hipótese em exame, pois as decisões não expõem a coletividade à ameaça de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente da privação de reservas orçamentárias mínimas que garantam ao Estado a prestação dos serviços e a construção das obras essenciais aos administrados, atingindo assim a satisfação do bem comum.*

Do ora exposto, infere-se que sempre que o interesse público, personificado na prestação de um serviço público (em razão de anterior política pública), quedar ameaçado em sua realização em virtude do esvaziamento de seu respectivo orçamento em razão de decisão(ões) judicial(is), estar-se-á defronte à lesão à economia pública.

Exatamente este o caso concreto ora enfrentado.

Sr. Presidente, o e. STF ostenta firme jurisprudência no sentido de que a mera possibilidade de ocorrer o denominado *efeito multiplicador* é bastante para causar lesão à economia pública.



Nesse sentido:

*DESCISÃO: Trata-se de suspensão de segurança, com pedido de medida liminar, ajuizada pelo Estado da Bahia, contra decisão proferida pela relatora perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, Des. Sara Silva de Brito, nos autos do Agravo de Instrumento nº 9.502-2/2008, que deferiu antecipação de tutela recursal em desfavor do Estado da Bahia. [...] A Desembargadora Relatora do feito, de plantão, Sara Silva de Brito, antecipou os efeitos da tutela recursal (fls. 85-89), para determinar ao Estado da Bahia que providenciasse ao Município de Gavião/BA, no prazo de 45 dias, “no mínimo, 10 (dez) policiais militares; 1 (um) delegado e 4 (quatro) agentes da Polícia Civil, e, no prazo de 90 (noventa) dias, a reforma do prédio em que funciona a Delegacia de Polícia Civil, sob pena de multa diária, por descumprimento, no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais)” (fls. 85-89). [...] No caso, entendo que está devidamente demonstrado o risco de grave lesão à ordem pública, visto que a decisão impugnada, proferida em juízo liminar, interfere na forma como o Estado da Bahia garante a sua segurança pública, o que é competência do Poder Executivo. De fato, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que cabe ao Poder Executivo definir a forma de garantir o direito à segurança pública no Estado. Nesse particular, cito os seguintes precedentes: RE nº 365.299, Rel. Carlos Velloso, DJ 9.12.2005; RE nº 431.160, Rel. Eros Grau, DJ 7.8.2006; RE nº 403.806, Rel. Cezar Peluso, DJ 22.8.2007; RE nº 401.758/GO, Rel. Gilmar Mendes, DJ 5.3.2008. Ademais, também está presente a probabilidade de concretização do denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 11.10.2001), ante a possibilidade de multiplicação de medidas liminares em demandas que contenham objeto semelhante. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da decisão antecipatória de tutela recursal proferida pela relatora perante o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - TJ/BA, Des. Sara Silva de Brito, nos autos do Agravo de Instrumento nº 9.502-2/2008. Publique-se. Comunique-se com urgência. Brasília, 1º de julho de 2008. Ministro Gilmar Mendes Presidente (STF, SS 3600, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. GILMAR MENDES, julgado em 01/07/2008, publicado em DJE-143 DIVULG 01/08/2008 PUBLIC 04/08/2008). (grifos nossos).*

*[...] Existem precedentes desse Excelso Pretório determinando a suspensão de segurança quando estas importem na possibilidade da ocorrência do chamado “efeito multiplicador”, consoante decisões a seguir transcritas: ‘2.15. É certo que, no caso dos autos, só se discute a liminar concedida à impetrante. Mas, por outro lado, é notório que milhares de liminares vêm sendo concedidas, em todo o país, em condições assemelhadas, o que põe em choque todo o plano em questão, com riscos de graves danos para a economia. 2.16. Afigura-me, em tais circunstâncias, caracterizada a hipótese prevista no art. 4º da Lei nº 4.348, de 23/06/1964, segundo a qual compete ao Presidente do Tribunal a quem couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução de medida liminar e da sentença, quando houver requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e risco de grave lesão à economia pública.’ (Suspensão de Segurança nº 315/DF, DJ 30/04/91, p. 5337). ‘9. Independentemente do valor da demanda concreta (e mesmo restando em depósito a importância questionada), não se pode perder de vista o habitual efeito multiplicador de feitos, desencadeado pela liminar, bem como a sua patente influência sobre a expansão dos meios de pagamento, e, conseqüentemente, sobre a retomada da inflação.’ (Suspensão de Segurança nº 705-SP, DJ 07/10/94, p. 26840). 14. Parece-nos inegável que a repetição de liminares como a ora atacada traz comprometimentos às contas públicas, mostrando-se aconselhável o atendimento do pedido de suspensão de segurança até o deslinde final da controvérsia. (...)’ (fls. 380/382) [...] Do exposto, defiro o pedido. Comunique-se e publique-se. Brasília, 22 de agosto de 2000. Ministro CARLOS VELLOSO – Presidente (STF, SS 1836, Relator(a): Min. PRESIDENTE, Presidente Min. CARLOS VELLOSO, julgado em 22/08/2000, publicado em DJ 29/08/2000 PP-00041). (grifos nossos).*

Tendo em vista a natureza da ação e seu *dominus litis*, raro não será sua repetição em todas as comarcas do Estado em que se faça presente um estabelecimento penal (presídio ou cadeia pública), para que este se adeque aos altos padrões exigidos nos autos originários.

Por tal razão, a possibilidade de concretização do efeito multiplicador (que não se trata de mera possibilidade, como minudenciado abaixo) causa lesão à

economia pública, uma vez que, concedidas várias ordens neste mesmo sentido, teriam elas o condão de esvaziar o orçamento estadual, impossibilitando ao administrador o exercício do juízo de conveniência e oportunidade acerca da política pública pertinente ao sistema penitenciário/carcerário.

Ademais, deve-se salientar que, em informações obtidas junto à Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública, encontram-se interditadas no Estado, atualmente, 14 unidades prisionais (cadeias públicas e presídios).

São as seguintes:

Cidade	Delegacia	OF. JUIZ e/ou Autos Interdição	Presos Recolhidos	Solicitação de vaga a Agepen (aguardado autorização judicial)
Água Clara	Delegacia	Autos Interdição: 000117149.2011	Masc. 12	–
Aparecida do Taboado	Delegacia	Autos Interdição: 0002126.92.2010.8.120024	–	Masc. 41 Fem. 02
Bandeirante	Delegacia	Interditado para reforma	Masc. 03	–
Caarapó	Delegacia	Interditado para reforma	Masc. 21	Masc. 04
Jardim	Delegacia	Autos Interdição parcial: 0800013-97.2012.8.120013	Fem. 04	Fem. 02
Nova Alvorada do Sul	Delegacia	Autos Interdição Parcial e Provisória: 080003277.2012.8.120054	Masc. 08	Masc. 19
Ribas do Rio Pardo	Delegacia	Interditado para reforma, Portaria nº 006/09 – PJ/RRP	Masc. 70 Fem. 11	–
Rio Verde	Delegacia	Autos Interdição: 042.080024663	Masc. 21	Masc. 19 Fem. 06
Selvíria	Delegacia	Interdição Judicial	–	–
Sidrolândia	Delegacia	Of. nº 163/12 da MM. Juíza Dra Sílvia Eliane Tedardi da Silva, para reforma contrato nº 043/2012.	Masc. 71 Fem. 11	–

Cidade	Delegacia	OF. JUIZ e/ou Autos Interdição	Presos Recolhidos	Solicitação de vaga a Agepen (aguardado autorização judicial)
Terenos	Delegacia	Interditado para reforma	Masc. 14 Fem. 02	–
Três Lagoas	Delegacia	Autos Interdição: 0009987-07.2011.8.12.021	–	–

Cidade	Estabelecimento Penal	OF. JUIZ e/ou Autos Interdição	Quantitativo Presos
Amambai	Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, Aberto e Casa do Albergado de Amambai	Interdição judicial	394 presos
Dourados	Estabelecimento Penal de Regime Semiaberto, Aberto e Casa do Albergado de Dourados	Interdição judicial	72 presos

Como sabido, a decretação de interdição de estabelecimento penal, mesmo que pura e simples, tem o condão de gerar várias despesas não previstas no orçamento para aquele momento. Na hipótese de ser viável, deve o Estado proceder a *reforma do prédio interditado* ou, em não sendo esta a melhor opção num juízo de conveniência e oportunidade, buscar recursos para a construção de novo prédio. Com a interdição, invariavelmente advém a ordem para a *transferência dos presos* lá segregados, o que reclama *gastos com transporte, alocação de servidores, eventuais pagamentos de diárias*, dentre outros. Tudo isso para o atendimento de apenas uma decisão.

Tal fato, *per se*, tem o condão de gerar lesão à economia pública. Nesse sentido o entendimento do e. TJMG:



*Suspensão de execução de liminar. Agravo Regimental. Manutenção da decisão. Ação civil pública. Interdição de cadeia pública e transferência de presos. Recurso desprovido. Segundo a orientação da Corte Superior do Tribunal de Justiça, não é viável o deferimento de liminar, cujo objeto é a interdição de cadeia pública e a transferência de presos, em razão da possibilidade de lesão grave à ordem, à economia e à segurança públicas. Recurso não provido.*

(TJMG, Corte Especial, Agravo 1.0000.09.513461-5/001, Rel. Des. Almeida Melo, *juízo em 14/07/2010*, DJ 27/08/2010). (grifos nossos).

*Em suma, na presença de possibilidade de concretização do efeito multiplicador, muito mais na efetivação deste (demonstrado in casu), tem-se a total imobilização do orçamento com o atendimento de despesas não antevistas para determinada época, despesas estas oriundas de decisões judiciais pontuais para assuntos locais, o que retira a discricionariedade do administrador público e termina por inviabilizar a implementação da política pública.*

*Por tais motivos, alhures elencados, tem-se à lesão à economia pública,* ofensa esta que possibilita a concessão da suspensão da liminar.

Destarte, a decisão liminar que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional – à qual se busca subtrair a eficácia – revela-se ofensiva à ordem e economia públicas, haja vista que tende a inviabilizar o sistema penitenciário estadual, atividade de responsabilidade do Estado e atinente à segurança pública.

*Ex positis*, deve a decisão liminar que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, prolatada pelo Exmo. Juiz da XX Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXXXXXX, nos autos de ação civil pública sob nº XXXXXXXX-XX. XXXX.X.XX.XXXX, ter retirada sua eficácia.

## 4. Do pedido

*Ex positis*, requer o Estado de Mato Grosso do Sul que seja deferida *liminarmente* a suspensão da eficácia da liminar que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional nos autos de ação civil pública sob nº XXXXXXX-XX.XXXX.X.XX.XXXX, decisão proferida pelo Exmo. Juiz da XX Vara da Comarca de XXXXXXXXXXXXXXX, que determinou a interdição imediata da Cadeia Pública local, com a remoção dos presos no prazo de sete dias, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 por preso, até o trânsito em julgado de referida ação.

Termos em que,

Respeitosamente,

Pede-se e Espera-se deferimento.

Campo Grande, 26 de novembro de 2013.

*José Aparecido Barcellos de Lima*

Procurador-Chefe da Procuradoria Judicial

*Adriano Aparecido Arrias de Lima*

Procurador do Estado





The background features several overlapping, curved shapes in shades of blue and green. A large, dark blue shape curves across the top and left. Below it, a lighter blue shape follows a similar path. At the bottom, a green shape curves across the width of the page.

# Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo.

Cristiane da Costa Carvalho\*\*

# Excelentíssimo Senhor Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal Regional Federal 3ª Região<sup>1</sup>

O ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, pessoa jurídica de direito público interno, com sede em Campo Grande/MS, no Parque dos Poderes, Bloco IV, CNPJ nº 15.412.257/0001-28, por intermédio da Procuradora do Estado que a esta subscreve, dispensada legalmente da apresentação do instrumento de mandato (Lei Complementar Estadual nº 95/2001<sup>2</sup>) vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 522 e seguintes c/c o artigo 188, todos do Código de Processo Civil, interpor AGRAVO DE INSTRUMENTO COM PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO em face da decisão interlocutória do Juiz Federal da 2ª Vara Federal, proferida nos autos desta ação civil pública de nº, ajuizada pelo, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Requer o processamento do presente recurso e a intimação dos recorridos para, querendo, contraminutar este agravo.

Segue, em anexo, fotocópia INTEGRAL dos autos nos quais foi proferida a decisão agravada, para formação do instrumento, e que conferem com o original (Lei nº 10.352/2001).

Nestes termos pede deferimento.

Dourados-MS, 20 de setembro de 2012.

*Cristiane da Costa Carvalho*

Procuradora do Estado

---

<sup>\*\*</sup> Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2001; Pós-Graduada em Direitos Humanos e Cidadania pela UFGD (2010); Pós-Graduada em Direito Ambiental pela UNIDERP.

<sup>1</sup> Peça jurídica adaptada e reduzida com a finalidade de publicação na Revista da PGE.

<sup>2</sup> Art. 16. Aos Procuradores do Estado incumbe o exercício das atribuições que lhes são próprias e por delegação do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único. Os poderes referidos no art. 2º desta Lei Complementar são inerentes ao Procurador de Estado investido no cargo, não carecendo, por sua natureza constitucional, de instrumento de mandato, qualquer que seja a instância, foro ou tribunal.

# Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região

## Razões do agravo de instrumento

Excelentíssimo Sr. Desembargador Relator.

Colenda Turma.

### Da decisão investivada

O manejo deste recurso se justifica porquanto houve imposição de diversas obrigações ao Estado de Mato Grosso do Sul, a serem adimplidas em exíguo prazo de 90 (noventa dias), sendo algumas de cunho subjetivo e outras que demandam complexo processo licitatório. O não cumprimento das inúmeras medidas dará ensejo a multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem qualquer prefixação de limite ou valor máximo.

Entrementes, algumas das medidas já foram implementadas mas o agravado silenciou a respeito.

A intimação do Estado deu-se em 4 de setembro de 2012. A juntada do mandado de intimação operou-se em 18 de setembro de 2012. Se o prazo para o adimplemento se contar da intimação e não da juntada do mandado aos autos, todas as providências exigidas deveriam estar cumpridas até 4 de dezembro de 2012.

Como se tal não bastasse, a decisão se baseou em documento intitulado “memória de reunião”, juntado às f. 315/317, produzido unilateralmente pelo autor, em relação ao qual não foi oportunizada vista ao agravante Estado de Mato Grosso do Sul.

A decisão objurgada (F. 319/321), que motivou a propositura deste recurso, segue adiante transcrita, em sua íntegra:

#### DECISÃO

Trata-se de ação civil pública promovida pelo x em face do *Estado de Mato Grosso do Sul* em que objetiva, em síntese, seja a requerida compelida a promover diversas medidas de mitigação/compensação referente a danos/impactos suportados pelas comunidades indígenas Guarani, Kaiowá e Terena de [...] em razão das obras de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da rodovia estadual [...], trecho [...].

Refere que o Estado de Mato Grosso do Sul obrigou-se a executar as medidas mitigadoras e compensatórias estabelecidas tanto no início do procedimento quanto *a posteriori*, aduzindo que, contudo, apesar das tratativas e da conjugação de esforços para que as ações mitigadoras e compensatórias fossem levadas a efeito, a obra restou concluída sem qualquer providência por parte do ente estatal, configurando-se evidente omissão ilícita.

Formula pedido de concessão de liminar para que seja o ente requerido compelido a cumprir as medidas descritas às f. 13/13-v (pedido 1) e constantes do estudo e relatório apresentados com a exordial (fls. 02/275).

O pedido de concessão de liminar teve sua apreciação diferida para após a manifestação da requerida (f. 279).

O Estado de Mato Grosso do Sul se manifestou às fls. 282/286 requerendo fosse postergada a análise do pedido de tutela antecipada em 15 (quinze) dias, “*tendo em vista a informação oficial da entidade empreendedora, AGESUL, que, nesse prazo, concluirá a análise técnica das medidas mitigadoras e compensatórias sugeridas nos estudos antropológicos em tela*”.

[...]

O Estado de Mato Grosso do Sul se manifestou às fls. 291/292 requerendo juntada de laudo contendo a análise das medidas mitigadoras e compensatórias sugeridas nos estudos antropológicos da AGESUL, bem como requerendo autorização expressa de ingresso do Estado na área indígena em questão. Juntou documentos (fls. 294/302).

[...]

Após, referindo que *“em caso de impossibilidade técnica de realizar algumas das medidas devidas, [...] manifesta pela substituição dessas por outras de igual proveito para os indígenas, sugeridas pelo requerido e submetidas à avaliação da Comunidade interessada”*, juntando documentos às fls. 315/317.

VIERAM OS AUTOS CONCLUSOS. DECIDO.

Consoante o art. 12 da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo.

Embora a Lei de Ação Civil Pública não assevere expressamente quais os requisitos necessários para a concessão da medida liminar, é certo que o deferimento da medida deve ser analisado sob a ótica dos requisitos de qualquer medida processual antecipatória; *fumus boni iuris* (relevância de argumentação) e *periculum in mora* (fundado receio de ineficácia do provimento final).

A meu ver, ambos os pressupostos restaram preenchidos.

O comportamento do Estado mostra-se contraditório, violador da boa-fé objetiva, que deve permear qualquer acordo entabulado em nosso ordenamento, independentemente da natureza jurídica dos acordantes.

O fato de ser ente público lhe confere maior responsabilidade em cumprir os compromissos assumidos, em respeito ao princípio da moralidade administrativa, uma vez que se espera do Estado (sentido amplo) que não frustrate a realização de medidas legitimamente esperadas pelos cidadãos em razão de pacto prévio.

Tendo em vista que a parte requerida se comprometeu expressamente em atender as vindicações da comunidade indígena pra prosseguir a realização da obra, e que esta se efetivou sem atender os anseios daquela, demonstrada a relevância da argumentação do requerente. Em uma análise mais detida dos autos, tem-se que o Estado de Mato Grosso do Sul não se insurge, diretamente, em realizar medidas compensatórias/mitigadoras de danos à comunidade indígena, mas não as cumpre, não tendo apresentado justificativa para tal.

De outro lado, eventuais alegações de indisponibilidade de recursos, falta de pessoal e outras justificativas que possam ser incluídas na *“reserva do possível”*, devem ser rechaçadas, uma vez que o compromisso restou firmado há mais de dois anos, não sendo tolerável a omissão neste caso, considerando que as medidas, em grande parte, buscam atender necessidades vitais da comunidade.

O *periculum in mora*, além de se mostrar presente em razão de necessidades vitais dos indígenas, como, por exemplo, segurança no trânsito nas proximidades da rodovia, também resta evidenciado quando considerado que as medidas buscam resguardar a cultura indígena, bem protegido constitucionalmente, em seu sentido amplo, no art. 231 e no art. 215, a qual, caso se permita a normal utilização da obra sem as medidas mitigadoras, será violada agressivamente.

Como se vê da ata de reunião realizada em 14/04/2010, a Procuradoria-Geral do Estado acordou [...] o cumprimento efetivo das obrigações assumidas com a comunidade indígena quando do início do procedimento de ampliação e reordenamento de tráfego da Rodovia [...], dentre os quais: construção de duas vias laterais para o tráfego local, iluminação em toda a extensão da rodovia, instalação de dispositivos de segurança/*traffic calm* na travessia da comunidade, sinalização informativa em Guarani, Kaiowa, Terena e Português, instalação de 100 braços com luminárias nas aldeias, manutenção do sistema viário interno, pelo menos uma vez por ano, com reposição de material que será retirado em áreas internas da aldeia, bem como a incorporação na obra das exigências que vierem a ser apontadas no “*estudo de complementação dos impactos socioambientais da ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da Rodovia [...]*”, que abordará o componente indígena (fls. 102-v – Anexo 25 do aludido estudo).

Logo, o Estado requerido se comprometeu a atender as medidas vindicadas [...] já em abril de 2010, não sendo razoável que apresente resistência dois anos após o entabulado, inclusive referindo haver impossibilidade técnica de seu cumprimento.

Não socorre o requerido a alegação do Governador do Estado de que as decisões não tiveram a sua anuência, uma vez que o pacto restou entabulado por pessoas com poderes para tal, ante o art. 2º da Lei Complementar nº 75/2001 (sic) de aludido ente federativo.

Como bem ponderado [...], com as obras já efetivadas e os impactos já causados à Comunidade Indígena (irreversíveis, frise-se), o requerido elabora um parecer técnico que versa sobre estudo realizado sob sua própria coordenação técnica e alega, para a maioria das medidas, que é impossível de realizá-las.

Logo, de tudo exposto, *defiro a liminar* requerida e determino, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), que o Estado

de Mato Grosso do Sul *promova, no prazo de 90 (noventa) dias, as medidas acordadas na reunião realizada em 14/04/2010 9fl. 102 vº.) e as previstas nos “Estudos Antropológicos e Ambientais Complementares sobre os impactos socioambientais gerados pelas obras de ampliação da capacidade e reordenamento do tráfego da Rodovia Estadual MS [...], Trecho [...] sobre os Guarani, Kaiowa e Terena das Terras Indígenas [...], Município de [...], Mato Grosso do Sul (fls. 85/85-v), ressaltando que as medidas que forem tecnicamente impossíveis de serem cumpridas, mediante comprovada justificativa nos autos, deverão ser substituídas por outras que a comunidade indígena entender pertinente, mediante prévio ajuste, a ser realizado dentro do prazo acima concedido.*

[...]

*Cite-se o Estado de Mato Grosso do Sul, observando-se as formalidades legais.*

*Publique-se. Registre-se. Intimem-se.*

[...], 30 de agosto de 2012.

[...]

(.Grifos e destaques no original.)

## Do cabimento do agravo na modalidade instrumento e do pedido de concessão de efeito suspensivo

No caso vertente, a liminar impôs a realização de construção, ampliação e alteração de obras já concluídas por ocasião da ampliação de um pequeno trecho de rodovia estadual, que liga as cidades de [...].

Ora, tratando-se de decisão que impôs o adimplemento de diversas obrigações, inclusive com execução de obras de engenharia, no exíguo prazo de 90 dias, sob pena de incidência de multa diária e ininterrupta no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais), sem fixação de limite máximo, motivada por documento não submetido ao crivo do contraditório, *resta patente o cabimento do recurso na forma instrumental.*

A lesão grave e de difícil reparação se consubstancia no fato de que o juízo “*a quo*” interferiu na logística que rege o planejamento e execução de obras públicas, arbitrou prazo exíguo e multa exorbitante de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia.

A decisão afrontou o princípio constitucional da separação dos poderes e colocou em risco o erário estadual.

A intromissão verificada no caso em tela resulta em uma desestruturação sistêmica, impedindo a racional alocação de recursos (humanos e financeiros). Como se tal não bastasse, em sua motivação o magistrado de instância singela se baseou em documento “apócrifo”, juntado às f. 315/317, produzido unilateralmente [...] e não submetido ao crivo do contraditório.

O prosseguimento do feito e o conseqüente cumprimento da liminar deferida, antes da decisão a ser dada no presente agravo, significará prejuízo irreversível ao Estado, ora agravante, visto que poderá ser compelido injustamente a arcar com uma despesa (multa diária) não prevista, além de sofrer um verdadeiro desajuste no orçamento público.

Nos termos dos arts. 527, III e 558 do CPC, o relator poderá atribuir efeito suspensivo, a requerimento do agravante, nos casos de lesão grave ou de difícil reparação, a fim de suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara.

Percebe-se, claramente, que a carga de subjetividade da decisão recorrida acarreta incertezas difíceis de serem esclarecidas e esgota o próprio exame de mérito da ação. Além disso, enseja à parte *adversa* verdadeira arbitrariedade, no sentido que impõe substituição de medidas por “outras que a comunidade indígena entender pertinente”.

O comando jurisdicional beira o impossível e afasta a plausibilidade do direito invocado. Logo, o perigo do cumprimento da liminar concedida é inverso.

Outrossim, foi totalmente ignorado o fato de que a duplicação da rodovia [...] trouxe melhorias e benfeitorias para toda a comunidade indígena e não indígena, além de aprimorar, de forma definitiva e significativa, a segurança de tráfego no local.

A persistir dita decisão, estar-se-á diante da mais flagrante ofensa à tripartição dos poderes, da ofensa à ordem administrativa, econômica e financeira do Estado de Mato Grosso do Sul.

Dessa forma, é imperiosa a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo.

Além do mais, o requerimento antecipatório foi concedido ao arrepio das normas que vedam a concessão de liminares em desfavor do Estado (art. 2º, da lei 8.437/92), como também das disposições constitucionais (arts. 165, § 8º e 167, II, da CF), o que por si só, demonstra o equívoco da decisão agravada.

Portanto, há de ser recebido o presente recurso no efeito suspensivo e processado, analisando-se o seu mérito.

## Das razões do agravo de instrumento

**Nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa - ausência de intimação do estado de mato grosso do sul sobre o documento de f.315/317, produzido unilateralmente [...] que serviu de fundamento para a decisão agravada**

Causaram espécie os seguintes trechos da decisão objurgada:



O comportamento do Estado mostra-se contraditório, violador da boa-fé objetiva, que deve permear qualquer acordo entabulado em nosso ordenamento, independentemente da natureza jurídica dos acordantes. (f. 320)

[...]

Não socorre o requerido a alegação do Governador do Estado de que as decisões não tiveram a sua anuência, uma vez que o pacto restou entabulado por pessoas com poderes para tal, ante o art. 2º da Lei Complementar nº 75/2001 de aludido ente federativo. (f. 320-verso) *grifamos*

Compulsando os autos constatamos que a “indignação” do ilustre magistrado com a “postura” do ente federativo deveu-se, sobremaneira, ao documento de f. 315,317, apócrifo.

As supostas declarações verbais do Governador foram “relatadas” em um “memorial” de uma reunião cuja ata sequer foi feita ou assinada. As afirmações foram apresentadas em Juízo, propositadamente, fora do contexto coloquial em que foram produzidas.

Além disso, não foi concedida vistas dos autos ao Estado de Mato Grosso do Sul para se manifestar sobre o referido documento, cuja juntada foi requerida pelo requerente. Caso tivesse sido concedida oportunidade para a Fazenda Pública se manifestar, seria esclarecido que o documento foi confeccionado de forma unilateral pelo autor da ação, sem anuência das autoridades políticas que participaram da reunião e tiveram seu conteúdo editado em conformidade com a interpretação unilateral dos fatos e diálogos<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> A título argumentativo, na reunião descrita no documento de f. 315/317, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul apenas ressaltou que não esteve presente, pessoalmente, no encontro ocorrido no ano de 2010 entre algumas autoridades para tratar sobre o início das obras de duplicação do trecho da Rodovia [...]. Talvez, no calor do debate, ressaltou que não foi ele, pessoalmente, quem assumiu este ou aquele compromisso. Aliás, muito natural essa passagem de sua fala, porquanto sequer lhe foi apresentada, naquele momento, a ata da reunião ocorrida na sede da Procuradoria-Geral do Estado para analisar detidamente os questionamentos. Ademais, como não houve elaboração de ata desta última reunião, impossível analisar os contornos do que foi conversado ou debatido de forma unilateral, sendo verdadeiramente *apócrifo* o documento de f. 315/317.

Resta caracterizado, portanto, o cerceamento do direito de defesa do Estado de Mato Grosso do Sul, que não pôde se manifestar sobre documento essencial e motivador da concessão da liminar na ação civil pública em comento.

O art. 398 do Código de Processo Civil estabelece:

Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Ao comentar o referido dispositivo legal, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery (2003), prelecionam:

Após o deferimento de juntada dos documentos nos autos, o juiz deve determinar seja ouvida a parte contrária. Se isto não ocorre e o documento influir no julgamento do juiz, em sentido contrário ao do interesse da parte preterida, a sentença que vier a ser proferida é nula e assim deve ser declarada (CPC 249). (*Código de Processo Civil comentado e legislação processual extravagante*, 7ª edição, ed. RT, p. 751)

Configurou-se ofensa ao disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal, segundo o qual *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela interentes”*.

Moacyr Amaral Santos (1989) ao comentar o art. 398 do nosso atual Código de Processo Civil, explica:

- a) O juiz, *sempre*, isto é, em qualquer momento do procedimento, em primeiro ou em superior grau de jurisdição, abrirá oportunidade à parte, contra a qual foi produzido um documento depois da inicial, para que sobre o mesmo se manifeste, *no prazo de cinco dias*.



- b) A audiência da parte, a quem se opõe o documento, tem várias finalidades. Uma delas consiste em conceder-lhe o poder de reclamar contra a admissão do documento pela sua extemporaneidade ou sua impertinência em relação à causa, pedindo o seu desentranhamento. Outra, em dar-lhe oportunidade de conhecer o mérito do documento, em face dos fatos controvertidos e da relação jurídica litigiosa, propiciando-lhe ocasião para oferecer prova contrária, seja documental ou de outra espécie, esta se em tempo de poder ser produzida. Outra, ainda, é a de permitir fale a parte sobre o documento, tanto sobre suas condições intrínsecas como extrínsecas, preparando-se para arguir, ou desde logo arguindo, seus vícios, porventura existentes (artigos 372, 386, 390).
- c) Do tom imperativo da disposição (*o juiz sempre ouvirá*), não a observando o juiz, e sentenciando sem a audiência da parte em relação a documento produzido depois da inicial, a consequência, tal seja o prejuízo resultante, poderá ser até a nulidade da decisão (arts. 245, 248, 249 e seu §1º). (*Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV. Forense: 1989, 5ª edição, p. 232/233)

O Superior Tribunal de Justiça pronunciou-se em caso análogo, *verbis*:

Constitui cerceamento de defesa, se ou quando o Juiz, admitindo a produção de documentos novos, profere sentença, sem que fosse dada oportunidade à parte contrária, para que sobre eles se manifestasse (STJ RMS 1199-BA, rel Min. Waldemar Zveiter, j. 13.4.1992, DJU 8.6.1992, p. 8615) *idem*.

Embora os julgados e doutrina se refiram à sentença, sua interpretação também deve alcançar decisões interlocutórias, especialmente as que concedem antecipação dos efeitos da tutela. Evidente que o escrito de f. 315/317, que não foi submetido ao contraditório, trouxe matéria que produziu efeito jurídico e MOTIVOU a concessão da liminar.

Impõe-se o reconhecimento do cerceamento do direito de defesa e a nulidade do processo desde a juntada do documento de f. 315/317, nos termos do art. 249 do Código de Processo Civil.

## Decisão que esgotou o mérito da causa e ausência de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*

Com efeito, a decisão que deferiu a liminar deve ser reformada: há proibição legal para seu deferimento e estão ausentes os pressupostos caracterizadores da medida, como a fumaça do bom direito e perigo de demora.

O comando previsto no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92, dispõe, *in verbis*:

Art. 1. “Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

(...)

§ 3º. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação”. grifo nosso

A liminar deferida mostra-se indiscutivelmente satisfativa, esgota o próprio objeto da ação antes mesmo da contestação, e, portanto, deve ser cassada. Havendo dúvidas sobre a plausibilidade jurídica da pretensão, prudente que se aguarde a solução em decisão de mérito.

O *fumus boni iuris* está ausente quer por falta de dispositivo legal que autorize a concessão, quer por falta da verossimilhança do direito alegado, pois a Administração Pública Estadual implementou todas as medidas tecnicamente possíveis, consoante laudo juntado aos autos, para diminuir o impacto da ampliação da rodovia [...].

Quanto ao *periculum in mora*, não se verifica, porquanto nenhuma das medidas determinadas na decisão podem ser consideradas URGENTES, na acepção do termo. Não se está tratando de nenhuma obra emergencial que justificasse a antecipação dos efeitos da tutela. Aliás, tratam-se de medidas paliativas e complementares ao que já foi executado, sua realização não É INADIÁVEL OU EMERGENCIAL.

Vejamos o que efetivamente JÁ FOI EXECUTADO, devidamente comprovado e justificado no laudo pericial em anexo, a seguir sintetizado:

- a) Trevo principal da rodovia, projetado conforme os padrões do DNIT, com observância da geometria do projeto e faixa de domínio do Estado de Mato Grosso do Sul;
- b) Construção de três interseções tipo trevo, que dispensa a construção de mais um, considerando-se a dimensão do trecho que permeia a terra indígena, de apenas 4.217,72m. Justificativa para não se construir a quarta interseção tipo trevo: comprometimento desnecessário do tráfego de veículos sem melhoria significativa na segurança;
- c) Construção de oito unidades de “*traffic calming*” na parte limítrofe da terra indígena. Novamente a construção de outras unidades simplesmente inviabilizaria o tráfego. Justificativa para não se construir sem necessidade outras unidades de “*traffic calming*”: A distância entre aqueles que já existem é de aproximadamente 463,00 (quatrocentos e sessenta e três metros), ou seja, mais do que o necessário naquele trecho da rodovia estadual;
- d) Drenagem das águas pluviais que observou as normas técnicas (documento de f. 295);
- e) Construção de faixas laterais para circulação de carroças, bicicletas e pedestres. Justificativa para não ampliação dessas faixas: elas não devem atender ao tráfego de veículos, que deve seguir pela rodovia. A largura de 2,5 m em toda a extensão de 3,7 km é suficiente e razoável para sua finalidade;
- f) Ampliação, manutenção e melhoria dos travessões internos da reserva e das estradas vicinais, tudo feito pelo empreendedor no mês de agosto de 2010. A manutenção posterior é atribuição do Município de [...], por competência legalmente atribuída;

- g) Educação para o trânsito que já é disponibilizada na escola estadual indígena de ensino médio intercultural [...], conforme já detalhado nos autos às Fls 296;
- h) Contratação de 100 unidades de braço com luminárias nos postes existentes nas terras indígenas assim que for concluída licitação, objeto do processo administrativo nº 19/101709/2012;
- i) Levantamento do número de acidentes e de vítimas fatais na rodovia: houve diminuição no número de acidentes e de vítimas em 67% (sessenta e sete por cento). Antes das obras a rodovia era precária, sem acostamento, sem iluminação, sem mão dupla, sem *traffic calm*, com o mesmo tráfego de veículos que existe hoje. As obras trouxeram mais segurança, sem dúvida alguma, conforme quadro comparativo constante nos autos, em petição de fls.299<sup>4</sup>;
- j) Proteção do cemitério indígena: será feita colocação de cercas no local, cuja contratação é objeto do processo administrativo 19/101709/2012, Importante consignar que os indígenas estão ampliando seu cemitério em área pública de domínio estadual, o que é irregular;
- k) Recomposição de parte da cobertura vegetal existente com doação de mudas: a legislação ambiental foi observada rigorosamente, a supressão de 180 espécies foi feita com o devido licenciamento, considerando-se que se está diante de faixa de domínio para o tráfego de veículos. Nada obstante, haverá doação de 2.000 (duas mil) mudas de espécies nativas e exóticas aos moradores das aldeias [...], sobretudo os residentes naquela área, será feito pela AGESUL para realizar a devida distribuição.

O que não será feito, fundamentadamente, em virtude do custo inviável, ausência de razoabilidade ou por se tratar de atribuição legal de outro ente federativo ou outra pessoa jurídica, consoante laudo técnico por perito em anexo:

---

<sup>4</sup> Cumpre ressaltar que o quadro comparativo de f. 299 contém um erro material de digitação, mas a analista explica corretamente o decréscimo dos acidentes e vítimas: antes da ampliação da rodovia, entre setembro de 2007 e setembro de 2008 (antes do início das obras) foram 4 vítimas fatais no trecho ampliado; entre janeiro de 2011 e janeiro de 2012 )após conclusão das obras, foi apenas uma vítima fatal (em um ano, portanto).

- a) Reparo nas rachaduras das casas num raio de 150 metros de cada lado da rodovia: apurou-se que eventuais defeitos nestas casas *não* têm, absolutamente, qualquer relação com a ampliação da rodovia. Essa proposta, aliás, denota má-fé do requerente, pois o fluxo do tráfego (quantidade de veículos) não foi alterado e as casas têm problemas estruturais decorrentes de construção, o que motivou inclusive investigação por ocasião<sup>5</sup>. A circulação de equipamentos na execução das Obras de Ampliação e Reordenamento de Tráfego na rodovia [...], se fez utilizando-se da própria Faixa de Domínio existente, com 40m de largura. Os únicos equipamentos que eventualmente poderiam causar danos a edificações situadas junto das obras seriam os Rolos Compactadores Vibratórios. Ocorre que os volumes significativos de compactação foram de aterro, que atingiram cerca de 48.000 m<sup>3</sup>. Este volume foi importado de Caixa de Empréstimo cujo solo, conforme Projeto de Implantação, é de classificação argilosa, que demanda a utilização de Rolos Compactadores não Vibratórios, o que evidentemente elimina a possibilidade de ocorrer danos nas edificações lindeiras à Faixa de Domínio nas operações de compactação dos aterros;
- b) O Projeto Original, elaborado no ano de 2008 e entregue em sua versão final à AGESUL em maio/2008 foi desenvolvido de acordo com as Normas e Metodologias consagradas pelo DNIT para Ampliação e Duplicação de Obras Rodoviárias, atendendo aos requisitos técnicos e de segurança aos usuários da rodovia, sejam motoristas e passageiros dos veículos, sejam habitantes das áreas lindeiras em seus deslocamentos locais a pé, de bicicleta, de carroça ou veículos automotores. Conforme exposto nos itens anteriores todas as soluções adotadas no segmento de travessia do território indígena foram desenvolvidas garantindo o ordenamento do tráfego de passagem com o tráfego local, segregando das pistas rodoviárias os deslocamentos de habitantes a pé, de bicicleta ou de carroça com a implantação de vias laterais associadas a

---

<sup>5</sup> Em 6 de maio de 2005 foi publicada na imprensa a notícia: “teste dos tijolos utilizados em casa indígenas sai hoje”, in <http://www.douradosnews.com.br/arquivo/teste-dos-tijolos-utilizados-em-casas-indigenas-sai-hoje-6d174da7dd5cc42cd0d66a3cb9039daa>, consultado em 25 de setembro, às 15:46 hs.

- travessias das pistas através de estruturas denominadas “traffic calmings”, posicionadas conforme definição técnica, seja pela proximidade de intersecções, seja pela proximidade de pontos de passagem consagrados;
- c) Melhorias internas nas estradas vicinais da reserva indígena. Desde o compromisso assumido em abril de 2010 a manutenção das estradas internas vem sendo executada de forma satisfatória, sendo que em 2010 a qualidade dos serviços de execução e os baixos índices pluviométricos não houve a necessidade de realização de manutenção em 2010 e em 2012 o Governo do Estado de Mato grosso do Sul cedeu caminhões para a realização dos serviços pelo exército em uma ação conjunta conforme anexo 5;
  - d) Colocação de câmeras de monitoramento 24 horas ao longo de trecho da rodovia: o custo é impraticável. O Estado de Mato Grosso do Sul tem cerca de 2 milhões de habitantes, em nenhuma rodovia estadual há monitoramento por câmeras, porque nenhuma delas é administrada por concessionária. A colocação de câmeras exige custo elevadíssimo e não se restringe à instalação dos equipamentos, deve ser construída uma central de controle operacional (CCO), contratação de funcionários especializados, deslocamento de policial rodoviário estadual em regime permanente etc. Há outras prioridades administrativas e outras necessidades. A colocação de câmeras neste trecho de 3,7 km é inviável, desnecessária, sem razoabilidade;
  - e) Construção de um posto da Polícia Rodoviária Estadual na interseção da rodovia [...] com o anel viário de [...]: A PRE tem apenas 139 funcionários e oito postos de policiamento. Há outros pontos mais importantes e relevantes para a instalação de um novo posto de comando, sem que possa haver ingerência na eleição dessa política pública nesta ação específica;
  - f) Colocação de placas em português e guarani: a extensão da rodovia em terras indígenas é curta e não é entrada para as aldeias, tendo sido apenas ampliado trecho que já existe há mais de trinta anos.

Afigura-se notório que a Administração só trabalha sob o manto da legalidade, devendo cumprir procedimento licitatórios, orçamentários, que demandam tempo maior que o determinado na decisão *a quo*.

Além de existir a proibição à concessão de liminar contra a Fazenda Pública na Lei nº 8.437/92, há norma proibitiva exposta na Lei nº 9.494/97, a qual teve a sua redação alterada com a edição da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001 (art. 2º-B), *verbis*:

*Art. 2º B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado. (NR) (Artigo incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24.8.2001).*

O Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade do art. 1º, da Lei nº 9.494/97. Vejamos:

*EMENTA: AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI N 9.494, DE 10.09.1997, QUE DISCIPLINA A APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MEDIDA CAUTELAR: CABIMENTO E ESPÉCIE, NA A.D.C. REQUISITOS PARA SUA CONCESSÃO. 1. Dispõe o art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.1997: “Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, o disposto nos arts 5º e seu parágrafo único e art. 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº 5.021, de 09 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.”*

*(.....)*

*8. Medida cautelar deferida, em parte, por maioria de votos, para se suspender, “ex nunc”, e com efeito vinculante, até o julgamento final da ação, a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494, de 10.09.97, sustando-se, igualmente “ex nunc”, os efeitos futuros das decisões já proferidas, nesse sentido.*

A antecipação da tutela ou liminar em desfavor da Fazenda Pública transforma a decisão interlocutória em decisão definitiva sem a devida

instrução processual, contraditório, ampla defesa e a respectiva reapreciação pela instância superior, contrariando e negando a vigência do que dispõe o art. 475, *caput* e seu inc. II do Código de Processo Civil e ao devido processo legal, constitucionalmente assegurado.

Assim, requer-se a este Tribunal que acate as razões articuladas acima, para o fim de cassar a liminar concedida.

## Da Ausência dos requisitos autorizadores da liminar e da ofensa ao princípio da separação dos poderes

As determinações contidas na decisão recorrida denota ingerência do Poder Judiciário na competência do Executivo, ofendendo, literalmente, o princípio da Tripartição dos Poderes.

Como destacado anteriormente, nenhuma das medidas previstas no *decisum* tem cunho emergencial. A integridade física dos indígenas não está, de modo algum, ameaçada pela ampliação da rodovia [...], o que denota a ausência do *periculum in mora* ou “perigo de dano irreparável ou de difícil reparação”. Esse fato, por si só, seria motivo para revogação da liminar.

Além disso, é impossível ao Poder Judiciário imprimir obrigações de fazer e não fazer de tal índole ao Administrador Público, sob pena de violação ao princípio da independência dos Poderes, cláusula pétrea da Constituição Brasileira.

No art. 2º da Constituição Federal de 1988, restou estabelecido, com a finalidade precípua de “evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem”, que o Estado seria formado por três poderes independentes e harmônicos entre si “repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem



*exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito*<sup>6</sup>:

“Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Arruda Alvim (2000), ao discorrer sobre o tema:

“Identificado este âmbito, o juiz não pode sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade no lugar daquele do administrador. E como o fundamento primário disso está o próprio princípio da separação dos poderes. Ao judiciário incumbe examinar os atos administrativos sob o ângulo da legalidade. É claro que, conquanto os atos discricionários hajam de ficar submetidos ao princípio da legalidade devendo realizar uma finalidade pública determinada pela lei, se o ajuizamento da situação e o ato decorrente desse juízo praticado pelo administrador se compreenderem dentro das possibilidades legítimas, tais como as considere a lei, o Poder Judiciário apenas constatará isso. O que se disse significa, portanto, que o Judiciário não pode adentrar aquele juízo, aquela esfera de liberdade típica e própria do Administrador e, desde que esse juízo tenha sido realizado dentro do espectro possível do exercício dessa liberdade, vale dizer, desde que exercida esta liberdade pelo Administrador dentro do âmbito da lei, não há possibilidade de alteração do ato. É impossível ao Judiciário o controle *extralegal* do mérito dos atos administrativos – tal como se o juiz fosse o administrador, sobrepondo o seu critério ao deste – exatamente por causa do princípio da separação de poderes. Outra razão a justificar de conveniência e oportunidade, sendo destinatário exclusivo e final o administrador.” (Direito Processual Público, A Fazenda Pública em Juízo. Coordenadores: Carlos Ari Sundfeld e Cássio Scarpinella Bueno. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 234/235.)

O Judiciário não pode substituir-se ao Executivo, de maneira que as medidas administrativo-operacionais de competência da Administração

---

<sup>6</sup> MORAES, Alexandre de; Direito Constitucional, 13ª Ed., Ed. Atlas, São Paulo: Atlas, 2003; pág. 369.

estão unicamente no âmbito de seu poder discricionário, zona cinzenta à atuação daquele Poder, teoria essa que tem seus ditames constitucionais num verdadeiro sistema de freios e contrapesos.

O Juízo de primeira instância violou este princípio ao analisar o mérito do ato, ou seja, a conveniência e a oportunidade da realização de obras, reformas e estudos, atinentes à duplicação de pequeno trecho de uma rodovia estadual, que estão fora da competência jurisdicional e está centrada no orçamento, nas políticas públicas e na autoridade do Estado de MS.

A divisão dos poderes políticos pressupõe elementos como a especialização funcional e a independência orgânica, devendo cada função ser atribuída a um órgão independente, de tal sorte que o Judiciário não pode simplesmente determinar a subsunção do Administrador Estadual às determinações unilaterais do autor.

A r. decisão pretende substituir opções administrativas, já tomadas pela Administração, o que, indubitavelmente, é juridicamente impossível em respeito ao princípio da tripartição dos poderes, constante do citado art. 2º da Carta Magna. Ao contrário do que interpretou o nobre magistrado, todos<sup>7</sup> os compromissos tecnicamente executados e inseridos na sua competência, assumidos na dita reunião do dia 14/04/2010, foram cumpridos pelo Estado de Mato Grosso do Sul.

Naquela ocasião, no ano de 2010, não se firmou TAC – Termo de Ajustamento de Conduta, mas, mesmo assim, ao longo da obra, o Estado buscou cumprir, de acordo com as possibilidades técnicas, tudo o que foi discutido naquele encontro com o Secretário de Estado de Obras Públicas, como evidenciam os documentos juntados pelo Estado de Mato Grosso do Sul, demonstrando sua preocupação e respeito com a comunidade indígena.

---

<sup>7</sup> A aquisição de 100 braços de luminárias está em fase de licitação e somente não foi implementado por este motivo.



Se não houve adimplemento satisfatório, aos olhos do autor, tal se deveu à conveniência, oportunidade e limites de competência e orçamento da Administração Estadual, pautadas pela legalidade e razoabilidade. Imperioso constar que não há razão para o inconformismo com o fato de os estudos técnicos de análise do impacto ambiental terem sido conduzidos pelo empreendedor da obra, pois além de ser sua obrigação, os trabalhos desenvolvidos tiveram conotação científica, tanto que não há argumentos objetivos e racionais para os impugnar.

Em brilhante lição, Maria Sylvia Zanella di Pietro, ao tratar do controle pelo Poder Judiciário dos atos discricionários, afirma que *“o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. A professora continua:*

“Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (...) A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.”<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; *Direito Administrativo*; 17ª Ed.; São Paulo: Atlas, 2004. p. 210/212.

O “*critério de escolha*” não é do Juízo ou do autor. O Estado não infringiu ou ignorou normas legais nem ignorou o “componente indígena”, pelo contrário: trouxe melhorias para o tráfego de uma rodovia que já existe há mais de trinta anos e estava em situação precária, por meio de um projeto executivo assinado por técnicos habilitados, dentro dos padrões exigidos pela legislação, e seguindo regular processo de licenciamento ambiental.

Nenhuma instituição pode fugir de seu papel institucional ou ampliá-lo para abarcar o papel de planejador e executor, o qual é exclusivo do Poder Executivo.

Outro aspecto que aponta para a total ausência de razoabilidade para a decisão recorrida é que para a construção, reforma, ampliação de qualquer estrutura pública, imprescindível à licitação, nos termos do artigo 37, XXI da Constituição Federal e da Lei Federal nº 8.666/1993. Dispõe o art. 37, XXI da Constituição Federal:

“Art. 37 (...)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Com efeito, a imposição de obrigação de fazer, conforme consta da decisão invectivada, ensejará desrespeito à lei que prevê a obrigatória licitação para reformas e construções pela Administração Pública. Reza o art. 2º da Lei 8.666/1993, *verbis*:

“Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.”



Assim, requer, acatando as razões aqui aduzidas, a cassação dos efeitos da liminar concedida, em abono à repartição dos Poderes e respeito à competência da Administração Pública para deliberar sobre políticas públicas e executá-las de acordo com as exigências da lei, além da necessidade de obediência aos princípios da razoabilidade, separação dos poderes e da reserva do possível (STJ: REsp's. 169.876/SP e 63.128/GO; STF: REextr. 365.299/SC).

## **Da multa no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) ao dia - falta de limite para a multa – amplitude da decisão – imposição de obrigações a serem acatadas sem qualquer discussão pela comunidade indígena – ofensa ao princípio constitucional da razoabilidade – prazo impossível de ser cumprido em 4 de dezembro de 2012.**

A fixação de multa pecuniária, de caráter cominatório, em ações promovidas contra a Fazenda Pública, em qualquer de suas esferas (estadual, municipal, federal), é matéria ainda não suficientemente debatida por nossa doutrina e pela jurisprudência.

Há que se considerar, por certo, que o eventual pagamento dessa multa será suportado pelo Erário Estadual. Em outras palavras, a população é que, mercê dos tributos e taxas recolhidos a favor do Estado, é quem deverá suportar a multa eventualmente devida. O valor, além disso, afigura-se exacerbado.

Está-se, por outro lado, diante de incertezas decorrentes da imprecisão da decisão impugnada, como se vê adiante:

- a) Quando tem início a incidência da multa?
- b) O prazo de 90 (noventa dias) levará em consideração imprevistos e a ausência de dotação orçamentária para concluir as providências administrativas impostas no *decisum*?
- c) Quem definirá o que é conveniente, oportuno ou impossível de ser executado?
- d) O valor de R\$ 1.000,00 tem data ou valor limite de incidência ou é ininterrupto?

Impõe-se aqui registrar que a imposição da multa, nestes moldes, ofende os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como os artigos 412 e 413 do CC e os artigos 460, 461, 610 e 644, todos do CPC. Aliás, tem sido reiteradamente afastada essa possibilidade, a exemplo do que se destaca:

“Agravo de Instrumento – Execução de sentença contra a Fazenda Pública para o cumprimento de obrigação de fazer. Determinação do Magistrado para que o cumprimento da obrigação se faça em 60 dias, sob pena de multa diária de um salário mínimo. Inocuidade da imposição em relação ao agente público, respondendo pela penalidade a Fazenda Pública, que se utilizará da renda proveniente de recursos tributários pagos pelos próprios contribuintes. Recurso propício<sup>9</sup>”

Para encerrar nossa argumentação, obtemperamos que a ampliação e reordenamento do tráfico do trecho da rodovia [...] entre [...] foi de todo positiva e necessária, consubstanciando-se em medida benéfica a toda a população local, indígena e não indígena.

Como se tal não bastasse, foi ignorado o fato de que houve, de fato, execução das providências assumidas pelo Estado de Mato Grosso do Sul,

---

<sup>9</sup> Agravo de Instrumento nº 178.099.5/3- SP, de 05.09.2000, da 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo.



com exceção da colocação dos braços de iluminação transversal, dentro da aldeia, que está em fase licitatória.

## Do pedido final

Diante do exposto, pede o conhecimento do presente recurso na modalidade instrumento, atribuindo-se efeito suspensivo ao mesmo nos termos delineados no corpo destas razões, para que seja de imediato SUSPENSA a determinação direcionada ao Estado de Mato Grosso do Sul.

Pede, ao final, o provimento do recurso para o fim de ser declarada a nulidade e cassada a decisão de f. 319/321, em virtude do cerceamento do direito de defesa, posto que o documento de f. 315-317 serviu de motivação para o decism (f. 319-verso) e não foi submetido ao crivo do contraditório.

Superada esta tese, o que se admite em respeito ao princípio da eventualidade, pede o acolhimento do recurso para o fim de ser reformada a decisão interlocutória de f. 319/321 e revogada a liminar, posto que além de não estar presente o requisito *periculum in mora* (*não há urgência ou emergência para se implementar quaisquer das “obrigações”*), as medidas determinadas são irreversíveis e esgotam o objeto da demanda, desrespeitando normas processuais e os princípios constitucionais do devido processo legal, da separação dos poderes, razoabilidade e reserva do possível.

Saliente-se que não há urgência alguma em se realizar de imediato melhorias, compensações e alterações em obra de engenharia já concluída, que não coloca em risco a vida ou a integridade física dos indígenas.

Declara o signatário, a autenticidade das cópias que instruem o presente agravo, nos termos do § 1º do art. 544 do Código de Processo Civil.

Requer haja menção expressa aos dispositivos legais invocados neste

recurso, em especial os arts. 249 e 398 do Código de Processo Civil e o art. 5º, LV da Constituição Federal.

Requer a intimação da parte adversa para oferecer, querendo, contraminuta.

Dourados, 5 de outubro de 2012.

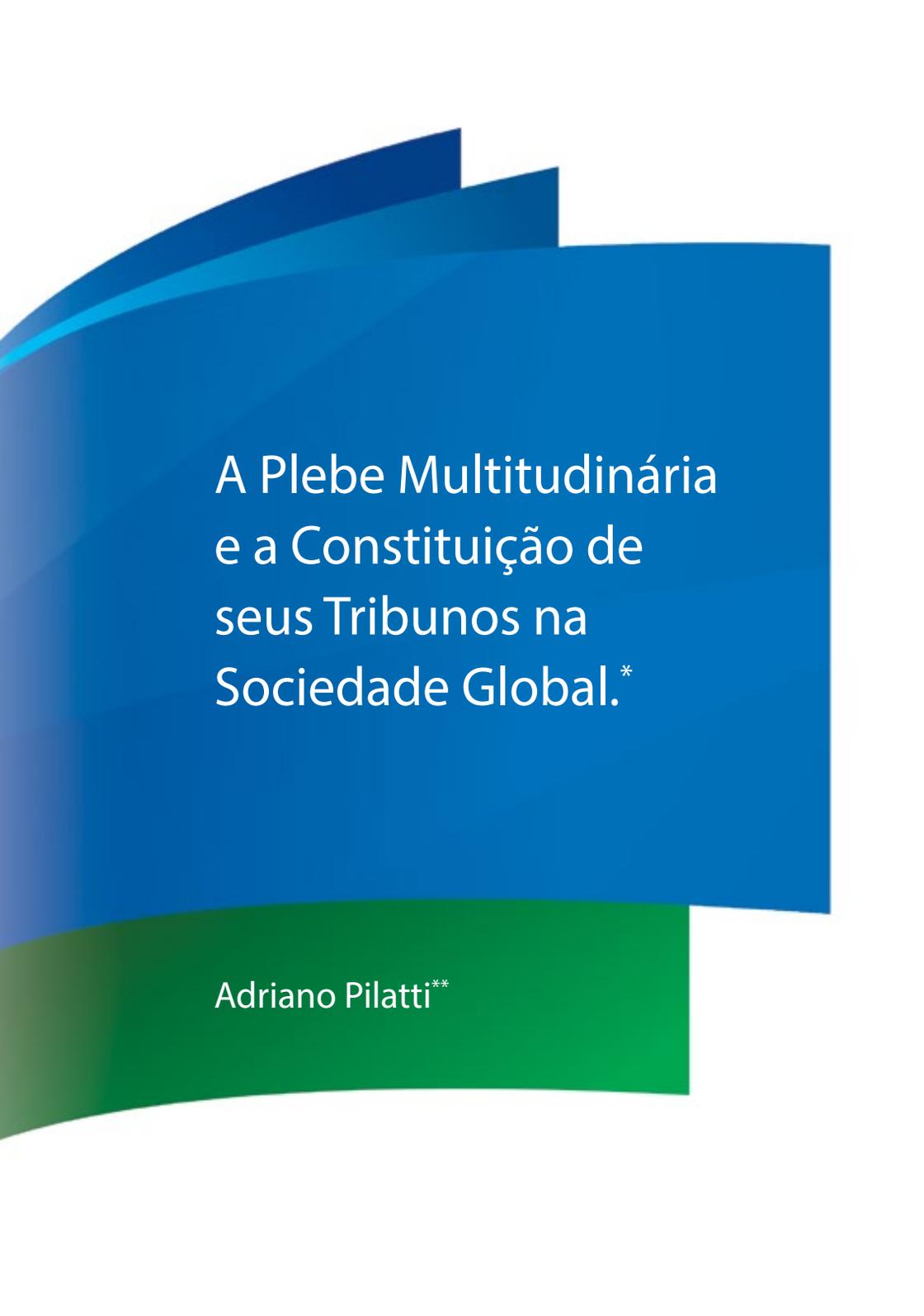
*Cristiane da Costa Carvalho*

Procuradora do Estado



# Artigos



The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a lighter blue curve, and a large, solid blue rectangular area that frames the title. At the bottom, there is a green curved shape.

A Plebe Multitudinária  
e a Constituição de  
seus Tribunos na  
Sociedade Global.\*

Adriano Pilatti\*\*

Há dois mil e quinhentos anos, uma sedição do “povo miúdo” contra a “gente graúda” da nascente República Romana produzia a criação de uma nova instituição, dotada de novas e também de renovadas atribuições decisórias, atribuições essas que seriam exercitadas através de novos procedimentos públicos. Uma vez em operação, essa nova instituição, essas novas e renovadas atribuições e esses novos procedimentos contribuíram para o desenvolvimento de um processo de conquista crescente de direitos de igualdade. Tal processo se traduzia em construção, preservação expansão da liberdade. Menos de dois mil anos depois da fuga da plebe para o Aventino, e não muito longe dali, um “notável fiorentino”, logo no início dos seus magníficos Discorsi, observaria que a excelência da estrutura política romana – sua perfezione – tinha uma razão bem precisa:

*E così nacque la creazione de' Tribuni della plebe, dopo la quale creazione venne più stabilito lo stato di quella repubblica, avendovi tutte le tre qualità di governo la parte sua. E tanto li fu favorevole la fortuna, che benché si passasse dal governo de' Re e delle Ottimati al Popolo per quelli medesimi gradi e per quelle medesime cagioni che di sopra si sono discorsi, nondimeno no si tolse mai, per dare autorità agli Ottimati, tutta l'autorità alle qualità regie, né si diminuì l'autorità in tutto agli Ottimati per darla al Popolo; ma rimanendo mista, fece una repubblica perfetta; alla quale perfezione venne per la disunione della Plebe e del Senato [...]*<sup>1</sup>

Sabemos todos que era, portanto, na dinâmica da desunião e do dissenso entre plebeus e patrícios que Machiavelli identificava o verdadeiro sustentáculo da república e, através dela, da liberdade. Ao enfatizar o caráter

<sup>\*</sup> Exposição realizada na Sessão de Abertura do II Seminário de Estudos “Tradição Republicana Romana” – MMD Aniversário do Juramento da Plebe no Monte Sagrado (Roma, Capitólio, 15-17/12/2008), promovido pela Unidade de Pesquisa Giorgio La Pira, do Conselho Nacional de Pesquisas da Itália, e pela Universidade de Roma La Sapienza, em cumprimento de deliberação do *Consiglio Comunale de Roma*.

<sup>\*\*</sup> Professor (PUC-Rio); Doutor em Ciência Política (IUPERJ). Email:adrianop@puc-rio.br.

<sup>1</sup> MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe e Altre Opere Politiche*. Milão: Ed. Garzanti, 1989

incruento e pouco violento da maior parte das conflagrações havidas no período que vai dos Tarquínii aos Gracchi, nosso autor repelia as críticas dos que não conseguiam ver nessas conflagrações a origem das boas instituições que favoreceram a liberdade entre os romanos:

*Né si può chiamare in alcun modo com ragione una repubblica inordinata, dove sieno tanti esempli di virtù, perché li buoni esempli nascono dalla buona educazione, la buona educazione delle buone leggi, e le buone leggi da quelli tumulti che molti inconsideratamente dannano; perché chi esaminerà bene il fine d'essi, no troverà ch'egli abbiano partorito alcuno esilio o violenza in difavore del commune bene, ma leggi e ordini in beneficio della publica libertà. [...]*  
*E se i tumulti furono cagione della creazione de' Tribuni meritano somma laude; perché oltre al dare la parte sua all'amministrazione popolare, furono costituiti per guardia della libertà romana [...]*<sup>2</sup>

Em suma, foi no confronto entre essas classes ou coletividades que Machiavelli identificou ao mesmo tempo a necessidade e a condição de possibilidade da criação de instituições que servissem à liberdade, pois a história de Roma teria demonstrado que os patrícios tendiam à destruição daquela e os plebeus, à conservação dela. Assim, ao se perguntar a que mãos deveriam ser confiadas a guarda e a garantia da liberdade, se nas dos grandes ou nas dos pequenos, na célebre passagem em que compara as sagas de Esparta e Roma, Machiavelli conclui:

*E venendo alle ragioni dico, pigliando prima la parte de' Romani, come e' si debbe mettere in guardia coloro d'una cosa che hanno meno appetito di usurparla. E senza dubbio, se si considerrà il fine de' nobili e degli ignobili, si vedrà in quelli desiderio grande di dominari ed in questi solo desiderio di non esseri dominati, e per conseguente maggiore volontà di vivere liberi potendo meno sperare di usurparla*

---

<sup>2</sup> Idem, Libro Primo, IV, *in fine*.

*[la libertà] che non possono i grandi; talchè essendo i popolari preposti a guardia d'una libertà, è ragionevole ne abbiano più cura, e non la potendo occupare loro, non permettono che altri la occupi.*<sup>3</sup>

O desejo dos grandes é oprimir, o dos pequenos, não serem oprimidos. Somente estes últimos podem ser bons guardiões da liberdade de todos, já que seu maior desejo é viverem livremente, liberar-se. Com a leitura maquiaveliana da saga da plebe romana, inicia-se uma linha alternativa de pensamento político que se caracteriza por vincular necessariamente a atividade política à luta de classes e radicar na insurgência dos despossuídos a base de toda política democrática. Esta linha passa por Spinoza e Marx e se prolonga, na era contemporânea, com Lênin e os marxianos “além-Marx”<sup>4</sup>.

De outra parte ainda que no mesmo campo, ao atribuir à política uma racionalidade própria caracterizada por um *mésentente* fundamental, Jacques Rancière se aproxima dessa perspectiva, fazendo sua concepção agonística da política remontar igualmente à antiguidade clássica:

Antes de mais nada é preciso enfatizar: foram os antigos, muito mais do que os modernos, que reconheceram no princípio da política a luta dos pobres contra os ricos. Mas reconheceram exatamente – com o risco de querer apagá-la – sua realidade propriamente política. A luta dos ricos contra os pobres não é a realidade social com que a política deveria contar. Ela se confunde com sua instituição. Há política quando existe uma parcela dos sem-parcela, uma fração ou um partido dos pobres. Não há política simplesmente porque os pobres se opõem aos ricos. Melhor dizendo, é a política – ou seja, a interrupção dos simples efeitos da dominação dos ricos – que faz os pobres existirem enquanto entidade. A pretensão exorbitante do *demos* a ser o todo da comunidade não faz mais que realizar à

---

<sup>3</sup> Ibidem, V.

<sup>4</sup> Neste sentido, ver NEGRI, 2002 e 1998.

sua maneira – a de um *partido* – a condição da política. A política existe quando a ordem natural da dominação é interrompida pela instituição de uma parcela dos sem-parcela.<sup>5</sup>

Ora, prossegue Rancière, foi justamente isto que fez a plebe romana no episódio do Aventino, ao reconhecer-se excedente à *normalidade normada*<sup>6</sup> pelos patrícios, ao afirmar-se em sua singularidade e instituir-se, mediante tratado, como Tribunado, a primeira forma do *Príncipe* democrático. Não bastaram os dotes retóricos de Menenio Agripa para convencer a plebe a entender-se em seu suposto caráter de membro condenado ao serviço de um estômago patrício. O entendimento deu-se a partir da institucionalização da participação da plebe nos processos decisórios. Neste sentido, o acontecimento cujos 2.500 anos estamos hoje a rememorar é o acontecimento político por excelência, o ato político seminal da história do Ocidente.

Acontecimento político que produziu efeitos político-jurídicos, tal acontecimento foi, substancialmente, acontecimento *constituente*<sup>7</sup>. E como tal ecoou nitidamente em outros grandiosos momentos constituintes que se seguiram pelos séculos afora. Assim em 1776, na determinação do “bom povo das colônias” inglesas na América do Norte no sentido de reunir-se em Congresso e “assumir, entre os povos da terra, a posição igual e separada a que lhe dão direito a natureza e o Deus da natureza”<sup>8</sup>. Assim na Paris de agosto de 1789, quando o Terceiro Estado – conforme diagnóstico e proposta de Sieyès já propagados em fevereiro através do panfleto célebre –, parcela subalterna e submissa do Reino que se recusava a permanecer nessa dupla condição por supor-se, e acertadamente, ser e conter em si toda a Nação francesa em sua integralidade, decide se reunir em separado como Assembleia Nacional;

---

<sup>5</sup> RANCIÈRE, 1996, p. 26 e segs.

<sup>6</sup> Ver HELLER, 1968, p. 295-306.

<sup>7</sup> Neste sentido ver FERRAZ, 1989.

<sup>8</sup> Declaração de Independência dos Estados Unidos, 1776.

do mesmo modo em 1793 em nova contradição, no auge da radicalização revolucionária impulsionada pelo Povo de Paris contra a Nação burguesa e a velha França rural<sup>9</sup>; e ainda na Paris de 1871, com a Comuna proletária democrática e seus membros permanentemente sujeitos à destituição<sup>10</sup>. Não foi diferente na velha-nova Rússia de 1917, com os soviets de operários, soldados e camponeses<sup>11</sup>.

As subjetividades em produção nesses momentos cruciais de constituição da política e do direito souberam dotar-se de estruturas que expressassem seu caráter extraordinário. Deram-se *formas políticas de expressão*<sup>12</sup> de sua potência produtiva, para usar os termos propostos por um *cattivo maestro*. Hoje, nossos sistemas políticos se parecem com depósitos de instituições em que se acumulam aleatoriamente formas institucionais derivadas dessas experiências, e de sua combinação com outras mais, derivadas de uma outra tradição, a da soberania, e entravadas pela irmã siamesa desta, a representação e suas jaulas<sup>13</sup>. Nesta perspectiva de dois milênios e meio, o que têm a nos dizer o acontecimento do Aventino e as instituições de Direito Público Romano dele derivadas? De que modo nos interpelam?

Do ponto de vista das questões constituintes ali se delinea e afirma o direito negativo de resistência contra a opressão, exercitado primeiro como linha de fuga, êxodo, exílio, greve, até encontrar expressão na positividade de poder constituinte na celebração do tratado que deu forma constitucional à potência plebéia, instituindo o Tribunado e revestindo quem o exercesse da

---

<sup>9</sup> Sobre o impacto da experiência romana entre os revolucionários franceses, ver CATALANO, 2005, p. 33-61.

<sup>10</sup> Para a sistematização da análise já clássica realizada por Marx sobre a experiência dos *comunards* ver o insuperado LENIN, 1987, cap III.

<sup>11</sup> V. NEGRI, 2002, cap. VI. Talvez essa seja a pista para compreender que tipo de aproximação, correspondência ou semelhança no campo dos acontecimentos levou Negri e Hardt a propor uma insólita espécie de agenciamento ou de conexão dinâmica entre as perspectivas de organização desenvolvidas por James Madison, de um lado, e Lênin (!), de outro, como forma (bio)política de expressão da potência constituinte da multidão planetária que lhe permita confrontar-se com o poder constituído globalizado. Ver HARDT e NEGRI, 2005.

<sup>12</sup> V. NEGRI, 2003, Lição 3.

<sup>13</sup> NEGRI, 2002, cap. I.

proteção sacrossanta que consistia na inviolabilidade do tribuno- incumbente. Temos diante de nós o eco duas vezes e meia milenar de um fato político que constituiu direito e reconheceu direitos, projetou procedimentos de investidura e ação funcionais que deram aos tribunos o título e o exercício legítimos de uma parcela de potência social que se expressava na modalidade de *poder negativo*<sup>14</sup>. Segundo nosso estimado Professor Pierangelo Catalano,

O exílio, a secessão, a resistência, a greve foram e continuam sendo expressões – historicamente determinadas – do lado “negativo” da soberania dos cidadãos. Pode-se falar em “poder negativo” (*se ne pouvant rien faire il peut tout empêcher*) a propósito da secessão e da greve. De outro lado, convém distinguir entre “poder negativo direto” – quer dizer, diretamente exercitado pelos cidadãos (secessão, greve); e “poder negativo indireto” – exercitado indiretamente por meio de instrumentos designados de modo genérico como “tribunado” (*tribuni plebis, tribunal d'éphores, grand jury national etc*)<sup>15</sup>.

Conforme anota o autor, a recepção do Tribunado pela alternativa afinal dominante da política na modernidade – a da representação e seus sistemas – foi inóspita:

O estado de direito liberal notoriamente tratou de absorver o direito de resistência, subordinando seu exercício a formas legais (de acordo com um modelo que remonta ao projeto constitucional dos girondinos). De outro lado, rejeitou toda institucionalização de um poder tribunício (organizando-se o Estado na base dos princípios da representação e da “divisão dos poderes”). Mais ainda: desde os fins do século XIX as doutrinas jurídicas e políticas conseguiram – mais ou menos conscientemente – apagar de toda memória histórica a idéia de um poder tribunício<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Ver CATALANO, 1981, p. 146-159.

<sup>15</sup> Idem, p. 152.

<sup>16</sup> Ibidem, pp. 151-152.

Hoje, no horizonte da sociedade pós-industrial global, cabe antes de mais nada indagar sobre a fortuna do derivativo representativo do poder tribunício, aquele *conjunto de “contrapoderes”, dispostos como contrapesos, que permitia ao Estado liberal funcionar como uma sociedade industrial avançada*, sempre no dizer de Catalano<sup>17</sup>. Certamente está em mutação, como em mutação está sua base econômica. Vale a pena, mais do que nunca, indagar se há modo de reavivar a experiência romana de instituição da liberdade. Do alto da criação do Tribunado, 2.500 anos de sinceridade institucional nos contemplam. A sinceridade de estabelecer representação, própria, separada e relativamente controlável dos, pelos e para os “de baixo” soa hoje como escândalo diante do farisaísmo institucional que dá sobrevida às superstições de imparcialidade e independência funcionais, imprestáveis, no entanto, para ocultar conexões com interesses, valores, preconceitos e até mesmo ódios de classe.

Como reinventar a organização política da resistência de uma plebe já multitudinária no horizonte do poder e da economia mundiais?<sup>18</sup> Como reinstalar o pertencimento *de classe* de uma resistência tribunícia que não quede reabsorvida pela abstração maquinal da representação, nem seja reduzida a uma tímida expressão em termos de *espaço público*, ainda que *plúrimo*?<sup>19</sup> Como estruturar mecanismos de permanente atualização e reconhecimento de um direito àquilo que Roberto Mangabeira Unger já chamou *desestabilização anti-oligárquica*? Como desdramatizar os atos de rebelião dos excluídos, dos oprimidos e dos explorados? Como recriar a república tumultuária cujas agitações, no dizer do notável fiorentino, produziram *buon ordine*?<sup>20</sup> Estas, no meu modesto entender, são as questões que podem e devem inspirar nosso trabalho intelectual e nossa militância

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>18</sup> Para a revitalização da idéia de multidão no âmbito da filosofia da práxis, ver HARDT e NEGRI, 2005.

<sup>19</sup> Para a contribuição do pensamento jurídico romano para o desenvolvimento de uma noção de espaço público *plúrimo*, ver o belo ensaio de TAVARES, p. 153-171.

<sup>20</sup> MACHIAVELLI, 1989, *Libro Primo*, IV.

cidadã se quisermos prestar efetivo tributo ao episódio cuja memória hoje nos reúne aqui no venerando Capitólio.

Especialmente em países situados na periferia do capitalismo, como o Brasil, em que a escravidão foi formalmente abolida há apenas 120 anos, embora se perpetue em formas abjetas de exploração e humilhação cotidianas, no Brasil em que acabamos de completar apenas 20 anos da promulgação de uma constituição legítima e da instauração de uma democracia representativa de massas, com a consciência difusa de que estas são a constituição legítima e a experiência democrática mais longevas da história do nosso povo, que inspirações podemos retirar da experiência do Aventino e da criação do Tribunado da Plebe?

Se olharmos para os cenários institucionais formais, veremos a velha, constrangedora e bem-sucedida tentativa de aprisionamento do poder tribunicio nas malhas e engrenagens dos controles interinstitucionais. Assim, por exemplo, ainda que recebidas com muito má vontade pela representação majoritária na Assembleia Nacional Constituinte, muitas propostas de criação ou ampliação de formas institucionais de resistência popular foram adotadas pela Constituição de 1988<sup>21</sup>. Outros desses institutos não foram acolhidos, como o *recall* de mandatário parlamentar, entre nós então denominado de *voto destituente*, e a iniciativa popular para cassação ou declaração de perda de mandato parlamentar; outros não foram acolhidos expressamente, embora uma adequada interpretação sistemática revele que ao menos não foram vedados, como a iniciativa popular para a realização de referendo revogatório, o chamado veto popular<sup>22</sup>; finalmente, outros foram acolhidos, mas sob a condição de preencher requisitos quantitativos tão irrazoavelmente

---

<sup>21</sup> Para um balanço dos instrumentos de ação e resistência institucionais *ex parte populi* adotados pela Constituição de 1988, permito-me referir PILATTI, 2006, pp. 9-26. Sobre o processo constituinte brasileiro de 1987-88, permito-me ainda sugerir PILATTI, 2008.

<sup>22</sup> Nesse sentido, dissertação de Mestrado que tive a satisfação de orientar – SGARBI, 1999.



elevados que na prática foram inviabilizados, como a iniciativa legislativa popular em âmbito federal<sup>23</sup>.

Por outro lado, outros instrumentos de ação constituinte foram praticamente neutralizados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim se deu no caso já célebre do mandado de injunção, instituto através do qual cada cidadão se reinvestiria de seu poder constituinte para obter do Juízo competente a decisão satisfativa necessária e suficiente para a fruição de direito ou prerrogativa constitucionalmente assegurados, porém carentes da normatização regulamentadora para possibilitar seu efetivo exercício<sup>24</sup>. Sobretudo no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais, a decisão manifesta e ainda reverberante dos constituintes, a perfeita intelegibilidade do dispositivo e a evidente expectativa do povo trabalhador não persuadiram nossa corte suprema. De nada adiantou o repto dirigido ao então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Rafael Mayer, pelo decano dos constituintes de 1988, presidente da Comissão de Sistematização da Assembleia Nacional Constituinte e renomado constitucionalista liberal Afonso Arinos de Melo Franco no discurso que fez na sessão solene promulgação da Constituição Cidadã:

A garantia dos direitos individuais é cada vez mais eficaz e operativa nas constituições contemporâneas, mas a garantia dos direitos coletivos e sociais (...) particularmente na condições do

---

<sup>23</sup> Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988 (CF), art. 61, parágrafo segundo: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles." Considerando-se os dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral em julho de 2009 (<http://www.tse.gov.br>), somos hoje 131.112.445 eleitores, o que eleva o número constitucionalmente exigido a 1.311.125 subscritores.

<sup>24</sup> Ver CF, art 5º, LXXI: Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania." Como se sabe, no julgamento do Mandado de Injunção nº 107, o Supremo Tribunal Federal, ao recusar-se a tomar decisões de caráter satisfativo da pretensão do impetrante, definiu entendimento que tornaria o instituto imprestável justamente no período em que foi mais necessário: os primeiros anos de vigência da nova Constituição, durante os quais a numerosa e variada legislação regulamentadora necessária ainda não havia sido elaborada.

Brasil, torna-se extremamente duvidosa (...). Afirmar o contrário é ingenuidade, ilusão, ou falta de sinceridade, quem sabe de coragem. Direito individual assegurado, direito social sem garantia: eis a situação. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal é dirigida essa exortação: o mandado de injunção vai ser o instrumento dessas experiências. (Palmas)<sup>25</sup>

Com sua decisão decimonônica, com seu apego de ocasião a uma suposta ortodoxia da inteligência do que seja separação de poderes – que de resto não tem prevalecido na fixação de súmulas com caráter inequivocamente legislativo, para vincular os Juízos inferiores –, o STF apenas executou providência correspondente ao veto substantivo das camadas dominantes, que jamais aceitariam a verdadeira revolução pacífica pelo Judiciário que poderia vir a ocorrer. Dela resultaria no mínimo o engajamento dessas mesmas camadas dominantes na pressão sobre os legislativos para que estes editassem a legislação que, se lhes era indesejada num contexto sem mandado de injunção, tornar-se-lhes-ia desejável num contexto no qual, das impetrações de diversos mandados de injunção pelos “de baixo”, resultassem distintas decisões satisfativas que tornassem preferível, por mais econômica, uma regulamentação uniforme.

Algo semelhante se deu com a legitimação para agir conferida a *confederações sindicais* e de *entidades de classe de âmbito nacional* de modo a capacitá-las à propositura da chamada ação direta de inconstitucionalidade, para questionamento da constitucionalidade *in abstracto* de leis e atos normativos federais e estaduais perante o mesmo Supremo Tribunal Federal (CF, art.103, IX). Só os ingênuos se espantaram ao ver o STF restringir absurdamente tal prerrogativa, através da aplicação de um critério descabido de exigência de “pertinência temática” entre as finalidades associativas das entidades e o conteúdo dos atos normativos por elas suscetíveis de questionamento, sobretudo se considerarmos

---

<sup>25</sup> ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia. Brasília: Câmara dos Deputados, 1988, p. 24.

que a mesma Corte, sob influência de formulações germânicas, define o controle *in abstracto* como “procedimento objetivo em que não há autor nem réu, mas apenas requerente e requerido”. Deste modo, a atuação dos entes sindicais foi draconianamente restringida ao questionamento dos atos que tratassem apenas dos interesses corporativos dos trabalhadores, negando-lhes o exercício da representação plena da cidadania dos trabalhadores neste âmbito<sup>26</sup>.

Por outro lado, creio que, se exercitarmos a necessária humildade intelectual e seguirmos os movimentos e intuições dos homens e mulheres do povo trabalhador e excluído, se examinarmos suas formas de organização, solidariedade, cooperação produtiva e expressão, lá no mundo real, onde vivem, trabalham e sofrem as “formiguinhas”, encontraremos outras inspirações. Desde logo, aquelas de caráter insurgente e que visam à mera descriminalização dos movimentos sociais, uma reivindicação ainda necessária em cenários como os de *nuestra latinoamerica*<sup>27</sup>.

Finalmente cabe observar que, se a ausência de previsão constitucional para a eleição popular quer dos chefes dos Ministérios Públicos (não obstante serem instituições que devem representar a sociedade nas instâncias de realização

---

<sup>26</sup> Aliás, foi além em seu conservadorismo a maioria dos membros do nosso mais alto pretório, pois ficou aquém da capacidade de compreensão do presidente do tribunal francês que julgou em 1832 o revolucionário Auguste Blanqui e, após relatar, autorizou o escrivão a registrar a declaração do réu de que era proletário ao ser perguntado sobre sua profissão: até hoje o STF não reconhece às centrais sindicais nacionais de trabalhadores o direito de propor a ação em pauta, pois não considera os trabalhadores em geral nem como “categoria profissional” nem como “classe” para fins de atendimento do citado art. 103, IX, da Constituição. Ver, a propósito do julgamento de Blanqui, RANCIÈRE, 1996, p. 49.

<sup>27</sup> Basta lembrar a recente atitude patética de um membro do Ministério Público no Rio Grande do Sul que solicitou decisão judicial no sentido de impedir o funcionamento de escolas do Movimento dos Sem Terra (MST) ao simples argumento de que elas adotavam os métodos pedagógicos do “marxista Paulo Freire”, um dos maiores educadores brasileiros, de seriedade e competência internacionalmente reconhecidos. Ombreou-se desse modo o anônimo servidor aos militares que, durante a ditadura instaurada em 1964 perseguiram o saudoso Paulo Freire em vida; como se vê, o ilustre educador continua a ser perseguido post mortem pelo obscurantismo das nossas camadas dirigentes. Sobre a atuação do MST, sempre alvo do questionamento das instituições conservadoras e da imprensa idem, um tímido raio de luz na obscuridade judicial foi lançado pelo julgamento do Habeas Corpus n.º 5.574/SP (relator o ministro Luiz Vicente Cernicchiaro), em cujo acórdão (DJ, 18/08/1997), já na ementa, se pode ler: “Movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão da cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República. A pressão popular é própria do Estado de Direito Democrático.” Poderiam ter acrescentado, com Machiavelli: “as conflagrações produzem boas leis”...

da Justiça), quer das Defensorias Públicas (não obstante serem instituições destinadas à assistência, orientação e defesa jurídicas dos desvalidos) manteve o desempenho das respectivas funções tribunícias manietado pelas opções hierárquico-corporativas<sup>28</sup>, a eleição popular direta tem logrado propiciar recentemente um perfil mais tribunício para o exercício das funções executivas. E tal efeito se faz sentir para além da experiência brasileira. Para ficar apenas num aspecto bastante conhecido, basta ver o uso que a multidão latino-americana – pobre, trabalhadora e excluída, expressando-se ou não em termos de diversidade étnica – tem feito recentemente do direito amplo de sufrágio reconquistado para a eleição direta dos titulares dos executivos presidencialistas nacionais no Brasil, na Argentina, na Bolívia, no Chile, no Equador, no Paraguai e na Venezuela, muitas vezes após as violentíssimas interrupções armadas de processos de emancipação política iniciados nos anos 1950 e 1960, representadas pelos famigerados golpes militares dos anos 1960-70.

Dois mil e quinhentos anos depois, no norte, no sul, no centro e na periferia do mundo, a plebe planetária continua em luta para conquistar a instituição dos seus tribunos. Dois mil e quinhentos anos depois, os trabalhadores e excluídos, ainda que privados do necessário acesso à informação e ao conhecimento formal, continuam *capaci della verità*, e, se examinarmos, acompanharmos e partilharmos suas lutas, poderemos perceber que *la moltitudine è più savia che uno principe*,<sup>29</sup> tal como a sagacidade fiorentina nos permitiu compreender na memorável experiência romana.

## 6. Referências Bibliográficas

CATALANO, Pierangelo. “Poder Negativo”, verbete, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 59, São Paulo, 1981.

<sup>28</sup> CF, arts. 127-129 e 134.

<sup>29</sup> MACHIAVELLI, 1989, Libro Primo, IV e V.

CATALANO, Pierangelo. “Princípios Constitucionais do Ano I e a *Romanidade Ressuscitada dos Jacobinos*”, in *Direito Público Romano e Política*, Ana Lucia e Lyra Tavares e outros (org.), Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

FERRAZ, Manuel de Figueiredo. *Do Tribunado da Plebe*. São Paulo: Edusp, 1989.

HARDT, Michael e NEGRI, Antonio. *Multidão – guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

LENIN, Vladimir I. *O Estado e a Revolução*. São Paulo: Hucitec, 1987.

MACHIAVELLI, Niccolò. Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio, Libro Primo, II, in *Machiavelli – Il Principe e Altre Opere Politiche*. Milão: Ed. Garzanti, 1989.

NEGRI, Antonio. *Marx Oltre Marx*, Roma: Manifestolibri, 1998

NEGRI, Antonio. *O Poder Constituinte – ensaio sobre as alternativas da modernidade*. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A Editores, 2002.

NEGRI, Antonio. *Cinco Lições sobre Império*. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

PILATTI, Adriano. “Poder Constituinte e Constitucionalismo Democrático: A Política da Multidão e a Democracia Participativa na Constituição de 1988”, in *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional – Anais do IX Congresso Ibero-Americano de Direito Constitucional e VII Simpósio de Direito Constitucional*. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2006.

PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988 – progressistas, conservadores Ordem Econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio / Lumen Juris, 2008.

RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento – política e filosofia*. São Paulo: Editora 34, 1996.

SGARBI, Adrian. *O Referendo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Considerações sobre o  
Problema da Pesquisa  
Empírica e sua Baixa  
Integração na Área de  
Direito: A Tentativa de uma  
Perspectiva Brasileira a partir  
da Avaliação dos Cursos  
de Pós-Graduação do  
Rio de Janeiro.\*

Alexandre Veronese\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Visões distintas sobre a mesma palavra: pesquisa no direito. 2.1. As análises acadêmicas sobre o problema. 2.2. O paradigma científico moderno e o direito. 3. A expansão da pós-graduação em direito e a pesquisa empírica. 3.1. Uma análise dos currículos no Estado do Rio de Janeiro e a pesquisa empírica. 4. Um panorama comparado: o dilema nos Estados Unidos. 5. Considerações finais: um dilema a ser superado. 6. Referências Bibliográficas.

## 1. Introdução

A pesquisa empírica é de suma importância para o mundo jurídico, quando se tem em vista sua integração com as demais ciências sociais. Entretanto, a formação tradicional é quase nula em termos de qualificar o bacharel para o diálogo com outras áreas, como economia e sociologia. A causa deste problema é a ausência de reflexão epistemológica visando integrar a teorização do direito com as práticas de pesquisa empírica. Os agentes possíveis para reversão desta situação são os docentes, que podem difundir os métodos e técnicas. A pesquisa empírica requer prática constante, bem como investimentos altos. Mais do que conhecer algumas técnicas, ela requer integração ao processo cognitivo da atividade acadêmica, ou seja, é necessário conjugá-la com o debate teórico. Assim, pode-se compreender que o problema está localizado primariamente na pós-graduação. Se os

---

\* A versão completa deste trabalho recebeu o Prêmio Jurídico 2006, da Ordem dos Advogados do Brasil (Seção do Rio de Janeiro), em 27 set. 2007. Uma versão resumida, em inglês, foi apresentada no XXIII World Congress of Philosophy and Social Philosophy, promovido pela IVR ("Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie"), Cracóvia (01 a 06 ago. 2007). Ele foi apresentado, numa versão resumida, também, no Congresso Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI).

\*\* Doutor em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos (IESP) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

programas não investem na realização de pesquisas empíricas, a ausência ou a fraca relação perdurará pela formação de um círculo vicioso:

1. Os pesquisadores ativos não inserirão métodos empíricos nos seus cursos e no seu trabalho cotidiano de pesquisa;
2. Os discentes de pós-graduação (mestrado e doutorado) não tomarão contato com esta temática nas disciplinas e, conseqüentemente, não utilizarão as técnicas nos seus trabalhos ao longo de sua formação (artigos, dissertações e teses);
3. Os discentes de graduação não tomarão contato com a pesquisa empírica nos cursos e serão desestimulados a utilizar as técnicas e métodos.

Com a baixa utilização das técnicas e métodos, torna-se mais difícil a ruptura do círculo porque é a prática de pesquisa que constitui o ponto crucial. É interessante ressaltar que o Plano Nacional de Pós-Graduação (2005-2010), produzido pela Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, relacionou algumas subáreas como prioritárias para formação em nível de mestrado e doutorado em Direito: (a) proteção da propriedade intelectual, (b) direitos humanos para o desenvolvimento, (c) efetividade do acesso à justiça; (d) direito e meio ambiente; (e) proteção dos interesses difusos; e (f) direito e regulação<sup>1</sup>. Estas subáreas prioritárias de pesquisa requerem inexoravelmente o relacionamento com outros campos científicos. Alguns deles, fortemente orientados à necessidade de compreensão de dados empíricos, como proteção da propriedade intelectual, desenvolvimento e regulação (economia). No tocante à efetividade do acesso à justiça, há a necessidade de interlocução com a economia e com a sociologia.

---

<sup>1</sup> CAPES. *Plano nacional de pós-graduação (2005-2010): Subsídios preliminares da área de ciências sociais aplicadas*. Brasília. 2005. (mimeo.).

O objetivo principal deste trabalho é demonstrar que a pesquisa empírica não se consolidou na área jurídica por sua baixa difusão na prática dos programas de pós-graduação. Ele está de acordo com o diagnóstico de Lee Epstein e Gary King<sup>2</sup>, bem como com o ensaio de Peter Schuck sobre este problema<sup>3</sup>. Assim, se a pesquisa empírica não fez parte da formação dos docentes, ela possui baixa possibilidade de ser retransmitida aos graduandos

No primeiro capítulo (2), será trabalhado como a noção de pesquisa jurídica não avançou além dos estudos teóricos. Este movimento decorre de um dilema epistemológico que não permite a visualização da pesquisa empírica como elemento a ser conjugado com o debate filosófico que impera na área. Será analisada a literatura recente que tratou deste tema – pesquisa científica no direito – e formulada uma base teórica para demonstrar que é possível integrar os métodos de pesquisa empírica no cotidiano do direito. No segundo capítulo (3) serão listados dados sobre o crescimento da pós-graduação em direito. Serão analisados os currículos dos cursos de mestrado e doutorado, do Estado do Rio de Janeiro, para demonstrar que a pesquisa empírica é sub-representada em sua oferta. No terceiro capítulo (4) será feita uma comparação com a experiência norte-americana e britânica. Serão destacadas as recomendações contidas nos trabalhos de Lee Epstein e Gary King<sup>4</sup> para o desenvolvimento da pesquisa empírica no direito. As considerações finais (5) giram em torno da perspectiva de que houve um avanço significativo na institucionalização da pesquisa jurídica no Brasil. O próximo passo deste avanço reside no incremento da pesquisa de caráter empírico, que tem marcado o avanço da ciência nas humanidades (economia, ciência política, sociologia e antropologia).

---

<sup>2</sup> EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. The University of Chicago Law Review. Chicago, v. 69, n. 01. p. 01-133, 2002.

<sup>3</sup> SCHUCK, Peter H. Por qué los profesores de derecho no hacen más investigación empírica? In: BÖHMER, Martin F. (Comp.) *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 129-145.

<sup>4</sup> EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Op. cit. 2002. Cf. também: EPSTEIN, Lee; KING, Gary. Building an infrastructure for empirical research in the law. Journal of Legal Education. Washington, DC. v. 53, n. 311. p. 311-320, 2003.

## 2. Visões distintas sobre a mesma palavra: Pesquisa no direito

Existem dois panoramas possíveis sobre a pesquisa científica no direito. O primeiro é fornecido por uma visão próxima ao senso comum. Ela informa a crença dos juristas praxistas, cuja noção é de que a pesquisa faz parte da vida de todos os advogados. Desta forma, a contribuição de estruturas de pesquisa seria produzir análises que ajudassem a melhorar a formação dos advogados. O segundo panorama seria visualizar uma função necessária na produção científica. Sua utilidade é possibilitar que pesquisadores tenham contato com pesquisas empíricas.

A primeira visão coloca a formação de graduação dos advogados e demais práticos da área jurídica como deficiente. Desta forma, a tarefa da pesquisa científica seria apoiar a melhora dos cursos jurídicos e da educação continuada no sentido de aperfeiçoar os práticos em sua vida profissional. Nesta visão, a pesquisa seria feita por todos. Ela faz parte da vida cotidiana; e é relacionada com a capacidade de processar analiticamente informações. A institucionalização é pouco compreendida, tendo em vista que o gargalo está na formação das pessoas. Ela só será traduzida institucionalmente depois. O prognóstico hipotético de tal visão poderia ser: “mude as pessoas que as instituições mudarão depois”.

A segunda visão informa que os espaços para formação dos pesquisadores é distinto dos práticos. Logo, a pesquisa é entendida como diferente para os cientistas do direito e para os práticos. Ela é relacionada com a capacidade de processar informações para compreender a vida social do direito, não para subsidiar a ação em um primeiro momento. No momento em que a pesquisa é instrumentalizada preliminarmente por um objetivo laboral, ela perde parte de sua força cognitiva por diminuir a capacidade de proteção do pesquisador contra o viés (ou seja, pela tendência de uma convicção ou crença arraigada prévia). O problema da institucionalização, nesta análise, é o gargalo central,

já que os pesquisadores precisam, para o exercício da pesquisa científica, de espaço, sem o qual não há possibilidade de mudanças. O prognóstico hipotético poderia ser: “sem que as instituições mudem, não haverá espaço para mudar as pessoas”.

Este é um bom ponto de partida. Afinal, o problema da pesquisa empírica no Direito está relacionado com dificuldades de ordem institucional ou de ordem epistemológica? Ou seja, falta infraestrutura ou a carência é de métodos e de formação científica? A primeira objeção para tal formulação poderia ser que obviamente o problema ocorre nas duas pontas: é tanto um problema institucional, quanto um problema epistemológico. Esta possível objeção confunde mais do que explica. Quanto se trata de localizar o problema central, há que se ter o objetivo de encontrar o ponto principal para formulação de políticas. Assim, busca-se o dilema principal, sem negar que outros existam. Se o problema é principalmente institucional, a solução reside fortemente na construção e/ou expansão de espaços para o exercício da pesquisa empírica. Mas se o principal elemento é de ordem epistemológica, a solução reside em formar melhor os futuros pesquisadores, para que seus trabalhos contenham elementos empíricos. É um convencimento às pessoas. Se os recursos são escassos, a prioridade vai ser dada: (1) para formar pesquisadores em novas vertentes teóricas? Ou (2) para garantir o exercício destas novas pesquisas (laboratórios e dotações para pesquisa)?

## 2.1. As análises acadêmicas sobre o problema

As análises sobre política científica, usualmente, misturam os dois campos: questões teóricas/epistemológicas e institucionais. Os dilemas estão misturados, bem como as possíveis soluções. Não se pode localizar um ponto preferencial para indicar a resolução do dilema. O diagnóstico da área de direito na CAPES indicou que o primeiro problema – acolhido como

sugestão – residia na falta de formação teórica dos mestrandos e doutorandos<sup>5</sup>. Portanto, a solução de tal fraqueza era depositada no incremento do ensino de filosofia do direito. Entretanto, o mesmo diagnóstico também constatou a falta de verbas para projetos de pesquisa no âmbito do direito.

No trabalho de Marcos Nobre é mencionado que o problema da pesquisa em direito é fortemente orientado pela confusão entre a função de prático e de pesquisador<sup>6</sup>. O diagnóstico é correto e justificado com uma digressão entre as diferenças do denominado “parecer jurídico” e das pesquisas acadêmicas (com a luta contra o viés). Assim, o centro do seu argumento é realmente de ordem epistemológica com poucas referências aos problemas institucionais. Foi produzida uma resposta por Roberto Fragale Filho e Alexandre Veronese, baseada nesta ausência<sup>7</sup>. Mas eles confundem o problema da baixa institucionalização com a questão epistemológica, como o diagnóstico da CAPES<sup>8</sup>.

Em síntese, nenhum dos trabalhos mencionados tratou da prática de pesquisa empírica como elemento central para ampliar a interação do direito com outras ciências sociais, que pode ensejar uma maior inserção científica do direito. Conseqüentemente, nenhum deles também tem em conta a importância de levar ao cotidiano dos graduandos a capacidade de dialogar com estes outros campos científicos. A falta de pesquisas empíricas acarreta dois problemas para a área do direito: (1) a dificuldade de reconhecimento acadêmico pelas outras áreas; e (2) a dificuldade de institucionalização do ponto da infra-estrutura.

---

<sup>5</sup> CAPES. *Pós-graduação: enfrentando novos desafios (documentos e resultados do seminário realizado pela CAPES)*. Infocapes. v. 9, n. 02/03. 1999. p. 154-157.

<sup>6</sup> NOBRE, Marcos. *Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil*. Novos Estudos, São Paulo: CEBRAP. n. 66. p. 145-154, jul. 2003.

<sup>7</sup> FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. *A pesquisa em direito: diagnóstico e perspectivas*. Revista Brasileira de Pós-Graduação. CAPES. Brasília, n. 2. p. 53-70, nov. 2004.

<sup>8</sup> CAPES. Op. Cit. 1999.

A solução é fortemente institucional. Ela reside na abertura estrita da área jurídica para influxos de outras áreas. Este movimento já existe e a interação com a economia e as demais ciências sociais é perceptível em vários programas de pós-graduação em direito. As ciências sociais empíricas têm muito a ganhar com a interação, tendo em vista o diagnóstico de que o sistema jurídico é um elemento central para a compreensão da sociedade e da economia contemporânea. Se não forem investidos recursos para contratação e formação de infra-estruturas e pessoas para a pesquisa empírica, a solução não virá apenas da renovação teórica. Apesar de a filosofia ser importante para a integração da pesquisa empírica à tradição teórica do direito, é impossível fazê-la sem que existam pesquisadores empíricos. Ainda, será ressaltado que tal integração apenas demonstraria a força da pesquisa teórica já consolidada na área de direito, sendo de fato a possibilidade para resolver o dilema.

## 2.2. O paradigma científico moderno e o direito

Quando se pensa em modernidade e ciência, o que vem à tona é a antiga utopia de que a produção científica ofereceria teorias e engenhos para o conhecimento e para o posterior controle do mundo social e natural. Na transposição para o plano jurídico, esta diz respeito à possibilidade de um conhecimento sobre o que é o direito, como ele pode ser compreendido (descrito e interpretado) e, finalmente, como ele pode produzir referências seguras para as ações sociais (consequências). Deste modo, pode-se entender a pesquisa jurídica relacionada ao entendimento de quatro momentos das relações sociais. No primeiro momento de compreensão, há o debate sobre os pressupostos da própria noção de normatividade. O que se busca compreender é o significado intrínseco da validade do direito e seu conceito abstrato em relação à vida social (efetividade, observância prática das disposições jurídicas, etc.) e em relação aos valores sociais (traduzidos normativamente, ou não). A tentativa de uma compreensão positivista, como

a de Hans Kelsen, dentre outros, oferece uma leitura onde a normatividade possui uma concretude intrínseca, sem que haja uma investigação sobre sua origem ou sua relação com a vida social<sup>9</sup>.

Este debate possui sentido porque visa separar as diretrizes jurídicas (para prática de ações pelos atores sociais) das demais orientações (moral, interesses econômicos, etc.). Assim, as diretrizes jurídicas ganham uma conformação de prevalência intrínseca (autoreferenciada; ou baseada na estrutura política e seus valores; ou, ainda, fundamentada na vida social e seus valores) em relação aos demais conjuntos de orientações normativas (crenças religiosas, por exemplo). O ponto central do debate foi deslocado teoricamente após 1945. Com efeito, a necessidade de compor a normatividade jurídica com uma dimensão moral (direitos humanos, por exemplo), trouxe uma rediscussão sobre como conciliar um sistema jurídico neutro, porém atento aos valores relevantes para a vida social. Neste sentido, o diagnóstico de Robert Alexy é pertinente porque ele permite compreender que o conceito de direito determina o limite de quais são as normas jurídicas que podem ser mobilizadas para um debate interpretativo<sup>10</sup>. Este autor produziu ainda uma teoria interpretativa que demonstra normativamente como relacionar o que é denominado como “pretensão de correção material” e “vedação à injustiça”, por meio da absorção, como normatividade jurídica, de valores morais. Desta forma, seu quadro teórico permite uma ruptura em relação às concepções positivistas por integrar no debate jurídico, como elementos normativamente relevantes, derivações sociais (incorporadas na moral como, por exemplo, os direitos humanos). Infelizmente, Alexy não trabalha com a etapa posterior, ou seja, com a compreensão de como é utilizado socialmente o direito, do

---

<sup>9</sup> Pode-se conferir o trabalho do próprio Kelsen, cujo influência é notável: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. A obra deste autor pode ser acessada de forma segura com o seguinte roteiro: SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: Ensaios Introdutórios (2001-2005)*, v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004; ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Editorial Comares, Granada, 2005. O último livro teve uma resenha esclarecedora produzida entre nós. Cf. GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Direito, correção normativa e a institucionalização da justiça, *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 1, 2006. (Resenha do Livro).

ponto de vista empírico. Desta forma, a sua teoria da razão prática carece da compreensão de como ocorre sua aplicação prática. Ela não é colocada para teste, portanto.

O segundo momento da compreensão jurídica é relacionado com o primeiro. Ele diz respeito à determinação da organização normativa, localmente compreendida. Assim, existe um óbvio pressuposto, derivado do primeiro momento, consoante o qual deve ser definido o que, em termos abstratos, pode ser considerado como norma jurídica para que possam ser definidas quais são as normas jurídicas vigentes em um espaço e tempo específicos. A fratura central entre os filósofos do direito e os pesquisadores empíricos (sociólogos e economistas, dentre outros) é que os primeiros não trabalham com a dimensão de um direito extraestatal<sup>11</sup>. A maior contribuição da sociologia jurídica ao debate contemporâneo foi localizar que as normas jurídicas estatais convivem com acervos de diretrizes reconhecidas socialmente como direito que não são garantidas pelo Estado. Elas têm sua efetividade extraestatal baseada na dinâmica da vida social, usualmente em conflito com as disposições estatais. Como é possível descrever o direito positivo sem ter atenção à sua vigência prática? Como é possível determinar a compreensão do que o é direito com atenção somente aos valores analisados pelo debate filosófico? Como é possível compreender um sistema jurídico com desatenção à sociedade, empiricamente considerada, que o interpreta cotidianamente? O direito só existe a partir dos órgãos estatais? Esta concepção reduz o direito à legislação e seu manejo à jurisdição (tribunais) e à administração. Existem vários trabalhos contemporâneos sobre a formação de um direito transnacional, com uma categoria de práticos adstritos a ele<sup>12</sup>. Não ignorar

---

<sup>11</sup> WEBER, Max. Sociologia do direito. In: \_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. São Paulo: Editora UnB / Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004. Para um panorama sobre a relação da teoria weberiana com o direito, cf. SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005. Uma concepção paralela a de Swedberg é realizada por: LEOPARDI MELLO, Maria Tereza. Direito e Economia em Max Weber. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, p. 45-65, jul/dez.2006. Um artigo clássico e importante sobre este tema foi traduzido recentemente. Cf. TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972, orig.). *Revista Direito GV* 5, v. 3, n. 1., p. 1510186. jan./jun. 2007. Esta recepção precisa ainda ser contextualizada com uma leitura mais ampla, da teoria social e política. Para tanto: WERNECK VIANNA, Luiz. Weber e a interpretação do Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 53, p. 33-47, mar. 1999.

estas “novas fontes de direito” podem ser cruciais para compreender grande parte das relações econômicas e sociais contemporâneas.

O terceiro momento da compreensão jurídica é conhecido como interpretação do direito. Hans Kelsen – assim como Robert Alexy, posteriormente – produziu um diagnóstico sobre o que é o direito abstratamente considerado e sobre como interpretá-lo. Estas duas etapas são usualmente relacionadas nos estudos jurídicos. O termo usado para designar o campo que as agrega poderia ser filosofia do direito ou teoria do direito, apesar de existirem distinções conceituais importantes entre os dois termos, como a noção de que a segunda acepção é mais ampla do que a primeira, englobando-a. Enquanto um dos campos, acerca dos pressupostos, é relacionado de forma mais forte com a epistemologia, o segundo é mais próximo da hermenêutica, enquanto possibilidade de construção e/ou análise de teorizações interpretativas aplicáveis. A designação lógica jurídica corresponde a um equívoco conceitual muito frequente, tendo em vista que o raciocínio lógico é baseado na inferência causal e é geral, ou seja, utilizado nas ciências naturais de forma ampla. Mesmo que pudéssemos utilizar a lógica para operação interpretativa da normatividade, ela nunca seria jurídica, pelo mesmo sentido que, quando mobilizada na biologia, não se tornaria biológica<sup>13</sup>.

Finalmente, o quarto momento analítico corresponde à análise social e/ou econômica do direito. A pergunta central é como a normatividade é apropriada socialmente. As teorias de Alexy e de Kelsen não se preocupam com esta questão. Na verdade, existem poucos estudos para compreensão da apropriação social do direito. Muito do que é atribuído ao campo da sociologia do direito, corresponde à filosofia social ou à filosofia política; e reside disperso entre a primeira e a terceira etapa. A característica central de estudos sobre apropriação social do direito é o forte lastro em pesquisas

---

<sup>12</sup> DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

<sup>13</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.



empíricas. Ou seja, é a busca de resultados analíticos sobre o “como” e o “por que” da normatividade jurídica existente ser interpretada de uma determinada forma. Eles também tratam das consequências sociais e econômicas destas interpretações em relação à vida social em geral ou em casos específicos (mudança social, por exemplo). A figura abaixo sintetiza estas quatro vertentes do trabalho de pesquisa jurídica<sup>14</sup>:

Figura 1. Os quatro momentos da análise do direito

<p>Mais empírico</p> <p>↑</p> <p>Menos empírico</p>	Consequências	“Como é aplicado o direito?”	Ciências empíricas
	Interpretação	“Como analisar o direito?”	Hermenêutica
	Descrição	“Como estão organizadas as normas?”	(a) dogmática; e (b) ciências empíricas
	Pressupostos teóricos	“O que é o direito?”	Epistemologia

Havendo sido traçada a exposição dos quatro momentos, é imperioso dedicar-se à tarefa de compreender o próprio campo das pesquisas empíricas. Desta forma, pode-se entender como existem reivindicações de trabalhos sociológicos que são, na verdade, trabalhos filosóficos, pois não lidam com a principal característica que serve como divisa entre as teorizações sobre o direito e as análises jurídico-sociais: o estudo teorizado de dados controlados. O que pode ser determinado, desde já, é a baixa utilização da concepção empírica para a segunda etapa. O ponto central para o avanço da pauta da pesquisa empírica não está localizada no quarto momento. Ele está adstrito à interseção da pesquisa empírica com a descrição dos sistemas jurídicos vigentes, com a perspectiva de renovar o campo da produção doutrinária.

<sup>14</sup> Recentemente, localizei o trabalho de Csaba Varga, que possui uma formulação próxima a esta: VARGA, Csaba. Algunas cuestiones metodológicas de La formación de los conceptos em ciencias jurídicas. Maracaibo: Instituto de Filosofía Del Derecho LUZ / Facultad de Derecho, 1982 (reprint 2005) (Cuaderno de trabajo n. 32). Considero isso positivo porque assim se demonstra que não estou criando uma clivagem inovadora. Porém, estou sistematizando algo razoável e condizente com os parâmetros metodológicos da teoria do direito.

### 3. A expansão da pós-graduação em direito e a pesquisa empírica

Uma possibilidade decorrente da função docente e do processo pedagógico é a difusão de novos conhecimentos e a inovação metodológica. Esta noção de difusão de novidade é muito interessante, porém pouco efetivada. Desta forma, o ensino perde seu potencial transformador em termos de difusão de métodos de pesquisa. Não basta criar um disciplina, nem apenas lecioná-la. As pesquisas empíricas só tornam-se parte do cotidiano institucional com investimento e difusão por meio de pesquisadores treinados que orientem os discentes em atividades práticas. Em caso contrário, a pesquisa empírica é transformada em mais um discurso acadêmico de pouca efetividade.

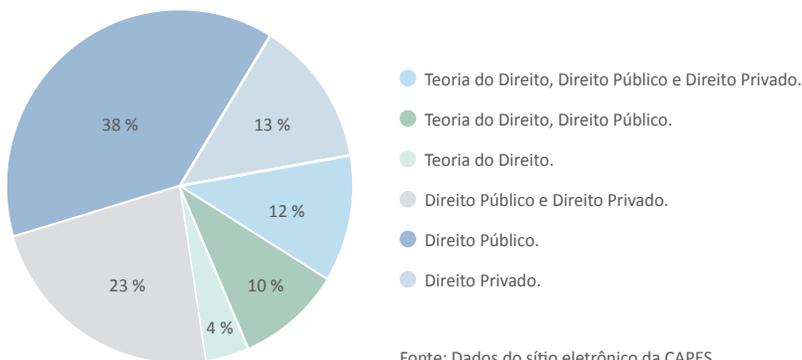
É evidente que os pesquisadores com capacidade difusora de novos métodos de pesquisa precisam de um espaço no qual tenham contato estreito com pesquisas empíricas. O espaço privilegiado para isto fornecido pela produção de uma dissertação ou tese (mestrado e doutorado, respectivamente), no âmbito dos programas de pós-graduação, em sentido estrito.

Neste capítulo será demonstrado que a difusão de novos métodos para a graduação é muito pouco perceptível. Na verdade, tanto os currículos de graduação, quanto os de pós-graduação, possuem uma relação excessivamente instrumental com os conteúdos relativos aos métodos de pesquisa. Eles usualmente estão alocados em disciplinas instrumentais para produção de monografias, dissertações e teses. Mas com foco diverso da produção de conhecimento social. Na área de direito impera a resenha bibliográfica como “método”. O ponto central reside no que é considerado como produção acadêmica. Se pesquisas empíricas não estão no horizonte dos pesquisadores em direito, dificilmente os discentes terão elementos para seguir esta opção. Para entender a falta de opções será realizada uma

avaliação da oferta de disciplinas dos cursos de pós-graduação (mestrado e doutorado) do Estado do Rio de Janeiro.

Os cursos de pós-graduação em sentido estrito reúnem as condições para oferta de conteúdos inovadores, tendo em vista que sua produção (dissertações e teses) requer pesquisa para ser realizada a contento. No caso do curso de doutorado, é dado como pressuposto que as teses oferecem uma contribuição original ao campo de conhecimento no qual elas foram produzidas (avanço do “estado da arte” ou do “estado da técnica”). Para que haja a localização da possibilidade de difusão de novas técnicas, é preliminar que exista o conhecimento sobre elas. Em um momento posterior, que não foi atingido e será tratado na conclusão deste trabalho, há o requisito de uma infra-estrutura de pesquisa empírica (o “laboratório”). O que será descrito a seguir é como estão organizados os programas de pós-graduação em sentido estrito de modo a demonstrar que há sub-representação dos conteúdos empíricos em seu conjunto de ofertas disciplinares. Posteriormente, será considerado que houve compreensivelmente pouca irradiação para este nível de ensino. O saldo desta descrição será que a pesquisa empírica está distante de compor o cotidiano de estudantes, professores e mesmo dos pesquisadores na área jurídica.

Os programas jurídicos de pós-graduação em sentido estrito se espalham por diversas especialidades. É importante ressaltar que maior parte dos programas se classifica na coleta anual de dados da CAPES apenas como “direito” (60100001). Poucos programas são listados nas subáreas (teoria do direito, 60101008; direito público, 60102004; direito privado, 60103000; e direitos especiais, 60104007), com exceção de alguns programas focados em direito público. Os dados foram re-classificados pela análise das áreas de concentração listadas na base eletrônica da CAPES:



Pode ser localizado que os programas exclusivamente focados em uma produção de orientação tradicional, ou seja, sem que haja autonomia para estudos em filosofia e teoria do direito, compõem a maioria da área, com 74% (setenta e quatro) do total de programas sendo classificados sem menção à teoria do direito. Os programas de pós-graduação alocados no Rio de Janeiro possuem uma conformação similar ao que ocorre no restante do país, em termos de classificação. Eles serão analisados mais detidamente no próximo tópico, em sua oferta de disciplinas.

### 3.1. Uma análise dos currículos no Estado do Rio de Janeiro e a pesquisa empírica

O debate sobre a necessidade de expansão dos estudos empíricos, no âmbito da pós-graduação em direito, foi muito pouco trabalhado analiticamente. Assim, se repete o dilema da subordinação da pesquisa empírica como uma parte indissociável de técnicas necessárias para a produção de trabalhos acadêmicos ou como grande problema filosófico (epistemologia). Desta forma, impera uma compreensão que mistura indicações práticas (como construir uma hipótese, como delimitar o objeto,

os limites da neutralidade analítica, dentre outros) com panoramas sobre a baixa institucionalização da pesquisa.

Em sentido convergente ao explicitado por Lee Epstein e Gary King<sup>15</sup>, pode-se considerar que o problema é distorcido na área de direito. No caso americano, existe um interesse crescente nas pesquisas jurídicas empíricas, sendo estas utilizadas como parte dos argumentos decisórios dos tribunais, inclusive. Esta situação enseja outro problema, que é concernente à qualidade dos estudos empíricos, visto que eles são utilizados pragmaticamente nos tribunais como “verdades científicas” na luta argumentativa<sup>16</sup>. O grande problema, neste quesito, diz respeito à pouca atenção dada às regras sobre inferência, que tem a ver com os padrões aceitos para validação das evidências e dos raciocínios científicos que permitem a resposta às perguntas. De forma simplificada, se um pesquisador quer comprovar que uma sólida formação empírica constitui um diferencial para contratação de egressos no mercado de trabalho, ele precisará construir bases de dados que permitam comprovar analiticamente esta afirmação. Obviamente, existe uma crítica forte dirigida à tradição americana dos estudos de caso, de onde seriam extraídas generalizações impossíveis de serem fundadas empiricamente. O debate é bastante interessante, mas ele possui um pressuposto que é o conhecimento de técnicas e das práticas de pesquisa empírica pelos pesquisadores. É este o ponto que será aferido neste tópico.

Os dados utilizados para conformação do debate em relação à pesquisa empírica na pós-graduação para a área de Direito foram retirados da base da CAPES. Eles dizem respeito ao ano-base de 2004. No contexto geral da área, naquele ano, havia 52 (cinquenta e dois) programas ativos. Foram coletados dados dos seguintes programas da área de Direito, do Estado do Rio de Janeiro:

---

<sup>15</sup> Lee Epstein e Gary King. Op. Cit. 2002.

<sup>16</sup> Id. Op. Cit. 2002.

### Quadro 1. Programa de Pós-Graduação da área de direito.

Cursos		Instituição	Localidade
M	–	Centro Universitário Fluminense (Faculdade de Direito de Campos, FDC)	Campos
M	D	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC - Rio)	Rio de Janeiro
M	–	Universidade Cândido Mendes (UCAM)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade Estácio de Sá (UNESA)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)	Rio de Janeiro
M	D	Universidade Gama Filho (UGF)	Rio de Janeiro
MF	–	Fundação Getúlio Vargas (FGV - Rio)	Rio de Janeiro
M	–	Universidade Federal Fluminense (UFF)	Niterói

Fonte: Os dados foram retirados do site da CAPES (<http://www.capes.gov.br>).

O conjunto dos 08 (oito) programas analisados demonstra a reprodução de uma lógica na qual o conhecimento jurídico é colocado em um patamar de distinção hierárquica em relação aos conhecimentos de outras áreas. De uma forma geral, os estudos empíricos estão inseridos como parte de disciplinas ligadas à área de “metodologia da pesquisa” e/ou “seminário de produção de dissertação ou tese”. Não haveria problema em tal alocação se o conteúdo de teoria do direito fosse relacionado com tal debate. O que tal separação demonstra é a desvinculação da pesquisa empírica em relação ao debate sobre a interpretação e a efetividade do direito.

Foi realizada uma classificação de disciplinas baseada nas bibliografias e objetivos dos programas listados na coleta de dados da CAPES de 2004. Esta classificação é indiretamente inspirada no trabalho de Tracey George, que construiu uma escala para avaliar a presença da pesquisa empírica nas “Law



Schools” norte-americanas<sup>17</sup>. Uma análise do caso americano será realizada posteriormente. No tópico pertinente será traçada uma comparação com este trabalho. No caso dos programas do Estado do Rio de Janeiro, as disciplinas foram classificadas em duas categorias. A primeira categoria diz respeito ao modo como o conteúdo bibliográfico acerca de dados e métodos empíricos está relacionado com a área jurídica: (1) integrado, quando o debate converge para referências teóricas comuns; (2) agregado, quando há justaposição de elementos (por exemplo, listando um manual de técnicas de pesquisa sem bibliografia teórica de direito); e (3) autônomo, quando o conteúdo é relacionado com uma área correlata (ciência política, economia, sociologia, etc.) sem integração teórica. Para definir se há, ou não, convergência teórica, foi definida a caracterização da disciplina como “J” (jurídica) ou “NJ” (não-jurídica). O objetivo foi localizar elementos que indiquem a presença de pesquisa empírica e não de julgar a consistência dos programas. A segunda categoria diz respeito à obrigatoriedade, ou não, do discente cursar a disciplina analisada.

## Quadro 2. Disciplinas selecionadas dos programas de pós-graduação do Rio de Janeiro.

Sigla	Disciplina	Autonomia do Conteúdo	Obrigatória ou Optativa?	Carga Horária
FDC	Criminologia e Vitimologia (J)	Agregado	Optativa	30h
	Economia do Petróleo (NJ)	Autônomo	Optativa	30h
	Métodos e Técnicas de Pesquisa Aplicada (NJ)	Agregado	Obrigatória	15h
	Seminário Integrado de Projeto de Dissertação (NJ)	Agregado	Obrigatória	30h
PUC - Rio	Seminário de Metodologia e Dissertação (NJ)	Agregado	Obrigatória	45h
	Seminário de Pesquisa (NJ)	Agregado	Obrigatória	60h

<sup>17</sup> GEORGE, Tracey E. An empirical study of empirical legal scholarship: the top law schools. *Indiana Law Journal*. v. 81. p. 141-161. 2006.

Sigla	Disciplina	Autonomia do Conteúdo	Obrigatória ou Optativa?	Carga Horária
UCAM	Metodologia da Pesquisa (NJ)	Agregado	Obrigatória	135h
	Sociologia Jurídica (NJ)	Integrado	Obrigatória	135h
	Estado, Mercado e Regulação (NJ)	Integrado	Obrigatória (*)	135h
	Regimes Regulatórios Comparados (NJ)	Integrado	Obrigatória (*)	135h
	Regulação Econômica (NJ)	Integrado	Obrigatória (*)	135h
UNESA	Jurisdição Constitucional (J)	Agregado	Optativa	45h
	Novos Rumos do Comércio Internacional (NJ)	Autônomo	Optativa	45h
	Sociologia Jurídica (NJ)	Agregado	Obrigatória	45h
UERJ	Estudo Crítico de Casos (J)	Integrado	Optativa	45h
	Financiamento das Políticas Públicas (NJ)	Autônomo	Optativa	45h
	Metodologia da Pesquisa Jurídica (NJ)	Agregado	Optativa	45h
	Metodologia do Ensino Jurídico (NJ)	Agregado	Optativa	45h
	Relações Jurídicas Patrimoniais e Demandas Sociais (J)	Integrado	Optativa	45h
	Sistema Financeiro Internacional (NJ)	Autônomo	Optativa	45h
	Teoria Econômica e Políticas de Integração (NJ)	Autônomo	Optativa	45h
UGF	Jurisdição Constitucional (J)	Integrado	Optativa	45h
	Novos Rumos do Comércio Internacional (NJ)	Integrado	Obrigatória	45h
	Sociologia Jurídica (NJ)	Agregado	Optativa	45h
FGV - Rio	Estatística (NJ)	Autônomo	Optativa	15h
	Poder Judiciário II (Estrutura Política e Administrativa) (J)	Agregado	Optativa	45h
	Poder Judiciário IV (Análise Econômica das Sentenças) (J)	Integrado	Optativa	45h



Sigla	Disciplina	Autonomia do Conteúdo	Obrigatória ou Optativa?	Carga Horária
UFF	Teoria Constitucional Contemporânea (J)	Agregado	Optativa	60h
	Aspectos Sócio-Jurídicos da Cidadania (NJ)	Agregado	Obrigatória	60h
	Aspectos Sócio-Jurídicos do Trabalho (NJ)	Integrado	Obrigatória	60h
	Metodologia Científica (NJ)	Integrado	Obrigatória	60h

Nota: (\*) Apenas na área de concentração em Regulação e Concorrência.

Legenda: (NJ) Não jurídica; (J) Jurídica.

Fonte: Sítio eletrônico da CAPES. Disponível em: <http://www.capes.gov.br>.

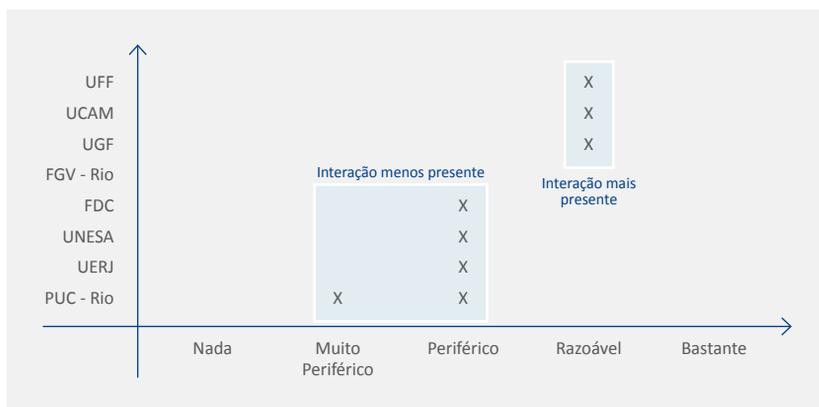
Deve ser ressaltada que outra classificação mais detalhada poderia avaliar a produção dos docentes e discentes e definir um quadro mais claro. A partir desta primeira categorização foi organizada uma escala da representação da pesquisa empírica nos programas pela adesão aos quesitos listados no quadro abaixo.

### Quadro 3. Análise qualitativa da representação de pesquisa empírica nas disciplinas.

Grau de representação	Detalhamento
Bastante representada	Existe como disciplina(s) específica(s) (jurídica e obrigatória) em relação ao programa.
Razoavelmente representada	Existe como conteúdo integrado de disciplina(s) obrigatória(s) do programa.
Periféricamente representada	Existe como conteúdo integrado em disciplina(s) optativa(s) do programa ou agregado em disciplina(s) obrigatória(s).
Muito periféricamente representada	Existe como conteúdo agregado em disciplina(s) optativa(s) na grade ou como disciplina externa (autônoma).
Nada representada	Inexiste na grade.

Depois da classificação dos programas nesta escala, chegamos à conclusão de que existe uma interação que pode ser descrita como algo entre o “razoável” e o “periférico” em relação ao conteúdo de pesquisa empírica no âmbito dos cursos de pós-graduação em sentido estrito. Dentre os programas analisados, nenhum poderia ser considerado no topo (“bastante representada”) e na base (“nada representada”). Assim, excluindo os extremos, pode-se considerar que os programas se dividem em dois grupos. O primeiro no qual há uma interação mais presente com os temas da pesquisa empírica e outro em que esta interação é pouco representada.

**Figura 2. Comparação de representação da pesquisa empírica nos programas**



O caminho que o conteúdo da pesquisa empírica tem trilhado para alcançar espaço na área de direito tem sido a ocupação de um espaço tradicional (como parte da sociologia jurídica ou de metodologia) ou inovador (caso da análise econômica do direito). O saldo mais negativo foi localizar que as disciplinas tradicionais de metodologia oferecem um espaço por demais restrito para a integração de métodos de pesquisa empírica ao debate jurídico. Para que haja tal integração, é necessário que exista demanda de produção acadêmica com este conteúdo. Assim, é necessário que os programas tenham

interesse em investir numa integração de estudos empíricos com a tradicional análise qualitativa – informada filosoficamente – realizada pelos juristas.

O próximo capítulo será dedicado à compreensão do caso americano, onde há uma experiência sólida em direção à pesquisa empírica. Como contraponto será analisado o caso inglês, onde a proximidade com o Brasil e os outros países continentais é surpreendente. Na verdade, o avanço americano pode ser resumido na excepcionalidade de seu sistema educacional que pôde absorver pesquisadores empíricos na ampla quantidade de docentes qualificados que trabalham em suas instituições.

## 4. Um panorama comparado: O dilema nos Estados Unidos

Parece que o único lugar onde se construíram pesquisas científicas acerca do direito envolvendo análises de dados foram os países da “common law”. No caso específico dos Estados Unidos, temos um exemplo bastante elucidativo que é a tentativa da fundação da Jurisprudência Sociológica, cujos nomes mais importantes seriam Roscoe Pound, Oliver Wendell Holmes e Benjamin Cardozo<sup>18</sup>. O primeiro era formado originalmente em direito e botânica. Ele tinha grande familiaridade com pesquisas científicas originárias na área de ciências naturais. Os seus trabalhos estão baseados na interpretação de julgados de cortes americanas, buscando neles sentido social. No caso de Holmes e Cardozo, o objetivo de uma Jurisprudência Sociológica estava relacionado com a perspectiva de compreender o funcionamento das decisões judiciais de forma precisa. Esta precisão tornaria possível, inclusive, prever as futuras deliberações judiciais.

---

<sup>18</sup> Para uma visão sobre o panorama da jurisprudência sociológica e do realismo jurídico norte-americano, cf. SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. London / Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

Outro nome de relevo é o de Karl N. Llewellyn, cientista social que buscava entender o direito e o modo processual dos povos nativos norte-americanos. Para tanto, realizou intensas observações sobre a dinâmica da solução de conflitos entre estas populações. Neste tocante, não interessava à Llewellyn as conclusões que apontavam o direito destes povos como inexistente. Tal conclusão era dada pelos opositores de Llewellyn, pois para estes, com a ausência de órgãos específicos para resolução de conflitos, não poderia haver direito. Ele discordava: o que importava é que existissem as funções de resoluções de conflito<sup>19</sup> Se estas estivessem com o líder do clã de armas ou com o conselho de líderes e não com um tribunal formal, ainda assim haveria a produção do direito. Outra crítica seria a de que estes povos teriam um sistema de direito simples, em contraposição com o modelo ocidental, visto como complexo. Ou então, em outra nomenclatura, que teriam um sistema primitivo enquanto os ocidentais teriam um modelo avançado ou moderno. Para os antropólogos do direito, como Llewellyn, esta crítica também não tinha fundamento, pois o sistema das populações observadas era mais complexo e cheio de meandros do que o americano, importado da tradição inglesa. Note que as pesquisas eram derivadas de grande quantidade de dados, coletados por meio de observação e sistematizados.

O legado da Jurisprudência Sociológica foi recepcionado pelo Realismo Jurídico norte-americano, que tinha como objetivo precípua o estabelecimento de uma agenda de pesquisas empíricas sobre o direito pela conjugação de esforços dos juristas com pesquisadores de outras áreas<sup>20</sup>. A atual sociologia do direito, nos Estados Unidos e em outros países, é diretamente relacionada com esta tentativa que possibilita afirmar que atualmente toda a academia ainda é, em parte, realista.

---

<sup>19</sup> HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954. Esta entrada nos permite um paralelo com a Antropologia do Direito. Pouco estudada no Brasil, tem uma obra clara para seu entendimento: KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaios de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

<sup>20</sup> John Henry Schlegel. Op. Cit. 1995.

O avanço das pesquisas empíricas sobre temas jurídicos nos Estados Unidos é crescentemente forte. Recentemente, a análise econômica do direito, que possui a obra de Richard Posner<sup>21</sup> como central, se soma ao legado da sociologia realista do direito. Mas existem problemas. Da quantidade total de professores das várias universidades, apenas uma pequena parte trabalha com pesquisas empíricas. Entretanto, o maior problema, para Lee Epstein e Gary King, não é quantitativo, ou seja, não faltam trabalhos acadêmicos<sup>22</sup>. A carência é de qualidade. A questão central reside no fortalecimento do diálogo entre a área de direito com as outras ciências empíricas para que a primeira partilhe dos padrões acadêmicos aceitos na comunidade científica. Eles organizam um conjunto de cinco sugestões, dirigidas para diferentes públicos:

1. Para atender aos estudantes de direito (mestrado e doutorado), é recomendado que as instituições ofereçam cursos sobre pesquisa empírica com a contratação de docentes capacitados para tal, se for o caso;
2. No caso dos pesquisadores, é importante ampliar as possibilidades para realização de pesquisas empíricas (eles devem ter oportunidade de serem treinados em ferramentas metodológicas para tal, bem como podem ser agregados pesquisadores auxiliares para equipes interdisciplinares)
3. No âmbito da prática jurídica, ou seja, em relação aos advogados, magistrados e etc., há a recomendação de que seja considerado o treinamento em ferramentas empíricas como habilidade valorizada no momento de contratação por um escritório; o que parece importante é a noção de que a proficiência com pesquisa empírica

---

<sup>21</sup> Podemos indicar que este livro é uma boa introdução ao tema: POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2002. Todavia, o entendimento do “Law and Economics” demandaria conhecer algumas outras obras, dentre as quais: COOTER, Robert; ULLEN, Thomas, *Derecho y economía*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1998; SUNSTEIN, Cass. (Ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000. Além delas, há uma obra seminal: COASE, Ronald H. *The firm, the market, and the law*. Chicago, IL: Chicago University Press, 1990.

<sup>22</sup> Lee Epstein e Gary King. Op. Cit. 2003.

- pode auxiliar o entendimento, produção e refutação de argumentos empíricos (nos Estados Unidos, isto é particularmente verdadeiro);
4. Os periódicos acadêmicos (“Law Review”) devem passar por uma profunda reformulação porque, no caso norte-americano, eles são controlados pelo corpo discente e não possuem avaliação de pares; para os autores, isto é particularmente chocante porque os professores são editados pelos estudantes; e
  5. Por fim, os sistemas de arquivo e de documentação das informações jurídicas, como bases de dados de acórdãos dos tribunais, devem ser padronizados para utilização em pesquisas empíricas como fontes confiáveis.

No caso do Reino Unido, a Fundação Nuffield, em conjunto com a University College of London (UCL), produziu um levantamento sobre a manutenção da capacidade para produção de pesquisas empíricas no Direito<sup>23</sup>. Em consonância com estes esforços no mapeamento do problema, a Fundação oferece verbas para incentivar o desenvolvimento desta área. Na década de 70, o Reino Unido desenvolveu um esforço concentrado para expandir a produção de pesquisas empíricas com diversas iniciativas. Elas foram parcialmente bem sucedidas e gerou-se uma maturação que desembocou na fundação de uma associação nacional (“Socio-Legal Studies Association”). A pesquisa de 2006 buscou localizar tanto as perspectivas futuras, como os dilemas atuais e as sugestões para a área. O quadro, traçado pelos pesquisadores britânicos, identificou que as pesquisas empíricas no Direito apresentam um excepcional panorama no campo da demanda. Mas que há baixa capacidade instalada no país para equacionar esta demanda com a oferta de pessoal treinado para produção. Assim, esta demanda de produção não conseguirá ser equacionada porque subsistem alguns problemas de ordem subjetiva e objetiva. Entre os problemas de ordem subjetiva está a baixa importância dada pelos pesquisadores de direito

---

<sup>23</sup> GENN, Dame Hazel; PARTINGTON, Martin; WHEELER, Sally. *Law in the real world: improving our understanding of how law works (final report and recommendations)*. London: The Nuffield Foundation, nov. 2006.



ao tema. Esta menor importância decorre do fato que é mais custoso produzir uma carreira focada em pesquisa empírica do que em áreas tradicionais, que possuem um retorno – objetivo, salários e posições acadêmicas – mais rápido e melhor. O diagnóstico é muito semelhante ao traçado por Peter Schuck<sup>24</sup>.

Como pode ser apreendido, existe um conjunto de problemas que são efetivamente transnacionais. Assim, eles afetam negativamente a produção empírica de pesquisas jurídicas em todos os países. A origem destes motivos se encontra na cultura jurídica, que não consegue estabelecer um verdadeiro diálogo científico com as outras áreas. Obviamente, há o partilhado problema dos incentivos, ou seja, se não há motivação material e subjetiva para o desenvolvimento de pesquisas empíricas, certamente poucos acadêmicos se encaminharão para o caminho que é mais árduo para ser bem sucedido. O equilíbrio que pode existir é a possibilidade de que os pesquisadores empíricos sejam beneficiados com mais subsídios e fomento para a produção. Mas tal quadro depende muito da organização da comunidade científica de cada país. Em ambientes onde os recursos são exíguos, a tendência é que as verbas sejam disputadas com mais voracidade, fazendo que tal política seja inviável na prática.

É importante ressaltar que a experiência norte-americana não possui paralelo com nenhum outro país do mundo. Assim, a tendência observada naquele país, sobre a pesquisa empírica ser considerada como parte dos fatores positivos no “ranking” das instituições, não deve ser replicada tão facilmente<sup>25</sup>. Ainda, é relevante notar que a primeira grande diferença entre o sistema educacional norte-americano e os dos outros países é o nível onde se encontra o curso de direito. Enquanto nos EUA, o curso é uma pós-graduação de três anos, nos outros países, ele é um curso de graduação. Naturalmente, os calouros de direito americanos não estão tendo o seu primeiro contato com o mundo acadêmico adulto no curso de direito. Este é um prolongamento de uma formação superior preexistente.

---

<sup>24</sup> Peter Schuck. Op. Cit. 1999.

<sup>25</sup> Tracey George. Op. Cit. 2006.

## 5. Considerações finais: Um dilema a ser superado

Foi realizado um grande avanço em termos de pesquisa na área de direito nos últimos vinte anos, ou seja, desde o relatório produzido por Aurélio Wander Bastos (1986). A oferta de cursos se ampliou e o número de egressos no mestrado e no doutorado também cresceu. A pesquisa empírica, antes relegada apenas ao espaço da sociologia jurídica, entendida como disciplina “auxiliar” ou de formação humanista, tem uma renovação sensível com a necessidade de compreender o funcionamento do sistema em paralelo com a sociedade onde ele está situado e o mundo econômico. Para confirmar esta necessidade, existe a atual produção de diversos relatórios e pesquisas sobre o papel social, político e econômico do Poder Judiciário. Entender como funciona o sistema jurídico não é mais possível apenas com o estudo das normas e dos intérpretes normativos. A compreensão das consequências e dos julgamentos, na prática, exige conhecimentos que ultrapassam a tradicional dogmática.

A questão, apontada em debate realizado pela Escola de Direito de São Paulo (EDESP), da Fundação Getúlio Vargas, demonstrou a inquietude sobre a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídica. O ponto de vista do professor Tércio Sampaio Ferraz Jr., no sentido de que a dogmática é constitutiva do conhecimento jurídico é o ponto crucial para entender o dilema de reformulação<sup>26</sup>. Esta formulação da centralidade da dogmática é de difícil compreensão para pesquisadores de outras áreas como Marcos Nobre, onde a opinião douctoral é mediada pelo rigor científico<sup>27</sup>. Na forma como está colocado o dilema, a dogmática não é passível de integração com pesquisas empíricas, por exemplo. Assim, estudos baseados na compreensão exaustiva de acórdãos, de

---

<sup>26</sup> FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. A relação entre dogmática e pesquisa. In: NOBRE, Marcos. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73-79.

<sup>27</sup> NOBRE, Marcos. O que é pesquisa em direito? In: \_\_\_\_\_. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-37.

modo a extrair regularidades sobre a “ratio decidendi” acerca de determinado tema, possuem menos possibilidade de êxito do que a opinião doutrinária. Na prática, a compreensão maciça da realidade jurídica – fortemente indutiva – pode contribuir muito para desmistificar determinadas concepções jurídicas, que formam um verdadeiro “senso comum dos práticos”, em prol do uso de conceitos reformulados teoricamente e fundamentados em estudos empíricos. Tal produção fortalecerá os debates filosóficos da área jurídica, que possuem sensível expressão no âmbito de uma profunda renovação em curso no Direito Público, com consequências em todas as áreas do direito.

A condição principal para que isto ocorra não é a reformulação autônoma do estado da arte da teoria, apenas. Ela está relacionada com a produção de pesquisas empíricas, com melhor qualidade, que possam interagir com a profícua produção filosófica. Portanto, o ponto central ainda continua no intercâmbio e na formação de infraestruturas para realização intensiva de pesquisas empíricas, conforme o diagnóstico de Lee Epstein e Gary King<sup>28</sup>. Só o fortalecimento da produção científica empírica, no direito, poderá romper o círculo vicioso que a área atravessa em termos de verbas e respeitabilidade acadêmica. Ele pressupõe que mais pessoas formadas em áreas como economia, sociologia, antropologia e ciência política, encontrem espaço nos programas de pós-graduação em Direito. Com este espaço, estes programas disporão de plataformas de pesquisa que permitirão a estes pesquisadores produzirem e, a partir da consolidação desta produção, paulatinamente poderão aproximar o quadro brasileiro do problema norte-americano. Será somente por meio desta via que os futuros graduandos poderão tomar contato, de forma eficaz, com pesquisas empíricas, no mesmo sentido que ocorre na formação dos estudantes de direito norte-americanos.

---

<sup>28</sup> Lee Epstein e Gary King, Op. Cit. 2002. Id. Op. Cit. 2003.

## 6. Referências Bibliográficas

- ALEXY, Robert. *La institucionalizacion de la justicia*. Editorial Comares, Granada, 2005
- \_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2004.
- CAPES. *Plano nacional de pós-graduação (2005-2010): Subsídios preliminares da área de ciências sociais aplicadas*. Brasília. 2005. (mimeo).
- \_\_\_\_\_. *Pós-graduação: enfrentando novos desafios (documentos e resultados do seminário realizado pela CAPES)*. Infocapes. v. 9, n. 02/03. 1999.
- COASE, Ronald H. *The firm, the market, and the law*. Chicago, IL: Chicago University Press, 1990.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas, *Derecho y economía*. México, DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The rules of inference. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 69, n. 01. p. 01-133, 2002.
- \_\_\_\_\_. Building an infrastructure for empirical research in the law. *Journal of Legal Education*. Washington, DC. v. 53, n. 311. p. 311-320, 2003.
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. A relação entre dogmática e pesquisa. In: NOBRE, Marcos. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 73-79.
- FRAGALE FILHO, Roberto; VERONESE, Alexandre. A pesquisa em direito: diagnóstico e perspectivas. *Revista Brasileira de Pós-Graduação*. CAPES. Brasília, n. 2. p. 53-70, nov. 2004.
- GARRIDO DA SILVA, Alexandre. Direito, correção normativa e a institucionalização da justiça, *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 1, 2006. (Resenha do Livro).
- GENN, Dame Hazel; PARTINGTON, Martin; WHEELER, Sally. *Law in the real world: improving our understanding of how law works (final report and recommendations)*. London: The Nuffield Foundation, nov. 2006.
- GEORGE, Tracey E. An empirical study of empirical legal scholarship: the top law schools. *Indiana Law Journal*. v. 81. p. 141-161. 2006.

HOEBEL, E. Adamson. *The law of primitive man: a study in comparative legal dynamics*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEOPARDI MELLO, Maria Tereza. Direito e Economia em Max Weber. *Revista Direito GV* 4, v. 2, n. 2, p. 45-65, jul/dez.2006.

NOBRE, Marcos. *O que é pesquisa em direito?* In: \_\_\_\_\_. (Org.). *O que é pesquisa em direito?* São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-37.

\_\_\_\_\_. Apontamentos sobre a pesquisa em direito no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo: CEBRAP. n. 66. p. 145-154, jul. 2003.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 6 ed. New York: Aspen Publishers, 2002.

SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. London / Chapel Hill, NC: University of North Carolina Press, 1995.

SCHUCK, Peter H. Por qué los profesores de derecho no hacen más investigación empírica? In: BÖHMER, Martin F. (Comp.) *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa Editorial, 1999. p. 129-145.

SGARBI, Adrian. *Hans Kelsen: Ensaio Introdutórios (2001-2005)*, v. 1. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SUNSTEIN, Cass. (Ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000.

SWEDBERG, Richard. *Max Weber e a idéia de sociologia econômica*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2005.

TRUBEK, David. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo (1972, orig.). *Revista Direito GV* 5, v. 3, n. 1., p. 151-186. jan./jun. 2007.

VARGA, Csaba. Algunas cuestiones metodológicas de La formación de los conceptos em ciencias jurídicas. Maracaíbo: Instituto de Filosofia Del Derecho LUZ / Faculdade de Derecho, 1982 (reprint 2005) (Cuaderno de trabajo n. 32).

WEBER, Max. Sociologia do direito. In: \_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. v. 2. São Paulo: Editora UnB / Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WERNECK VIANNA, Luiz. Weber e a interpretação do Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 53, p. 33-47, mar. 1999.



Impactos  
Socioambientais na  
Produção Energética:  
Compensação  
Financeira e *Royalties* do  
Petróleo e Gás Natural.

Ana Carolina Ali Garcia\*\*

## Resumo<sup>1</sup>

O presente artigo traz uma *análise dogmática* das obrigações pecuniárias pela exploração de petróleo e gás natural: *participação* e *compensação financeira*, diferenciando, a partir do texto constitucional, suas naturezas e normas de incidência, e, na sequência, parte para o detalhamento das regras atuais de rateio dos *royalties* e sua subsunção em uma dessas categorias de obrigações, sob um olhar voltado, também, para as leis ordinárias regulamentadoras. Uma rápida pesquisa jurisprudencial revela que a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal, suspendendo dispositivos da Lei nº 12.734/2012, que alteram o critério de rateio dos *royalties*, conflita com julgados da Corte que têm por objeto a *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais* – CFEM e a *compensação ambiental*, os quais serão objeto de análise crítica.

## Sumário

1. Introdução – 2. Análise dogmática: 2.1. Direito positivo constitucional; 2.2. Órgãos da administração direta da União: destinatários?; 2.3. O conectivo ou: disjuntor includente ou excludente? – 3. Categorias de relações obrigacionais: 3.1. União X Concessionário; 3.2. União X Estados, Distrito Federal e Municípios; 3.3 Fato na norma: participação e compensação financeira – 4. Legitimados: 4.1. A legitimidade ativa na compensação financeira; 4.2. A legitimidade ativa na participação – 5. Os *Royalties* e sua natureza jurídica – 6. Lei nº 12.734/2012: linhas gerais de rateio – 7. Os *royalties* sob a disciplina da Lei nº 12.734/2012: compensação financeira e/ou participação? – 8. Participação e Compensação Financeira: classificação de receitas públicas – 9. Compensação ambiental – 10. ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e gás natural X *Royalties* – 11. Conclusões – Bibliografia

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2005; Pós-Graduada em Direito Tributário prlo IBET (2011).

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas. Ano 21. Vol. 112. Set.-out./2013. Ed. Revista dos Tribunais (RT). Coordenação-geral Edvaldo Pereira de Brito. Coordenação e Jurisprudência Marcelo Campos. Publicação oficial da Academia Brasileira de Direito Tributário – ADT.

# 1. Introdução

A exploração de petróleo e gás natural é regulada, essencialmente, pelas Leis nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989, que institui a compensação financeira pelo resultado da exploração de petróleo ou gás natural; nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética nacional e as atividades relativas ao monopólio do petróleo e nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010, que trata da exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas.

Nesses diplomas, o rateio dos *royalties*, em função da produção, dá-se, preponderantemente, entre os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios haja a exploração ou sejam confrontantes com a exploração de petróleo e gás natural (chamados de entes *produtores ou confrontantes*); entre os Municípios afetados por operações de embarque e desembarque desses recursos minerais; e entre a União.

As legislações ordinárias citadas só contemplavam a participação de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios na partilha dos *royalties*, por meio de um Fundo misto, numa alíquota de 7,5% (sete e meio por cento), incidente, apenas, sobre a parcela dos *royalties* que excedesse a 5% (cinco por cento) da produção e desde se tratasse de exploração na plataforma continental.

Analisando o Projeto de Lei nº 2.565/2011 (nº 448/11 no Senado Federal), que visava à modificação das Leis nº 9.478/1997 e nº 12.351/2010, a Presidente da República, por meio da Mensagem nº 522, de 30 de novembro de 2012, decidiu vetar parcialmente os dispositivos que tratavam da redistribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural entre os entes da federação, sancionando a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012, e, para suprir as lacunas legislativas deixadas pelos seus vetos, editou a Medida Provisória nº 592/2012.

O Congresso Nacional, em 14 de março de 2013, derrubando as partes vetadas do respectivo Projeto, decretou e, então, a Presidente promulgou a Lei nº 12.734/2012, restando estabelecidos, linhas gerais, novos critérios de distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural, de modo que passam a

participar da partilha todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de Fundos Especiais próprios, quando se tratar de exploração em *áreas do pré-sal* (alíquotas de 25%<sup>2</sup> e 24,5%<sup>3</sup>) ou, em relação às demais áreas, apenas quando a exploração ocorrer na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva (alíquota de 20%), além de ter sido mantido, pelo legislador ordinário, o rateio em favor dos chamados entes *produtores ou confrontantes*, dos Municípios afetados por operações de embarque e desembarque e da União.

A discussão acerca da constitucionalidade de dispositivos da Lei nº 12.734/2012 foi levada ao Supremo Tribunal Federal pelos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Espírito Santo, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade<sup>4</sup>, tendo a Ministra Carmén Lúcia, em decisão monocrática<sup>5</sup>, concedido a cautelar nos autos da ADI nº 4917/MC para suspender os dispositivos impugnados da referida lei<sup>6</sup>, acolhendo a tese do Governador do Estado do Rio de Janeiro<sup>7</sup>, sob, em síntese, os seguintes fundamentos: (i) o legislador ordinário desconsiderou a natureza indenizatória dos *royalties* ao subtrair dos entes produtores ou confrontantes valores compensatórios que

<sup>2</sup> Exploração de petróleo e gás natural em terra, rio, lago, ilha fluvial ou lacustre.

<sup>3</sup> Exploração de petróleo e gás natural na plataforma continental, no mar territorial ou na zona econômica exclusiva.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.916; ADI nº 4.917; ADI nº 4.918; e ADI nº 4.920, Relatora Ministra Carmén Lúcia. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na ADI nº 4.917, Relatora Ministra Cármen Lúcia, publicada no DJE nº 54, divulgado em 20.03.2013. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

<sup>6</sup> Art. 42-B; 42-C da Lei nº 12.351/2010 e arts. 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; §2º do art. 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E, da Lei nº 9.478/97. Obs.: Constou, equivocadamente, na decisão cautelar que todos os dispositivos suspensos eram da Lei nº 9.748/97; no entanto, a Lei nº 12.734/2012 trouxe alterações tanto na Lei nº 9.478/97, quanto na Lei nº 12.351/2010.

<sup>7</sup> Argumenta, na inicial, o Governador do Estado do Rio de Janeiro, em síntese, que a nova legislação, ao repactuar os percentuais e a forma de rateio das receitas advindas dos *royalties*, teria privilegiado os entes *não produtores/não-confrontantes*, que não sofrem impactos e riscos associados à exploração do petróleo e que já são beneficiados pela regra especial de incidência do ICMS (nas operações interestaduais com petróleo há a incidência do ICMS no Estado de destino e não da origem do produto – art. 155, §2º, X, “b”, CF), além de ter atingido contratos de concessão já vigentes.

Petição inicial disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

lhes seriam devidos pelos danos suportados pela exploração do petróleo; (ii) a vinculação dos *royalties* aos chamados entes produtores ou confrontantes acomoda-se ao regime tributário do ICMS nas operações interestaduais com petróleo e derivados, já que o titular do tributo é o Estado de destino e não de origem do produto; (iii) a aplicação imediata das novas regras de rateio aos contratos de concessão vigentes afronta a segurança jurídica.

## 2. Análise dogmática

### 2.1. Direito positivo constitucional

De acordo com a Constituição Federal, os recursos minerais (inclusive o subsolo), o mar territorial e os recursos naturais da zona econômica exclusiva e da plataforma continental são, todos, bens da União (art. 20, incisos V, VI e IX<sup>8</sup>), cabendo-lhe legislar privativamente (art. 22, inciso XII<sup>9</sup>) e o monopólio da pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural (art. 177, inciso I<sup>10</sup>), passíveis de exploração direta ou, indiretamente, por meio dos institutos da autorização ou da concessão (art. 176, §1<sup>11</sup>).

---

<sup>8</sup> Art. 20. São bens da União:

(...)

V - os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva;

VI - o mar territorial;

(...)

IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo;

<sup>9</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

<sup>10</sup> Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; (Vide Emenda Constitucional nº 9, de 1995)

<sup>11</sup> Art. 176.

(...)

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o “caput” deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação da EC 06/1995)

As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra (art. 176, *caput*, CF<sup>12</sup>) e ao proprietário<sup>13</sup> do solo uma participação nos resultados da lavra, na forma e no valor que a lei<sup>14</sup> dispuser (art. 176, §2º, CF<sup>15</sup>).

Aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União é assegurada, pela Constituição Federal, nos termos da lei, *participação no resultado da exploração* de petróleo ou gás natural, no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou *compensação financeira por essa exploração* (art. 20, §1º, CF<sup>16</sup>).

O §1º do art. 20 da CF é o dispositivo central objeto deste estudo e exige uma leitura sistemática com o *caput* e os incisos V, VI e IX do referido art. 20, bem como com o §1º do art. 176 e o inciso I do art. 177, todos da CF, para

---

<sup>12</sup> Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

<sup>13</sup> Registre-se que a participação nos resultados da lavra a que se refere o §2º do art. 176 da CF, assegurada ao proprietário do solo, não se confunde com a participação ou compensação financeira entregue aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do §1º do art. 20 da CF. Os sujeitos ativos dessas relações jurídicas são diferentes.

<sup>14</sup> A Lei nº 9.478/97, no art. 52, *caput*, prevê que: “Constará também do contrato de concessão de bloco localizado em terra cláusula que determine o pagamento aos proprietários da terra de participação equivalente, em moeda corrente, a um percentual variável entre cinco décimos por cento e um por cento da produção de petróleo ou gás natural, a critério da ANP” e no parágrafo único estabelece que “a participação a que se refere este artigo será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco”. Já a Lei nº 12.351/2010, no art. 43, *caput*, estipula que: “O contrato de partilha de produção, quando o bloco se localizar em terra, conterà cláusula determinando o pagamento, em moeda nacional, de participação equivalente a até 1% (um por cento) do valor da produção de petróleo ou gás natural aos proprietários da terra onde se localiza o bloco. E no §1º prescreve que “a participação a que se refere o *caput* será distribuída na proporção da produção realizada nas propriedades regularmente demarcadas na superfície do bloco, vedada a sua inclusão no cálculo do custo em óleo”.

<sup>15</sup> Art. 176. (...)

§2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

<sup>16</sup> Art. 20. (...)

§ 1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

se extrair a seguinte norma: se a União explorar petróleo e gás natural deve partilhar com os demais entes da federação – e com seus *órgãos*, segundo a literalidade do dispositivo que será objeto de análise crítica no tópico a seguir – as receitas auferidas com essa atividade econômica, por meio da *participação no resultado da exploração*, ou deve *compensá-los financeiramente* por essa exploração, nos termos da lei.

## 2.2. Órgãos da administração direta da união: destinatários?

Dispõe o §1º do art. 20 da CF que “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a *órgãos da administração direta da União*, participação no resultado da exploração (...) ou compensação financeira por essa exploração.” (grifamos)

Quanto à legitimidade dos órgãos da administração direta da União para o recebimento da participação ou da compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural, a doutrina tece críticas ao dispositivo constitucional, sob o fundamento de que estes não possuem personalidade jurídica, de modo que não poderiam receber recursos diretamente, salvo a existência de fundo, sendo possível concluir que estas verbas irão, na verdade, compor o orçamento da União para, depois, serem distribuídas entre os órgãos que a lei estabeleça.

Inclusive, registre-se que a Lei nº 12.734/2012 não mais estabelece a partilha em favor de órgãos federais, como o faziam as legislações anteriores, mas, sim, fixa um percentual em benefício da própria União.

O Professor Régis Fernandes de Oliveira<sup>17</sup>, com acerto, esclarece que “o comando normativo dirige-se ao legislador para que, quando da elaboração

---

<sup>17</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 248.

das leis orçamentárias, distribua recursos em percentual estabelecido em regulamento ou em percentual que for atribuído em decorrência de ato inserto no orçamento anual”.

A interpretação, portanto, que deve ser dada ao §1º do art. 20 da Carta Magna é no sentido de que a norma constitucional estabeleceu, tão-somente, uma cota-parte do resultado da exploração, ainda que realizada por terceiro (concessão ou autorização), em favor da própria União, que é a titular do patrimônio. Feitas essas observações, nos ateremos, nas linhas seguintes, a enfrentar a questão da legitimidade dos demais entes da federação à participação ou à compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural.

### 2.3. O conectivo *ou*: disjuntor includente ou excludente?

O constituinte assegurou, nos termos da lei, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, *“participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”*, consoante redação do §1º do art. 20 da CF.

O primeiro problema a ser enfrentado refere-se ao conectivo *ou* utilizado no texto constitucional, a fim de que possamos qualificá-lo como *disjuntor includente* ou *excludente*. Essa identificação é essencial para que seja possível formular as proposições admissíveis, segundo a Lógica Jurídica.

Tal conectivo, na função includente, não refuta, antes, inclui a possibilidade de ambas as proposições serem válidas, simultaneamente, admitindo um ou ambos os termos do texto, isto é, participação e compensação financeira.

O Supremo Tribunal Federal, analisando o tema, já preconizou que o §1º do art. 20 da CF trouxe ao legislador ordinário uma *alternativa* em relação às obrigações pecuniárias ali previstas e estabeleceu *naturezas diversas* a essas obrigações, mas não chegou à minúcia de dizer se essa alternativa é includente ou excludente. Colha-se o julgado:

“Na verdade – na *alternativa* que lhe confiara a Lei fundamental – o que a Lei 7.990/1989 instituiu, ao estabelecer (...) Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira participação nos resultados da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de compensação financeira pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição (...)”<sup>18</sup> (grifamos)

Partindo-se da premissa de que participação e compensação financeira são obrigações que decorrem de fatos causais distintos e que possuem naturezas jurídicas diversas, de modo que uma não substitui tampouco exclui o direito ao recebimento da outra, entendemos que o conectivo *ou*, nesse dispositivo constitucional, foi utilizado na função *includente*. O Constituinte lançou ao legislador ordinário a possibilidade de instituir uma ou as duas obrigações simultaneamente.

### 3. Categorias de relações obrigacionais

Dos dispositivos constitucionais analisados no item precedente é possível extrair a existência de 03 (três) categorias de relações obrigacionais, a seguir individualizadas.

---

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 485 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

### 3.1. União x Concessionário

A primeira relação obrigacional deflagra-se entre a União, titular dos recursos minerais, e o concessionário que exercerá a atividade de exploração. Trata-se de uma relação de natureza contratual, regida pelas normas de direito administrativo, exigindo a União do particular o pagamento de uma contraprestação pela exploração do patrimônio público federal.

A concessão da exploração econômica de petróleo e gás natural insere-se no âmbito das decisões políticas da União, por recair a atividade sobre o seu patrimônio, dela não participando Estados, Distrito Federal e Municípios, meros co-legitimados para o recebimento de parte da receita advinda da exploração ou para fazer jus a uma compensação financeira pelos impactos acarretados pela atividade econômica.

Esclarece a doutrina que “Estados e Municípios não têm vínculo jurídico em relação à exploração dos serviços por parte dos concessionários. Há o elo entre União e concessionário. Estados e Municípios são credores da União, em relação à compensação. Logo, podem dela reclamar o que entender devido”<sup>19</sup>.

Com essa constatação, o argumento contido na petição inicial da ADI nº 4917, e acatado pela Ministra relatora quando da concessão da medida cautelar, no sentido de que a aplicação imediata das novas regras de rateio dos *royalties* aos contratos de concessão vigentes causaria *insegurança jurídica* resta enfraquecido, eis que a repactuação da distribuição entre os entes da federação em nada atinge a relação contratual estabelecida entre a União e o concessionário.

---

<sup>19</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 215.

## 3.2. União x Estados, Distrito Federal e Municípios

Paralelamente a esse vínculo inaugural, destacam-se outras 02 (duas) modalidades de relações obrigacionais, figurando, em ambas, de um lado, a União, e, do outro, os Estados, Distrito Federal e Municípios, a depender da natureza da prestação pecuniária imposta pelo legislador com base na delegação constitucional: participação e compensação financeira.

A norma de incidência da *participação* pode ser assim estabelecida: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros. Trata-se de genuína distribuição de riquezas nacionais.

Já a compensação financeira tem a sua norma de incidência assim estruturada: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos, deve compensá-los. Trata-se de obrigação com nítida natureza indenizatória.

Ainda que o texto constitucional não fale, expressamente, em indenização, utiliza o signo *compensação financeira*, tornando intuitiva, implícita, a ideia de reparação em pecúnia. Exatamente, esse o sentido conferido, pela Corte Suprema, à compensação financeira, conforme voto da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>20</sup>, com trechos a seguir em destaque:

“A que espécie de *perda*, porém, se refere *implicitamente* a *Constituição*?

Não, certamente, à perda de recursos minerais em favor do explorador, pois, nesse caso, a compensação financeira, para compensá-la efetivamente, haveria de corresponder à totalidade dos recursos minerais explorados – que

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 484 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

inviabilizaria a sua exploração econômica privada. Nem corresponde, muito menos, à ‘perda’ dos potenciais de energia elétrica, que, sendo inesgotáveis, não sofrem qualquer diminuição ao serem explorados. Em todo caso, não seria lógico compensar os Estados, o Distrito Federal e os Municípios pela perda de bens que não lhes pertencem, mas exclusivamente à União.

*A compensação financeira se vincula, a meu ver, não à exploração em si, mas aos problemas que gera”. (grifamos)*

### 3.3. Fato na norma: participação e compensação financeira

Indaga-se: qual, então, o *fato* na *norma* suficiente para gerar aos entes federados o direito à participação no resultado da exploração de petróleo e gás natural?

O fato suficiente para gerar o direito à participação é a exploração de petróleo e gás natural com resultado positivo (receita). Logo, a participação no resultado da exploração não possui qualquer nexo de causalidade com danos advindos da atividade econômica, mas, sim, é decorrente da propriedade da União e da exploração econômica dessa propriedade<sup>21</sup>.

Centralizou o constituinte a propriedade e descentralizou o resultado de sua exploração, partilhando-o entre os entes federados. Nesse contexto o argumento da posição geográfica do ente federado (entes *produtores* ou *confrontantes*) em relação ao local da exploração e os riscos e impactos causados pela atividade são elementos indiferentes à hipótese de incidência da norma de participação.

---

<sup>21</sup> “(...) o que se tem, no caso, é a exploração, pelo particular, de um bem da União (CF, art. 20, IX; art. 176 e §§), mediante o pagamento de um preço estabelecido pela lei”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 2586-4, Relator Ministro Carlos Velloso, Pleno, j. 16.05.2002). Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

E quanto ao fato na norma suficiente para desencadear o direito à compensação financeira?

O fato causal necessário para gerar essa obrigação é a exploração de petróleo e gás natural com danos. Se causar danos pela exploração de petróleo e gás natural então deve ser a obrigação do ofensor de indenizar os lesados.

A compensação financeira está atrelada não só à propriedade da União e à exploração econômica dessa propriedade, mas aos danos que a atividade acarreta, ensejando ao ofensor o dever de repará-los. Nesse caso, os impactos econômicos e socioambientais causados no local ou na região afetada pela atividade compõem, necessariamente, a hipótese de incidência da norma de compensação financeira.

## 4. Legitimados

### 4.1. A legitimidade ativa na compensação financeira

Quanto ao direito ao recebimento da compensação financeira, por se tratar, conforme conclusões estabelecidas nas linhas precedentes, de obrigação de natureza indenizatória, afigura-nos pacífica a assertiva de que são legitimados, apenas, os entes federados impactados pela atividade, sendo imperiosa uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor a ser estipulado para a prestação de cunho reparador e os danos gerados.

### 4.2. A legitimidade ativa na participação

Tratando-se de participação, a questão central quanto aos legitimados ao seu recebimento exige que se defina, antes, se consta, ou não, no texto constitucional, algum critério limitador do rateio da receita entre os entes

beneficiários genericamente indicados pelo constituinte, a saber: Estados, Distrito Federal e Municípios.

Da leitura do §1º do art. 20 extrai-se ter sido assegurado aos entes federados participação ou compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural *no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva*.

Entendemos que a expressão “no respectivo”, contida no texto constitucional, refere-se a todos aqueles termos que compõem o critério espacial da norma, a saber: território, plataforma continental, mar territorial e zona econômica exclusiva. Desse modo, onde consta *no respectivo território* deve ser lido como *no respectivo território nacional* e não no território do Estado X ou do Município Y, já que tal expressão é aplicável, também, às demais categorias de espaços que integram o conjunto.

Quando se diz *no respectivo território* o que se faz é integrar as áreas terrestres do Estado brasileiro no conjunto de espaços onde, ocorrida a exploração, deflagrará a relação obrigacional de partilha ou de compensação.

E, fazendo uma ligação dessa expressão com as demais categorias de espaços, tem-se, por exemplo, que *no respectivo mar territorial* é o mar territorial da União, bem como que *no respectivo território dos órgãos da administração direta da União* só pode ser entendido como sendo o território nacional, ainda que a exploração seja localizada ou confrontante com o território de determinado Estado ou Município.

Assim, *no respectivo* refere-se a todas as categorias espaciais contidas na norma, enquanto integrantes do espaço nacional, e não apenas à expressão *território* para fins de limitar o direito à participação ao território de determinado Município ou Estado.

Ao se concluir pela vinculação constitucional do direito à *participação*, apenas, aos entes federados em cujo território haja a exploração ou sejam confrontantes com o local da exploração acaba-se por se igualar categorias

de obrigações que decorrem de fatos causais diversos, conferindo-se natureza indenizatória tanto à participação quanto à compensação, com o que, definitivamente, não concordamos. Seria o mesmo que dizer que o constituinte valeu-se, simultaneamente, de termos com sentidos diversos – participação e compensação financeira – para se referir a uma única categoria de obrigação.

No mais, o *caput* do art. 176 da Constituição Federal, prescreve que *o domínio das jazidas, em lavra ou não, e dos demais recursos minerais não se confunde com a propriedade que recai sobre o solo ou região onde ocasionalmente se encontrem*, para fins de exploração ou aproveitamento econômico. Sobre o tema, trecho do voto do Ministro Carlos Ayres<sup>22</sup>:

“(…) Tal como faz com o dispositivo segundo o qual ‘as jazidas, em lavra, ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra’ (art. 176, cabeça), também sem precisar dizer, textualmente, que *jazidas de petróleo e gás natural se constituem num tipo de domínio distinto daquele que recai sobre o solo ou região onde ocasionalmente se encontrem*. (...)”.

Uma vez estabelecido que o fato causal da participação é a exploração de petróleo e gás natural com resultado positivo, ocorrida naqueles espaços físicos delimitados na norma constitucional, enquanto integrantes do território brasileiro, e que, assim, a obrigação configura mera divisão de riquezas nacionais, não entendemos plausível outra conclusão senão a de que a partilha estabelecida na lei ordinária pode e deve alcançar todos os entes federados, por não estar o legislador, em relação a essa obrigação (participação), vinculado a nenhuma outra condicionante que não o rateio entre os legitimados eleitos pelo constituinte, da contraprestação recebida pela exploração lucrativa do patrimônio público federal.

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3366/DF, trecho extraído da p. 291 do voto do Relator originário Ministro Carlos Ayres Britto, Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, j. 16.03.2005. Disponível em: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 17 mai. 2013.

## 5. Os *royalties* e sua natureza jurídica

A obrigação pecuniária exigida pela exploração de petróleo e gás natural é chamada, pelo legislador ordinário, de *royalties*, conceituados legalmente como sendo *compensação financeira*. Colha-se o teor do § 1º do art. 42 da Lei nº 12.351/2010 (na redação dada pela Lei Federal nº 12.734/2012):

“os *royalties* (...) correspondem à *compensação financeira* devida aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, em função da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção, nos termos do § 1º do art. 20 da Constituição Federal. (...)” (grifamos)

Como se sabe, para a definição da natureza da obrigação é irrelevante a denominação conferida. Sobre o tema, corroborando essa lição, julgado da Corte Suprema:

“Cuidando-se de obrigação legal, de fonte constitucional, ainda que não seja tributo, é dado transplantar, *mutatis mutandis* para identificar a natureza da CFEM, a regra de hermenêutica do art. 4º, I, CTN, que adverte da irrelevância da denominação dada à exação”<sup>23</sup>.

Haverá norma jurídica onde houver a seguinte mensagem: se o antecedente, então, deve-ser o conseqüente. É sobre essa estrutura que Paulo de Barros Carvalho<sup>24</sup> traça o esquema denominado *regra-matriz de incidência*, destacando na hipótese de incidência (antecedente): o critério material, o critério espacial e o critério temporal; e no conseqüente tributário: o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e o critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 486 do voto, j. 25.09.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

<sup>24</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 239.

A partir da estruturação lógica da obrigação com dados positivos, isto é, com os elementos da lei, torna-se possível identificar sua natureza jurídica, especialmente com a conjugação de 02 (dois) destes elementos, quais sejam, o critério material e a base de cálculo.

O cálculo dos *royalties*, pela exploração de petróleo e gás natural, desde a sua origem, tem sido efetuado, por determinação legal, com base no *volume total da produção*<sup>25</sup>, sem qualquer relação com a ocorrência de dano.

Levando em conta a regra civilista de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (*caput* do art. 944 do Código Civil), para que os *royalties* ostentassem natureza indenizatória necessário seria que a lei ordinária tivesse estabelecido uma fórmula de cálculo proporcional à extensão dos danos, reveladora dos impactos trazidos pela atividade, na seara social, econômica e ambiental, e não fixado percentuais incidentes sobre o *volume da produção*, como o fez.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, com propriedade, questão similar ao analisar a natureza da *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM* e decidir que a sua incidência sobre o *faturamento líquido da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento* desnatura-a como compensação e a qualifica como *participação* no resultado da exploração, sendo de somenos importância a denominação dada. Vejamos trecho do voto do Ministro Sepúlveda Pertence<sup>26</sup>:

<sup>25</sup> Lei nº 9.478/1997: Art. 47. Os *royalties* serão pagos mensalmente, em moeda nacional, a partir da data de início da produção comercial de cada campo, em montante correspondente a dez por cento da produção de petróleo e gás natural.

(...)

Lei nº 12.51/2010: Art. 42. (...)

§1º. Os *royalties*, com alíquota de 15% (quinze por cento) do valor da produção, correspondem à compensação financeira pela exploração do petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos líquidos de que trata o §1º do art. 20 da Constituição Federal, sendo vedado, em qualquer hipótese, seu ressarcimento ao contratado e sua inclusão no cálculo do custo em óleo. (redação dada pela Lei nº 12.734/2012)

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído das pp. 485-486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível em: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em: 17 mai. 2013.

“Na verdade – na alternativa que lhe confiara a Lei fundamental – o que a Lei 7.990-1989 instituiu, ao estabelecer no art. 6º que ‘a compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de 3% sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral’ *não foi verdadeira compensação financeira: foi sim, genuína ‘participação sobre o resultado da exploração’,* entendido o resultado não como o lucro do operador, mas como aquilo que resulta da exploração, interpretação que revela o paralelo existente entre a norma do art. 20, §1º, e do art. 176, §2º, da Constituição, *verbis*:

(...)

Ora, tendo a obrigação prevista no art. 6º da Lei 7.990-89 a natureza de participação no resultado da exploração, nada mais coerente do que consistir o seu montante numa fração do faturamento.

*Nada importa que – tendo-a instituído como verdadeira ‘participação nos resultados’ da exploração mineral, a lei lhe haja emprestado a denominação de ‘compensação financeira’ pela mesma exploração – outro termo da alternativa exposta pelo art. 20, §1º, da Constituição (...).’* (grifamos)

Absteve-se o STF, no julgamento acima citado, de enfrentar, com definitividade, a questão dos legitimados ao recebimento da CFEM enquanto *participação* no resultado da exploração, sob o argumento de que se tratava de “tema sem interesse para o deslinde da causa”, mas sinalizou uma linha de pensamento que vai ao encontro do raciocínio por nós defendido, ao registrar, com acerto, que “impressiona a alegação de incompatibilidade com o art. 20, §1º, CF, da eventual destinação da receita a Estado ou Município diverso do local da extração do minério” e quanto a “não parecer unívoca essa interpretação da lei”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído da p. 486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

Régis Fernandes de Oliveira<sup>28</sup>, analisando, também, a compensação financeira disciplinada pela Lei nº 7.990/1989, entendeu que, embora o legislador a tenha conceituado como compensação financeira tratou de verdadeira participação, outra alternativa dada pelo texto constitucional. A pretexto:

“Não haveria como disciplinar nova partilha, por outra lei, de forma a ensejar participação, uma vez que a Lei 7.990/89 *fala em compensação, mas dispõe sobre partilha*. Nem por outro motivo é que fala em produção particular, onde não há se falar em compensação, mas *há participação no faturamento por parte dos entes federativos*. (...)”. (grifamos)

De fato, o legislador ordinário, ao disciplinar a cobrança da CFEM com base no *faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a última fase de beneficiamento*<sup>29</sup> imputou-lhe natureza de participação no resultado da produção e não de compensação financeira, já que elegeu grandeza vinculada à eficiência e ao aparato da concessionária e não ao prejuízo sofrido, sendo irrelevante a denominação dada.

Forte no precedente jurisprudencial citado, esboçamos raciocínio comparativo em relação aos *royalties* do petróleo e gás natural para concluir que, uma vez calculados, segundo a lei ordinária, sobre o *volume total da produção* revestem natureza de participação e não de compensação financeira, independentemente do conceito legal atribuído, sendo evidente a desvinculação entre o valor da obrigação e a extensão dos danos trazidos pela atividade.

O fio desse pensamento nos permite afastar o argumento da Ministra Carmén Lúcia, relatora da ADI nº 4.917, esposado em sede de decisão

---

<sup>28</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *ob. cit.*, 2010, p. 247.

<sup>29</sup> Lei nº 7.990/89: Art. 6º. A compensação financeira pela exploração de recursos minerais, para fins de aproveitamento econômico, será de até 3% (três por cento) sobre o valor do faturamento líquido resultante da venda do produto mineral, obtido após a última etapa do processo de beneficiamento adotado e antes de sua transformação industrial. (Vide Lei nº 8.001, de 1990)

cautelar, no sentido de que com a nova partilha alcançando todos os entes federados teria o legislador desconsiderado a natureza indenizatória dos *royalties*, subtraindo dos entes produtores valores compensatórios pelos danos que atividade lhes acarreta. Ora, revestindo os *royalties* a natureza de participação, sua entrega aos entes da federação não está vinculada aos impactos trazidos pela atividade.

Persiste, ainda, a expectativa de que o Plenário da Corte Suprema, após exame aprofundado da matéria, abstenha-se de referendar a cautelar que analisou os *royalties* sob a roupagem da Lei nº 12.734/2012, adequando o julgado ao sistema jurídico e, *mutatis mutandis*, ao precedente que tratou da Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM.

## 6. Lei nº 12.734/2012: linhas gerais de rateio

Na combatida Lei nº 12.734/2012, o legislador determinou, linhas gerais, fosse a distribuição dos *royalties* do petróleo e gás natural realizada, por meio de alíquotas decrescentes, *nessa ordem*, em favor dos: (i) Estados produtores ou confrontantes; (ii) Municípios produtores ou confrontantes; e (iii) Municípios afetados por operações de embarque e desembarque. Em relação a esses destinatários, a participação no rateio dá-se, independentemente, de a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial e de se realizar em áreas de pré-sal ou não, bem como em relação à parcela dos *royalties* que exceda ou não a 5% (cinco por cento) da produção.

Estabeleceu o legislador, na sequência, alíquotas em favor do (i) *Fundo Especial dos Estados e Distrito Federal* e do (ii) *Fundo Especial dos Municípios* para distribuição entre todos os entes que os integram, respectivamente, quando se tratar de exploração nas áreas de pré-sal (alíquota de 25% se a exploração ocorrer em terra, lago, rio, ilha fluvial ou lacustre; e de 24,5%

quando a exploração se der na plataforma continental, zona econômica exclusiva ou mar territorial) ou nas camadas superiores apenas quando a exploração ocorrer na plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva (alíquota de 20%).

E, por fim, fixou percentual em favor da União, vinculado a um Fundo Social. Inferindo-se do texto legal que desse rateio só não participa a União quando, cumulativamente, a exploração ocorrer: nas áreas fora do pré-sal; em terra, rio, lago, ilha fluvial ou lacustre; e em relação à parcela dos *royalties* não excedente a 5% (cinco por cento) da produção.

Como se vê, identificados na lei os legitimados, incidem, ainda, vários subcritérios para o rateio dos *royalties*: (i) se a exploração ocorre em áreas de pré-sal ou não; (ii) se a exploração se dá em lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva; (iii) se a parcela dos *royalties* paga pelos concessionários supera ou não 5% do volume total da produção.

Estabelece a Lei nº 12.734/2012, gradualmente, até o ano de 2019, uma diminuição das alíquotas referentes à participação dos chamados Estados, Distrito Federal e Municípios *produtores* ou *confrontantes* e um aumento das alíquotas estabelecidas em favor dos Fundos Especiais dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

A seguir, quadros demonstrativos que sintetizam, em linhas gerais, a atual forma de rateio dos *royalties*, de acordo com a Lei nº 12.734/2012:

Dividendos da Exploração	
Camadas superiores	
Parcela do valor dos <i>royalties</i> que não exceder a 5% da produção	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	70% Estados Produtores 20% Municípios Produtores 10% Mun. Afet. Emb. Des.
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	20% Estados Confrontantes 17% Municípios Confrontantes 3% Mun. Afet. Emb. Des. 20% Fundo Est. e DF. 20% Fundo Mun. 20% União Fundo Social

Dividendos da Exploração	
Camadas superiores	
Parcela do valor dos <i>royalties</i> que não exceder a 5% da produção	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	52,5 % Estados Produtores 15% Municípios Produtores 7% Mun. Afet. Emb. Des. 25% União Fun. Social
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	20 % Estados Confrontantes 17% Municípios Confrontantes 3% Mun. Afet. Emb. Des 20% Fundo Est. DF 20% Fundo Mun. 20% União Fundo Social

Dividendos da Exploração	
Camadas Pré Sal	
Lago, terra, rio, ilha fluvial ou lacustre	20% Est. Produt. 10% Munic. Produt. 5% Mun. Afet. Emb. Des. 25% Fundo Est. DF. 25% Fundo Mun. 15% União Fundo Social
Plataforma continental, mar territorial ou ZEE	22% Estados Confront. 5% Municípios Confront. 2% Munic. Afet. Emb. Des. 24,5% Fundo Est. DF. 24,5% Fundo Mun. 22% União Fundo Social

## 7. Os *royalties* sob a disciplina da lei nº 12.734/2012: compensação financeira e/ou participação?

Com essa nova repactuação, numa análise primeira, poderia surgir o pensamento de que teriam sido instituídas, na mesma lei, as duas categorias de obrigações que a Constituição autoriza o legislador ordinário a fazê-lo: primeiro, *compensação financeira* quando, na entrega da receita, privilegia os entes em cujo território haja a exploração, sejam confrontantes com a exploração ou afetados por operações de embarque e desembarque; e, depois, *participação no resultado da exploração* quando há entrega a receita dos *royalties* a todos os Estados, Distrito Federal e Municípios, por

meio de seus respectivos Fundos Especiais, e à União. No entanto, esse raso pensamento não merece prosperar.

Primeiro, porque, ainda que tenha a lei estabelecido como um dos critérios de rateio a posição geográfica do ente federado em relação ao local da exploração (*produtor, confrontante* ou afetado por operações de embarque/desembarque), não elegeu, para a cobrança dos *royalties*, uma grandeza capaz de mensurar os danos que a atividade gera; ao revés, prescreveu como base de cálculo o *volume total da produção*, descaracterizando o cunho reparador supostamente pretendido à obrigação. Tratou de mera partilha de riquezas nacionais via *participação* no resultado da exploração, estabelecendo como um dos critérios a localização (próximo, confrontante ou afetado por operações de embarque e desembarque) do ente federado em relação à atividade.

Outra razão para afastar a ideia inaugural de que teriam sido criadas as duas obrigações, simultaneamente, é que a Lei nº 12.734/2012<sup>30</sup> determina que se o Estado ou Município tiver recebido sua cota-parte na condição de ente *produtor, confrontante* ou *afetado por operações de embarque e desembarque*, não poderá ser destinatário da distribuição enquanto integrante do Fundo Especial, de modo que terá que optar por receber ou a receita estipulada em decorrência da sua localização territorial ou aquela vinculada aos Fundos Especiais dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios. Portanto, entendeu o legislador que uma obrigação exclui a outra.

Ora, se, de fato, a distribuição com base na posição geográfica dos entes federados ostentasse caráter indenizatório – o que já afastamos diante da

---

<sup>30</sup> Art.42-B, inciso I, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4; inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 12.351/2010, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Art. 48, inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Art. 49, inciso II, alínea “d”, itens 1 e 4, e alínea “e”, itens 1 e 4, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

base de cálculo eleita que não mede a extensão do dano – não poderia o seu recebimento excluir o direito desses beneficiários à participação, tampouco poderia estar atrelado a um *teto máximo* prefixado na lei, como o fez o legislador em relação aos Municípios ditos *confrontantes ou afetados por operações de embarque e desembarque*, cuja receita excedente a esse limite deverá retornar ao Fundo Especial dos Municípios, para rateio entre todos os seus integrantes<sup>31</sup>.

Como dito, trata-se de obrigações decorrentes de fatos causais diversos, logo, se um recebimento fosse, de fato, atrelado à reparação e o outro correspondesse à mera divisão da exploração de um patrimônio público, um não poderia substituir ou excluir o outro como fez o legislador, e o limite para a compensação teria que ser a extensão do dano e não um teto fixo previsto na lei.

Como se vê, o legislador estabeleceu na Lei nº 12.734/2012, tanto quando vincula percentuais aos Fundos Especiais para rateio entre todos os entes da federação como quando fixa alíquotas em favor dos entes produtores, confrontantes ou afetados por operações de embarque e desembarque, verdadeira *participação no resultado da exploração*, a partir dos critérios ali eleitos, sem qualquer afronta à Constituição Federal.

Embora ao legislador ordinário tenha sido oportunizada a prescrição de obrigação pecuniária atrelada aos danos advindos da exploração de petróleo e gás natural, no exercício dessa faculdade, os *royalties*, na forma como atualmente estabelecidos, calculados sobre o *volume total da produção* e desvinculados de qualquer critério que reflita a real extensão dos danos advindos da atividade econômica, revestem a natureza de genuína divisão dos resultados da produção, portanto, de *participação*, e não de *compensação financeira*.

---

<sup>31</sup> Art. 50, §5º, da Lei nº 9.478/1997, na redação dada pela Lei nº 12.734/2012.

Uma distribuição pelo legislador ordinário abrangente da receita advinda pela exploração de petróleo e gás natural, que, além de beneficiar Estados e Municípios em cujos territórios haja a exploração, sejam confrontantes com o local da exploração ou afetados por operações de embarque e desembarque, também alcança os demais entes federados, por meio de um Fundo Especial, independentemente de suas posições geográficas em relação ao local da produção, não pode ser considerada inconstitucional.

O critério utilizado pelo constituinte para a distribuição dessa receita sob a modalidade de *participação* decorre do regime constitucional dos bens da União e não dos danos experimentados pela atividade. Não se visualiza, pois, inconstitucionalidade na nova forma de distribuição dos *royalties*.

No entanto, importante ressaltar que, diante da premissa de que o constituinte oportunizou ao legislador ordinário a regulamentação de uma ou de ambas as obrigações pecuniárias simultaneamente, resta evidente a possibilidade de que venha a se instituir verdadeira *compensação financeira* pelo aproveitamento de petróleo e gás natural visando à indenização daqueles entes federados prejudicados pela atividade, devendo, para tanto, restar prescrito na lei um critério de cálculo do valor da obrigação que seja revelador do dano experimentado.

Situação danosa essa possível de ser mensurada nos casos de exploração de riquezas minerais em terra, lago, rio e ilha, mas um tanto mais difícil de ser imaginada e medida quando a atividade se desenvolve no mar territorial, na plataforma continental ou na zona e econômica exclusiva.

## 8. Participação e compensação financeira: classificação de receitas públicas

Muito embora o texto constitucional designe como *financeira* apenas a *compensação*, não se pode conceber à participação outro entendimento senão o de que possui, também, *natureza financeira*, tratando-se, ambas, de *obrigações pecuniárias* que geram aos beneficiários uma *receita pública*. E, de acordo com o Direito Financeiro, toda receita pública há de ser classificada segundo a Lei nº 4.320/1964.

*Compensação e participação* não possuem natureza tributária porque a exigência dessas prestações não decorre de uma relação de poder, de soberania por parte do Estado que visa a arrecadar receitas para o custeio de despesas públicas, ínsita aos tributos. A causa de seu pagamento é a exploração de um bem público pertencente à União e não a mera arrecadação pelo Estado de receitas para o custeio de gastos públicos. Tampouco se trata de *preço público*, já que a contraprestação não decorre de uma relação jurídica consensual, mas, sim, de uma imposição constitucional.

A qualificação como *indenização* afigura-se adequada, apenas, à categoria de obrigação nominada de *compensação financeira*, numa alusão às perdas a que alude implicitamente o §1º do art. 20 da CF; já a participação no resultado da exploração não ostenta natureza indenizatória.

As receitas recebidas pela União a título de *participação* no resultado da exploração – modalidade constitucional na qual se subsumem os *royalties* segundo os critérios das legislações ordinárias vigentes – classificam-se, para a União, como receitas correntes de natureza patrimonial (art. 11, *caput* e §4º<sup>32</sup>), eis que fruto da exploração do próprio patrimônio da União, e, logo, receitas *originárias* (art. 20, incisos V, VI e IX, da CF). A pretexto, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal:

“(...) tratar-se de receita patrimonial da União (receita originária), de caráter não tributário e consistente em uma remuneração decorrente da utilização de propriedade estatal para fins econômicos.

De fato, os *royalties* do petróleo caracterizam-se como receita patrimonial originária, a qual decorre da exploração de uma parcela do patrimônio da União (...).<sup>33</sup>

Já os Estados e Municípios não têm vínculo jurídico com os concessionários que exploram a atividade econômica em pauta<sup>34</sup>. Há uma relação entre a União e os concessionários. Estados, Distrito Federal e Municípios são credores da União, por terem assegurada pela Carta Magna uma cota-parte do produto arrecadado com a exploração de bem público federal, sob o regime de partilha.

<sup>32</sup> Art. 11. A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§1º São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982) (grifamos)

§2º São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o superávit do Orçamento Corrente. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§3º O superávit do Orçamento Corrente resultante do balanceamento dos totais das receitas e despesas correntes, apurado na demonstração a que se refere o Anexo nº 1, não constituirá item de receita orçamentária. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982)

§ 4º A classificação da receita obedecerá ao seguinte esquema: (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 20.5.1982) (grifamos)

RECEITAS CORRENTES; RECEITA TRIBUTÁRIA; Impostos; Taxas; Contribuições de Melhoria; RECEITA DE CONTRIBUIÇÕES; RECEITA PATRIMONIAL; RECEITA AGROPECUÁRIA; RECEITA INDUSTRIAL; RECEITA DE SERVIÇOS; TRANSFERÊNCIAS CORRENTES; OUTRAS RECEITAS CORRENTES; RECEITAS DE CAPITAL; OPERAÇÕES DE CRÉDITO; ALIENAÇÃO DE BENS; AMORTIZAÇÃO DE EMPRÉSTIMOS; TRANSFERÊNCIAS DE CAPITAL; OUTRAS RECEITAS DE CAPITAL.

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Região, Apelação Cível nº. 480218 (2009.51.01.008602-0), 8ª Turma Especializada, Relator Juiz Federal Convocado Marcelo Pereira, j. 05.10.2010, E-DJF2R de 13.10.2010, p. 329. Disponível em: <URL://www.trf2.jus.br/Paginas/paginainicial.aspx?js=1>. Acesso em: 17 mai. 2013.

<sup>34</sup> A possibilidade, com base na Lei nº 7.990/89 (art. 8º), de pagamento direto pelo concessionário aos Estados, Distrito Federal e Municípios de suas respectivas cotas-partes do produto arrecadado pela União com a exploração de petróleo e gás natural é regra que atinge o contrato de concessão, firmado entre a União e o concessionário, mas que não altera a natureza e a titularidade da obrigação prevista constitucionalmente.

Assim, em relação às receitas recebidas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, a título de *participação*, não entendemos possível sua classificação como receita originária desses entes, eis que não são titulares dos recursos naturais explorados, os quais compõem o patrimônio federal.

Entendemos que em relação a esses entes federados, que têm garantida uma cota-parte no produto arrecadado pela União, a participação ostenta natureza de *receita corrente*, na espécie *transferência corrente*: participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios na receita pública federal de natureza não tributária (art. 11, *caput*, e §4º). Trata-se, pois, de *receita pública transferida de natureza não-tributária*, arrecadada por uma unidade federativa e repassada a outra.

A pretexto, valemo-nos novamente das lições do Prof. Régis Fernandes de Oliveira<sup>35</sup> para explicar existência das receitas transferidas voluntárias paralelamente às receitas transferidas obrigatórias (de natureza tributária):

“Ao lado das obrigatórias, há as receitas transferidas ‘voluntárias’, ou seja, receitas que as entidades menores vão buscar junto às maiores, a título de ajuda. É o que se denomina transferência corrente. São dotações à quais não corresponde uma contraprestação e podem ocorrer entre as unidades federadas. É o caso da transferência de um veículo para o Município, tal como uma ambulância, ou da destinação de recursos para recuperação de vias, para obras de saneamento etc.”

Assim dispõe o §1º do art. 20 da CF: “É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma

---

<sup>35</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 108-109.

continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração”.

Realizando, com acerto, essa diferenciação da natureza das receitas públicas advindas dos *royalties* em relação aos seus titulares, União e Estados, Distrito Federal e Municípios, a Ministra Ellen Gracie assim pontuou, nos autos do MS nº 24.312-1/DF<sup>36</sup>:

“(...) A leitura do art. 20, V e IX da Constituição Federal, ao dispor que os *recursos naturais da plataforma continental e recursos minerais são bens da União*, ao meu juízo, *induz, à conclusão de serem também da União, e não dos Estados, o resultado da exploração destes recursos.*”

O fato da Carta Maior assegurar no §1º do mesmo dispositivo a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, nessa mesma exploração, *não transforma estes recursos em receitas originárias destes entes federativos*, não se confundindo também com as receitas tributárias, previstas no artigo 157 e 158 da Constituição Federal.”

No entanto, na continuidade do julgamento, a Ministra Ellen Gracie<sup>37</sup> modificou seu entendimento, para, acompanhando os demais Ministros, entender que *“a participação ou compensação aos Estados, Distrito Federal e Municípios no resultado da exploração de petróleo, xisto betuminoso e gás natural são receitas originárias destes últimos entes federativos* (CF, art. 20, § 1º)”, não obstante a propriedade da União em relação a esses recursos minerais.

Logo, diferentemente das nossas conclusões o Supremo Tribunal Federal<sup>38</sup> pacificou o entendimento no sentido de que a participação e a compensação

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 24.312-1/DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, Pleno, j. 19.02.2003. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.313-1/DF, Rel. Ministra Ellen Gracie, Pleno, j. 19/02/2003.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag REG no Agravo Instrumento nº 453.025-1/DF (2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 09.05.2006); RE nº 228.800-5 (STF, 1ª T., Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 25.09.2001); MS nº 24.312-1/DF (STF, Pleno, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 19.02.2003). Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

financeira a que alude o §1º do art. 20 da CF são receitas originárias não só da União, mas, também, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo que, segundo esse raciocínio, o ingresso desses recursos financeiros nos cofres desses entes, segundo as classificações da Lei nº 4.320/1964, subsumir-se-ia à modalidade *receita corrente*, na espécie *outras receitas correntes* (art. 11, § 4º da Lei nº 4.320/64).

Para aqueles que fazem coro às vozes de que o ingresso dos *royalties*, enquanto *participação* no resultado da exploração, configura receita originária dos Estados e Municípios, necessário seria, para se manter coerência com tal raciocínio, uma alteração da regra-matriz de incidência, a fim de se elevar à condição de sujeitos ativos dessa obrigação os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, em posição equivalente àquela ocupada pela União, com o que não concordamos, por conflitar com as categorias de obrigações que identificamos no texto constitucional. Trata-se de mera distribuição de riquezas federais, fruto, pois, da exploração do patrimônio da União.

Já a compensação financeira, uma vez estabelecida como sendo obrigação de natureza indenizatória, ainda que advinda da exploração de bem público federal, entendemos que se trata, sim, de *receita originária* dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que sofreram danos. No entanto, reitera-se, não se subsume à categoria de *receita patrimonial* – como o é para a União, titular do bem explorado –, mas, sim, à hipótese de *receita corrente*, na espécie *outras receitas correntes*, segundo os ditames da Lei nº 4.320/64.

## 9. Compensação ambiental

Diante da legislação que atualmente regula a atividade petrolífera e estabelece os *royalties* como *participação*, e não como *compensação financeira*, indaga-se: os danos ambientais acarretados pela exploração de petróleo e gás natural encontram-se à margem de reparação pelo infrator?

Absolutamente, não. Os impactos ambientais da atividade petrolífera são variados, como, vazamentos, degradação de mares e praias, contaminação, interferência em áreas como os manguezais, entre outros. E a almejada conciliação da exploração de petróleo e gás natural com a conservação ambiental possui instrumentos de controle ambiental específicos, que servem para prevenir e/ou mitigar os danos decorrentes da atividade.

Há, na legislação ambiental, em decorrência do art. 225 da Constituição Federal<sup>39</sup> e dos princípios do *poluidor-pagador* e da *reparação*, e suas interconexões com o princípio da *prevenção*, instrumentos

---

<sup>39</sup> 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; (Regulamento)

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)

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; (Regulamento)

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; (Regulamento)

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; (Regulamento)

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. (Regulamento)

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

de operacionalização da tutela jurídica do meio ambiente, visando à harmonização entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Por meio do licenciamento ambiental, a entidade pública competente autoriza a localização, instalação, operação e ampliação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos naturais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

Concluindo a entidade ambiental competente para o licenciamento ambiental – no caso do setor petrolífero, o IBAMA – que o empreendimento será causador de significativo impacto ambiental, com fundamento no Estudo de Impacto Ambiental e no Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), o empreendedor é obrigado à *compensação ambiental*. A licença ambiental elimina o caráter de ilicitude do dano causado ao ambiente, porém não isenta o causador do dever de indenizar.

A *compensação ambiental*, prevista no art. 36 da Lei nº 9.985/2000<sup>40</sup>, é uma reparação pecuniária imposta aos empreendimentos que serão instalados a despeito dos danos ambientais que provocarão. Deve ser entendida como um mecanismo financeiro que visa a contrabalançar os impactos ambientais ocorridos ou previstos no processo de licenciamento ambiental.

---

<sup>40</sup> Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei. (Regulamento)

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (Vide ADIN nº 3.378-6, de 2008)

§ 2º Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.

§ 3º Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.



O STF, em ação de controle de constitucionalidade (ADI nº 3.378-6/2008<sup>41</sup>), reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento.

Declarou a Corte a inconstitucionalidade parcial do §1º do art. 36 da Lei nº 9.985/2000, para excluir do texto a expressão “não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento”, afastando a alíquota mínima prevista (0,5%) e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, por não refletirem a extensão do dano e descaracterizarem a natureza indenizatória do instituto, mantendo, no entanto, a obrigatoriedade do pagamento antecipado de uma compensação ambiental pelo empreendedor, a ser calculada pelo órgão ambiental.

A responsabilidade pelos danos ambientais impõe ao infrator, na seara cível, não só o pagamento da compensação ambiental, mas, também, a recuperação *in natura* do ecossistema impactado, nos termos do §3º do art. 225 da CF, que assim determina: “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.”

Inclusive, a reparação *in natura* está expressamente prevista no texto constitucional para o caso específico de *exploração econômica das atividades minerais* em sentido lato, preconizando o §2º do referido art. 225 da CF, que: “Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.”

---

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Pleno, j. 9.04.2008. Disponível na internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em 17.05.2013.

Como se vê, o meio ambiente encontra-se tutelado por diversos instrumentos vigentes no sistema constitucional e legal, de maneira que o fato de a atual legislação que trata dos *royalties* do petróleo não ter-lhes conferido natureza indenizatória não coloca os danos ambientais à margem de indenização pelo infrator no desenvolvimento da atividade petrolífera.

## 10. ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e gás natural x *royalties*

Na discussão travada acerca da Lei nº 12.734/2012, no bojo da cautelar proferida na ADI nº 4917/MC, sustentou a Ministra Carmén Lúcia a inconstitucionalidade dos dispositivos legais, sob o fundamento de que a vinculação dos *royalties* aos chamados entes *produtores* ou *confrontantes* acomodar-se-ia ao regime tributário do ICMS incidente nas operações interestaduais com petróleo e derivados, já que o titular do tributo é o Estado de destino e não de origem do produto, nos termos do art. 155, §2º, inciso X, alínea “b”, da CF<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

II - 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)

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

X - não incidirá:

(...)

b) sobre operações que destinem a outros Estados petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados, e energia elétrica;

(...)

Abstemo-nos de realizar estudo aprofundado em torno das regras constitucionais de repartição do ICMS nas operações com petróleo e seus derivados, eis que indiferente ao debate e, especialmente, porque desnecessário à seguinte conclusão: a vinculação das normas de distribuição dos royalties com aquelas que estabelecem o regime tributário do ICMS nas operações que destinem a outros Estados petróleo e derivados não possui amparo constitucional.

Da análise do texto da Constituição, não encontramos autorização para que o aplicador do direito venha se valer de um mecanismo de *compensação de riquezas*, em nome de um suposto *equilíbrio* na distribuição de receitas de naturezas diversas, como o são as receitas tributárias e as receitas públicas advindas dos *royalties* (*receitas correntes patrimoniais* para a União e *receitas correntes transferidas de natureza não tributária* para os Estados, Distrito Federal e Municípios).

Tampouco o constituinte legitima o Poder Judiciário a afastar determinada garantia constitucional atribuída aos entes políticos – no caso, o direito à participação ou à compensação financeira pela exploração de petróleo e gás natural – pelo simples fato de que os mesmos são detentores de outros privilégios constitucionais estabelecidos para matérias distintas, no caso, a regra de incidência do ICMS nas operações com petróleo e gás natural.

## 11. Conclusões

Partindo de uma leitura sistemática de dispositivos da Constituição Federal (art. 20, *caput*, incisos V, VI e IX e §1º; art. 176, §1º e art.177, inciso I) concluímos que o petróleo e o gás natural, enquanto espécies de recursos minerais, são bens da União e que, havendo a exploração dessas riquezas, direta ou indiretamente (concessão ou permissão), deve a União partilhar com os demais entes da federação uma parcela das receitas auferidas, por

meio da *participação no resultado da exploração*, ou deve *compensá-los financeiramente* pelos impactos acarretados pela atividade, nos termos da lei.

Ao assegurar o constituinte, no §1º do art. 20, “aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, *participação no resultado da exploração* de petróleo ou gás natural (...) *ou compensação financeira* por essa exploração” valeu-se do conectivo *ou* na função de *disjuntor includente*, admitindo a instituição de uma ou de ambas as obrigações, simultaneamente, nos termos do que vier a dispor a lei ordinária. Participação e compensação financeira são obrigações com naturezas jurídicas distintas e decorrentes de fatos causais diversos, de maneira que uma não substitui tampouco exclui o direito ao recebimento da outra.

Dos textos constitucionais estudados, extraímos a existência de 03 (três) categorias de relações obrigacionais. A primeira, de natureza contratual, entre a União, titular dos recursos minerais, e o concessionário que exercerá a atividade de exploração; e as outras, entre a União, titular dos recursos minerais, e os Estados, Distrito Federal e Municípios, sob 02 (duas) espécies: participação e compensação financeira.

Destrinchando as características principais dessas duas modalidades obrigacionais, construímos suas normas de incidência: (i) participação: se a União explorar petróleo e gás natural e auferir renda deve partilhar o resultado dessa exploração com os Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de uma divisão de lucros (distribuição de riquezas nacionais); e (ii) compensação financeira: se a União explorar petróleo e gás natural e onerar outros entes federativos com essa exploração, causando-lhes danos, deve compensá-los (indenização).

*Participação* no resultado da exploração não possui qualquer nexo de causalidade com danos advindos da atividade econômica; ao revés, os impactos econômicos e socioambientais causados no local ou na região

afetada pela atividade são elementos que devem compor, necessariamente, apenas, a hipótese de incidência da norma de compensação financeira.

Quanto aos legitimados ao recebimento da compensação financeira, restringimo-nos, fundamentalmente, aos entes federados que tenham sofrido danos (causalidade e proporcionalidade). Já na sujeição ativa da norma de participação, inserimos todos os entes federados, demonstrando, por inúmeras razões jurídicas, que não está o legislador atrelado a nenhuma condicionante – especialmente aquela relacionada à posição geográfica do ente em relação ao local da exploração – quando visa a disciplinar mera partilha da contraprestação exigida pela exploração lucrativa do patrimônio público federal.

Forte em precedente jurisprudencial, esboçamos raciocínio comparativo entre os *royalties* e a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM para reforçar a conclusão de que, uma vez que aqueles são calculados, segundo a lei ordinária, sobre o *volume total da produção*, grandeza essa desatrelada aos danos trazidos pela exploração, revestem a natureza de participação e não de compensação financeira, independentemente da denominação legal dada.

Os quadros demonstrativos traçados no desenvolvimento desse estudo estampam as linhas gerais de rateio dos *royalties* trazidas pela Lei nº 12.734/2012 e referendam a conclusão de que a obrigação veiculada no referido diploma ostenta natureza de *genuína participação no resultado da exploração* e, como tal, legitima o rateio entre todos os entes da federação, por meio de um Fundo Especial, como consta na lei, independentemente de suas posições geográficas em relação ao local da produção, sem representar qualquer afronta ao texto constitucional.

Ressalvamos, no entanto, a possibilidade de o legislador ordinário vir a instituir outra obrigação, com verdadeira natureza de *compensação financeira* pelo aproveitamento de petróleo e gás natural, visando à indenização dos

entes impactados pela atividade, mediante a fixação na lei de um critério quantitativo da obrigação revelador da extensão dos danos experimentados.

Segundo as disposições da Lei nº 4.320/1964, a *participação*, para a União, classifica-se como *receita corrente patrimonial* e, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, como *receita corrente transferida de natureza não tributária*. Já a compensação financeira apresenta-se como *receita originária* dos entes federados que sofreram danos, com destaque para a observação que, em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios, não se pode classificá-la como *receita patrimonial* – como o é para a União, titular do patrimônio – subsumindo-se à hipótese de receita corrente, na espécie *outras receitas correntes*.

A almejada conciliação da exploração de petróleo e gás natural com a conservação ambiental possui instrumentos de controle ambiental específicos que servem para prevenir e/ou mitigar os danos decorrentes da atividade, como a *compensação ambiental* e a *reparação in natura*.

A essência desses mecanismos de proteção ambiental, detalhada no desenvolvimento da nossa ideia, assegura que o fato de a atual legislação dos *royalties* do petróleo e gás natural não ter prescrito uma obrigação com genuína natureza indenizatória – eis que optou o legislador pela alternativa presente no texto constitucional, qual seja, participação no resultado da exploração – não coloca os danos ambientais à margem de indenização pelo infrator no desenvolvimento da atividade petrolífera.

Com essa linha de pensamento, refutam-se, um a um os argumentos que embasam a decisão cautelar que suspendeu os dispositivos da Lei nº 12.734/2012 que tratam de redistribuir os *royalties* entre os entes da federação.

Primeiro, porque a tese de que teria o legislador desconsiderado a natureza indenizatória dos *royalties* ao subtrair dos entes produtores valores

compensatórios pelos danos que atividade lhes acarreta não se sustenta diante da conclusão de que os *royalties*, nos termos como previstos na legislação ordinária, revestem a natureza de *participação no resultado da exploração* e não de compensação financeira. Logo, sua entrega aos Estados, Distrito Federal e Municípios não está vinculada aos impactos trazidos pela atividade, retratando verdadeira partilha dos resultados da exploração de uma riqueza nacional, segundo critérios estabelecidos pelo legislador ordinário.

Ao atestar a natureza indenizatória dos *royalties*, sem olhar para sua base de cálculo, a cautelar analisada revela decisão conflitante, *mutatis mutandis*, com precedentes jurisprudenciais daquela Corte, objeto de rápida análise neste artigo.

A uma, com a decisão colegiada<sup>43</sup> que, acertadamente, qualificou a *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais – CFEM* como participação, independentemente da denominação legal, exatamente pelo cálculo do seu valor estar atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, qual seja, o faturamento líquido resultante da venda do produto mineral após a sua última fase de beneficiamento.

E, a duas, com o acórdão prolatado em sede de ação direta de inconstitucionalidade<sup>44</sup> que reconheceu a necessidade de haver uma relação de causalidade e de proporcionalidade entre o valor da compensação ambiental e o impacto ambiental do empreendimento, afastando a alíquota mínima e a base de cálculo vinculada ao montante de investimento, previstas na lei, sob o fundamento de que esse critério quantitativo não reflete a extensão do dano e descaracteriza o cunho reparador da obrigação.

---

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 228.800-5/DF, 1ª Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, trecho extraído das pp. 485-486 do voto, j. 25.09.2001, DJ de 16.11.2001. Disponível na internet: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 17.05.2013.

<sup>44</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.378-6/DF, Relator Ministro Carlos Britto, Pleno, j. 9.04.2008. Disponível na internet: <URL:http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 17.05.2013.

Ora, para que se pudesse vislumbrar coerência em suas decisões, e, especialmente, fidelidade à Constituição Federal, só restariam ao Supremo Tribunal Federal 02 (dois) caminhos na análise das legislações que tratam dos *royalties*: (i) ou reconhecer que a obrigação não tem natureza indenizatória porque o cálculo do seu valor está atrelado à grandeza alheia aos danos trazidos pela atividade, sem, com isso, declarar a inconstitucionalidade da lei, eis que passível de subsunção da obrigação na alternativa prevista no texto constitucional, qual seja, a participação, independentemente do conceito legal; (ii) ou afastar, por vício de inconstitucionalidade, a base de cálculo eleita pelo legislador, por não refletir a extensão dos danos acarretados pela atividade e, assim, desnaturar o perfil indenizatório almejado, exigindo-se a adequação legal do critério quantitativo para a incidência da norma da compensação financeira.

Na sequência, o fundamento da cautelar em voga no sentido de que a aplicação imediata das novas regras de rateio dos *royalties* aos contratos de concessão vigentes causa insegurança jurídica restou, também, esvaziado diante da identificação e diferenciação das 03 (três) categorias de relações obrigacionais derivadas do texto constitucional, hábil a demonstrar que a repactuação da distribuição dos *royalties* entre, de um lado a União, e, de outro, os demais entes da federação, em nada atinge aquela relação contratual inaugural, firmada entre a União e o concessionário, da qual não participam os demais entes políticos, eis que inserida no campo das decisões políticas da União.

E, por fim, a pretensão do aplicador do direito de vincular a *norma constitucional de incidência do ICMS* nas operações interestaduais envolvendo petróleo e gás natural com o *critério de distribuição dos royalties*, sob o pretexto de trazer um suposto *equilíbrio* na distribuição de receitas de naturezas diversas, não encontra autorização no texto constitucional, tampouco o Judiciário encontra-se legitimado a afastar determinada garantia constitucional dos entes políticos – participação ou compensação financeira



pela exploração de petróleo e gás natural – pelo simples fato de serem esses entes detentores, também, de outros privilégios constitucionais previstos para matérias distintas, no caso, a regra de incidência do ICMS nas operações com petróleo e gás natural.

A essa altura resta claro que nos alinhamos à posição de que os *royalties*, nos termos em que previstos nas legislações ordinárias vigentes, enquadram-se na alternativa lançada pelo constituinte para a hipótese de exploração de petróleo e gás natural, qual seja, a *participação no resultado da exploração*, independentemente do conceito legal atribuído (compensação financeira), não materializando qualquer incompatibilidade com o art. 20, §1º, da Constituição Federal a destinação das receitas dos royalties aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios diversos do local da exploração de petróleo e gás natural ou detentores de territórios que confrontem com tal atividade, como o fez a Lei nº 12.734/2012.

## Referências Bibliográficas

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 15a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DERZI, Misabel de Abreu Machado; COELHO, Sacha Calmon Navarro; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Mar territorial, plataforma continental, competência tributária e *royalties* do petróleo: uma análise da contribuição do professor Raul Machado Horta. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Edição comemorativa dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG (1892-2012). Belo Horizonte, nº ed. esp., 2012.

FREITAS, Vladimir Passos de; BARRETO, Nathalia Lima. Petróleo, meio ambiente e o direito – Novas e velhas realidades. *Interesse Público*. Belo Horizonte: Fórum, ano XIV, nº 75, set.-out./2012.

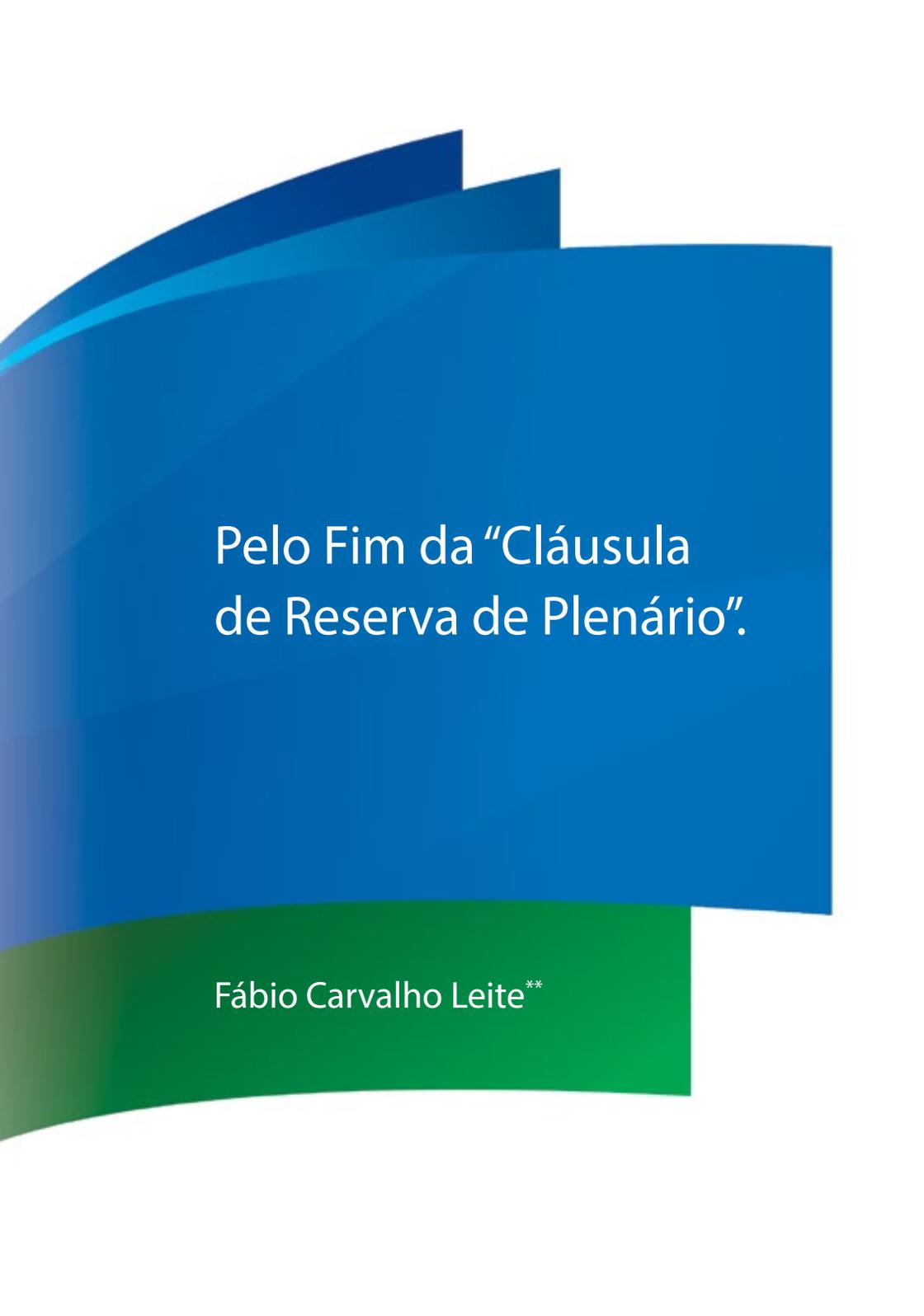
OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRISCO, Alex Vasconcellos. O pré-sal e a responsabilidade civil nas atividades petrolíferas: necessidade de conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 17, vol. 68, out.-dez./2012.

STF. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acesso à internet: <URL:<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>





# Pelo Fim da “Cláusula de Reserva de Plenário”.

Fábio Carvalho Leite<sup>\*\*</sup>

# 1. Introdução

A chamada cláusula de reserva de plenário, uma constante na história constitucional brasileira desde o texto de 1934, determina que, no âmbito dos tribunais, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo somente pode ocorrer por decisão da maioria absoluta dos magistrados que compõem a Corte (ou seja, o pleno do tribunal). Nesse sentido, quando uma questão de inconstitucionalidade for suscitada perante um órgão fracionário de um Tribunal (Câmara ou Turma do Tribunal), no julgamento de um caso concreto, o relator, depois de ouvir o representante do Ministério Público, deverá, independentemente do entendimento deste, submeter a questão aos demais magistrados que integram o referido órgão fracionário. Caso os magistrados, por maioria, entendam que a norma impugnada é constitucional, deverão prosseguir com o julgamento. Caso entendam, por maioria, que se trata de lei inconstitucional, deverão suspender o julgamento, lavrar acórdão nesse sentido, e encaminhar a questão ao pleno do Tribunal. Caberá a este, composto por todos os magistrados que integram o Tribunal (incluindo os membros do referido órgão fracionário suscitante), decidir sobre a questão, só podendo declarar a inconstitucionalidade da lei se a maioria absoluta dos seus membros votarem neste sentido. Chega-se, desse modo, a uma verdadeira “posição do Tribunal” (pleno) sobre a inconstitucionalidade de uma lei, com destaque para o fato de que este resultado só pode ser alcançado se a maioria absoluta de seus integrantes também entender pela incompatibilidade da lei com a Constituição.

É verdade que a cláusula foi introduzida no direito constitucional brasileiro num processo constituinte (1933-34) marcado, no que tange ao tema do controle de constitucionalidade, por uma forte preocupação com o

---

\*\* Professor de Direito Constitucional dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-Rio. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional (PUC-Rio) e Doutor em Direito Público (UERJ). Coordenador do Núcleo de Estudos Constitucionais da PUC-Rio. Assessor Jurídico da Reitoria da PUC-Rio. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-RJ. Email: fabiojur@puc-rio.br

poder conferido ao Judiciário no exercício da judicial review. Mas as razões de ordem democrática que justificam esta regra superam eventuais excessos nesse sentido – tanto que foi reproduzida nas Constituições posteriores, sempre imune a críticas de qualquer espécie (diferente, por exemplo, da competência atribuída ao Senado, art. 52, X, CRFB, também criada no mesmo período, e que tem sido alvo constante de críticas por parte da doutrina).

Penso, contudo, que é chegado o momento de lançarmos um olhar crítico sobre esta regra, cuja prática tem revelado dificuldades e problemas de ordem democrática que a sua irretocável teoria oculta e – vou além – que até comprometem a legitimidade de que ela aparentemente se reveste.

Considero pontos importantes para a legitimidade da referida cláusula os seguintes aspectos: (i) há uma posição do tribunal sobre a constitucionalidade da lei, (ii) tomada pela maioria absoluta (iii) de todos os seus membros, (iv) o que inclui a participação dos magistrados que integram o órgão suscitante – e que, portanto, irão julgar o caso concreto a partir do que for decidido sobre a constitucionalidade da lei (ponto que considero relevante por razões a serem abordadas adiante).

Estes aspectos estarão necessariamente presentes nos julgados de Tribunais de Justiça (TJs) como o de Roraima (que conta com um total de 7 Desembargadores), o do Acre e o do Amapá (ambos com 9 Desembargadores), mas absolutamente ausentes nos julgados dos Tribunais de Justiça como o do Paraná (com 120 Desembargadores), o do Rio Grande do Sul e o de Minas Gerais (ambos com 140 Desembargadores), o do Rio de Janeiro (com 180 Desembargadores) e o de São Paulo (com 355 Desembargadores), onde a questão constitucional, por razões compreensíveis, não pode ser apreciada pelo pleno. No caso destes tribunais, o controle de constitucionalidade é exercido por um órgão especial, composto por no máximo 25 magistrados (art. 93, XI, CRFB), afastando assim todos os aspectos acima relacionados que legitimam a referida cláusula.



Tomemos como exemplo o Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo pleno conta com 355 desembargadores, e o órgão especial, com 25. No âmbito desta Corte, se 13 desembargadores que integram o referido órgão (maioria absoluta) entenderem que uma lei é inconstitucional, esta será “a posição do Tribunal”, ainda que (hipoteticamente) todos os outros 342 desembargadores que integram o mesmo tribunal entendam de outra forma – e com a agravante, deve-se lembrar, de que as leis presumem-se constitucionais. Ou seja, o controle é exercido por uma minoria, e seu resultado, imposto à maioria. A diferença, convenhamos, é gritante – de modo que, para os fins do presente estudo, e nos momentos em que for relevante ressaltar a diferenciação, chamarei de “cláusula de reserva de órgão especial” a regra prevista no art. 97 da CRFB quando o controle de constitucionalidade for exercido por este órgão.

Os problemas decorrentes desta “cláusula de reserva de órgão especial”, contudo, afetam somente parte dos tribunais do País – ainda que parte expressiva (11, dos 27 TJs, por exemplo, contam com órgão especial). A crítica mais contundente à regra do art. 97, CRFB, e que afeta todos os tribunais indistintamente, refere-se às limitações que ela, efetiva ou potencialmente, impõe à interpretação e à aplicação do texto constitucional pelos magistrados que integram os órgãos fracionários dos Tribunais, que, por sua vez, interpretam e aplicam as leis aos casos concretos. A ideia de “reserva”, quando efetivamente relacionada ao pleno, sugere um fórum mais amplo e, portanto, mais democrático para a análise da constitucionalidade de uma lei, reforçando a legitimidade da cláusula. Por outro lado, a mesma ideia de reserva também anuncia uma espécie de vedação aos órgãos fracionários para o exercício desta análise. É este outro lado da moeda, ocultado pela legitimidade que a ideia mais visada de “reserva” confere à cláusula, que pretendo explorar neste ponto do trabalho.

Entendo que a cláusula de reserva de plenário não impede os órgãos fracionários apenas de declararem a inconstitucionalidade da lei, mas de,

potencial ou efetivamente, exercerem a chamada “jurisdição constitucional”, que é um conceito mais amplo do que a ideia de controle de constitucionalidade. É dizer, a cláusula mira no que vê, mas acerta o que não vê.

Consideremos, a título de ilustração, uma determinada lei ordinária, que, como qualquer outro ato normativo, está sujeita a interpretações. No juízo de 1ª instância (órgão monocrático), o magistrado fundamenta sua decisão a partir da leitura constitucional que faz desta lei. E o que ocorreria no âmbito de um tribunal? Pode um órgão fracionário fazer uma leitura constitucional de uma lei, afastando assim outras interpretações possíveis, porque implicariam a inconstitucionalidade do ato normativo em questão? E o que dizer daquelas situações em que a lei deve ser afastada porque sua aplicação, em determinado caso concreto, com todas as suas peculiaridades, e justamente por conta delas, seria inconstitucional? Como esta questão poderia ser encaminhada ao pleno ou ao órgão especial se a estes cabe apenas analisar a constitucionalidade da lei em abstrato, como tem reforçado a doutrina?

No contexto atual do direito brasileiro, marcado por uma crescente preocupação (doutrinária e jurisprudencial) com uma leitura constitucional de todos os ramos do Direito, parece temerária a ideia de que os magistrados de um órgão fracionário, no exame de um caso concreto, não tenham a liberdade de interpretar e aplicar as leis à luz da Constituição em razão de um consequente reconhecimento da inconstitucionalidade de outras interpretações possíveis. Da mesma forma, restaria comprometida a (necessária) metodologia jurídica se os magistrados de um órgão fracionário estivessem impedidos de afastar a aplicação de uma lei em um caso concreto em razão de peculiaridades que tornariam inconstitucional a sua aplicação apenas ao referido caso – o que não poderia ser apreciado pelo pleno, que se limita a examinar a lei.

O presente trabalho não é apenas crítico, mas também propositivo. Além das críticas já apresentadas, e a serem desenvolvidas, pretendo também

desmistificar ou ao menos relativizar os receios em relação ao controle de constitucionalidade exercido diretamente pelos órgãos fracionários e, ao fim, apresentar algumas mudanças necessárias para que a legitimidade deste controle (razão que sustenta a cláusula de reserva de plenário) seja devidamente preservada.

## 2. Da Cláusula de Reserva de Plenário à Cláusula de Reserva de Órgão Especial

A experiência do controle judicial de constitucionalidade sob a égide da Constituição de 1891 levantou duas preocupações que dominaram as deliberações sobre o tema na Subcomissão do Itamaraty, responsável pela elaboração do anteprojeto da Constituição de 1934: o fato de as declarações de inconstitucionalidade pelo STF terem eficácia meramente inter partes e a possibilidade de uma lei ser declarada inconstitucional por maioria apertada, sugerindo que a incompatibilidade da lei com a Constituição poderia ser duvidosa. Os temas são distintos, mas podem ser relacionados. Num sistema onde a decisão pela inconstitucionalidade de uma lei pode ser tomada por qualquer maioria e terá sempre eficácia inter partes, seria possível imaginar situações onde um tribunal, por maioria apertada, decidisse ora pela constitucionalidade, ora pela inconstitucionalidade de uma mesma lei. Experiências nesse sentido, aliás, foram relatadas pelos membros da Subcomissão. Themístocles Cavalcanti, ao propor a adoção de uma ação direta de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*, ressaltou este ponto, observando ainda que

o seu intuito, ao apresentar a emenda, foi exclusivamente evitar as anomalias tão bem ventiladas pelo Dr. João Mangabeira. Quis evitar exatamente que uma lei julgada inconstitucional, um dia, continuasse em vigor e amanhã fosse julgada constitucional, por uma maioria ocasional, como tem acontecido. Quis impedir que o

mesmo direito violado tenha, hoje, o amparo do Poder Judiciário e amanhã não tenha mais esse mesmo amparo<sup>1</sup>.

Contudo, esta aproximação (pretendida) com as preocupações de João Mangabeira deve ser recebida com reservas. Isso porque a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por maioria apertada (diferença de um voto) dá ensejo a duas críticas distintas: (i) a possibilidade de uma jurisprudência oscilante acerca da constitucionalidade de uma lei e (ii) a eventual ilegitimidade de uma maioria precária para anular um ato normativo aprovado por órgãos representativos. A primeira crítica foi a que se fez dominante nos debates da Subcomissão, ao passo que a segunda foi ressaltada talvez exclusivamente por João Mangabeira. Este jurista reconhecia que a proposta de uma ação direta de inconstitucionalidade tinha “a vantagem de evitar que, à sombra de uma lei inconstitucional, se desenvolva e estabilize uma série de ações jurídicas para cinco ou seis anos depois vir perturbar todo um mundo de interesses que se concretizaram em contratos”. E, por esta razão, manifestou-se favorável à proposta de Themístocles Cavalcanti (e, de fato, votou nesse sentido). Mas ressaltou que

vota por esta emenda porque, mais adiante, procura, com outra que apresentará, restringir também este poder do Supremo Tribunal de declarar a inconstitucionalidade de uma lei, estabelecendo que um ato do Presidente da República ou da Assembléia Nacional só pode ser declarado inconstitucional quando, dentre 15 ministros, votarem 10. É preciso, portanto, reunir dois terços dos votos. É contra a inconstitucionalidade votada por 8 contra 7, de uma lei aprovada pela Assembléia Nacional, sancionada pelo Presidente da República, e, depois, declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, numa votação em que 7 ministros são a favor e 8 são contra. É o voto de um homem que prevalece sobre todas essas entidades, que votaram<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Elaborando a Constituição Nacional – Atas da Subcomissão elaboradora do Anteprojeto 1932/1933*. (21ª Sessão da Subcomissão Constitucional). Secretaria de Documentação e Informação do Senado Federal, Brasília, 1993, p. 538.

<sup>2</sup> *Idem*, pp. 532-533.

É curioso observar que, a partir desta crítica, assegurar eficácia *erga omnes* às decisões do STF sem modificar o quorum necessário para a declaração de inconstitucionalidade não apenas não resolveria o problema apontado por João Mangabeira, como ainda agravaria a situação. Afinal, se o jurista se preocupava com a ilegitimidade da declaração de inconstitucionalidade decidida por maioria apertada quando a eficácia se restringia às partes do processo, que dizer desta mesma ilegitimidade quando a declaração atinge a todos?

A Subcomissão acabou por aprovar o quorum proposto por João Mangabeira<sup>3</sup>, mas, para os propósitos do presente trabalho, é interessante registrar que as suas críticas relativas à falta de legitimidade de uma maioria apertada do STF para declaração de inconstitucionalidade não foram as que mais geraram debates naquele fórum. E, embora estas críticas tenham sido reiteradas pelo jurista em sua coluna no Diário Carioca (onde defendeu o anteprojeto da Subcomissão quando este já se encontrava em discussão na Assembléia Constituinte), aparentemente não tiveram grande repercussão entre os constituintes, e a exigência de maioria qualificada imposta ao STF foi substituída pela exigência de maioria absoluta para todos os tribunais.

É no mínimo curioso que uma Constituinte que não aprovou uma ação direta de inconstitucionalidade e que tinha receio em relação a um poder excessivo ao Judiciário tenha se contentado em criar a regra da maioria absoluta – em lugar do quorum qualificado proposto por João Mangabeira e afinal aprovado pela Subcomissão. Talvez os constituintes tivessem considerado que a regra da maioria absoluta seria suficiente para se resolver

---

<sup>3</sup> Art. 57. Não se poderá arguir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. §1º O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, *senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus Ministros*. §2º Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou de um ato do Presidente da República. Sempre que qualquer tribunal ou juiz não aplicar uma lei federal, ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal Federal. §3º Julgados inconstitucionais qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para garantia de todo direito certo e incontestável. (grifei)

algun problema relativo à (i) legitimidade da judicial review. Sendo este o caso, duas objeções devem ser aqui levantadas. A rigor, a exigência (ao menos para o STF) de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade já existia no plano infraconstitucional e, como mera advertência, no âmbito doutrinário (voltada a todos os tribunais). De fato, o Decreto nº 938, de 1902, já dispunha:

Art. 1º Sempre que o Supremo Tribunal Federal tiver que julgar, nos casos de sua competência, compreendida no art. 59, ns. 1 e 3 da Constituição, ou quando em qualquer pleito se envolver questão de inconstitucionalidade das leis da União ou dos Estados e de tratados federais, as decisões finais serão proferidas com a presença de dez, pelo menos, dos seus membros desimpedidos.

E a regra foi reafirmada pelo Decreto nº 1.939, de 1908, que dispunha:

Art. 8º Quando contra os atos ou decisões das autoridades administrativas for alegada a inconstitucionalidade de tais atos ou decisões, não obstante serem os mesmos conformes com as leis ou regulamentos em vigor, a decisão final do Supremo Tribunal Federal deverá ser proferida estando presentes, pelo menos, 10 dos seus membros desimpedidos<sup>4</sup>.

No âmbito doutrinário, João Barbalho e Carlos Maximiliano<sup>5</sup>, autores das mais importantes obras de Comentários à Constituição de 1891, haviam já destacado a importância do quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos, de modo que o caráter de “inovação” atribuído à Constituição de 1934 no que tange à introdução da regra de maioria absoluta deve ser um pouco relativizado.

---

<sup>4</sup> Ambos os atos normativos foram citados por AMARAL JR. (2002, pp. 71-72). O autor cita também julgado do STF (Apelação Cível, 1.527), em 1916, declarando nulo acórdão “por ter sido proferido por número de Ministros deste Tribunal inferior ao exigido por lei para julgamento de questões em que uma das partes funda a sua intenção em preceito desta Constituição” (p. 72).

<sup>5</sup> De acordo com o autor, “o reconhecimento da inconstitucionalidade de um decreto constará do acórdão, somente quando aprovado pela maioria absoluta dos membros do STF” (MAXIMILIANO, 1918, p. 117).

A segunda objeção refere-se ao fato de que a maioria absoluta *pode ser* maioria apertada ou precária, é dizer, garante maioria de apenas 2 votos, se o total for número par, ou mesmo 1 voto (!), se o total for número ímpar. O fato de este aspecto não ter sido objeto de reflexão pela doutrina que se desenvolveu a partir da Constituição de 1934 (como também não o foi nos processos constituintes de 1933-34 e de 1946) diz algo sobre a compreensão que se tinha da tensão entre controle de constitucionalidade e democracia. Desde o advento da *judicial review* na Constituição de 1891, a doutrina sempre alertou para o caráter excepcional da declaração de inconstitucionalidade. Mas esta advertência doutrinária nunca questionou a regra da “simples maioria” (que não se confunde aqui com “maioria simples”). Seguindo a orientação sistematizada por Araújo Castro, a partir da doutrina de Black, um magistrado (a) não deveria levantar a questão de constitucionalidade “senão quando isso se torne absolutamente necessário à direta aplicação do caso de que se trata”, (b) não poderia apenas “invocar o espírito da Constituição para decretar a inconstitucionalidade de uma lei; é mister que a violação constitucional seja clara e evidente”, (c) deveria aplicar a lei se “aquele que alega a sua inconstitucionalidade não mostra a disposição violada”, (d) deveria, sempre que fosse possível fazê-lo, decidir uma causa sem entrar no exame da questão constitucional, pois “a presunção é toda em favor do ato legislativo”, (e) não deveria “investigar os motivos que levaram o Legislativo a votar a lei, e esta não deve ser julgada inconstitucional por parecer impolítica, injusta, absurda ou contrária aos princípios de justiça natural”, (f) não deveria declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando a objeção da sua constitucionalidade “se refere somente ao preâmbulo”, e (g) ao declarar a inconstitucionalidade de uma ou mais disposições de uma lei não deveria estender este juízo a outras disposições “que com aquelas não se achem em situação de conexão e dependência” (CASTRO, 1935, p. 243)<sup>6</sup>. No entanto, atendidas estas

---

<sup>6</sup> O autor cita em nota de rodapé: BLACK. Handbook of American Constitutional Law, pp. 60, 63, 65, 68, 70 e 72-74.

exigências, bastaria que 6, num universo de 11 magistrados, entendessem pela inconstitucionalidade de uma lei para que este vício fosse reconhecido, pouco importando que os outros 5 entendessem pela constitucionalidade dessa mesma lei – constitucionalidade cuja presunção fora tão ressaltada pelo autor.

A regra de “simples maioria absoluta”, adotada pela Constituição de 1934, foi mantida nas Constituições de 1937, 1946 e 1967/69, sem ter despertado na doutrina qualquer reflexão crítica sobre o ponto levantado por João Mangabeira<sup>7</sup>. Grosso modo, a doutrina limitava-se a explicar mais do que analisar ou mesmo justificar a exigência do quorum de maioria absoluta para a declaração de inconstitucionalidade<sup>8</sup>. Talvez fosse justo conferir aqui algum destaque à doutrina de Carlos Maximiliano, mas com algumas reservas quanto a esta distinção. De fato, o problema da (i)legitimidade da declaração de inconstitucionalidade pela diferença de um voto (o que pode ocorrer mesmo quando se exige maioria absoluta) foi destacado por Carlos Maximiliano ao tratar deste tópico. No entanto, o autor o fez em nota de rodapé, quando expôs o debate doutrinário norte-americano a este respeito. Nesse contexto, não resta claro, por exemplo, se, ao afirmar que “a inconstitucionalidade só deve ser decretada quando clara, evidente; ora toda a presunção de clareza desaparece desde que a discussão se acirra e se dividem quase a meio os votos” (MAXIMILIANO, 1948, vol. 1, p. 154), o autor está criticando o dispositivo constitucional ou apenas apresentando os

---

<sup>7</sup> Uma proposta apresentada no processo constituinte de 1946, pelo parlamentar Elói da Rocha, visando à adoção de quorum especial de 2/3 para os tribunais declararem a inconstitucionalidade das leis ou de ato do Poder Público, talvez tenha sido o último suspiro de um olhar crítico sobre aquela regra. Segundo relatou José Duarte em sua obra sobre os trabalhos daquela Assembléia Constituinte, “entendera esse representante que a maioria absoluta, como exige o texto, estaria bem se se tratasse, apenas, de decretar a inconstitucionalidade de leis, mas, há, também, o ato do Poder Público. Há legislações, em outros países, em que só se declara essa inconstitucionalidade quando o tribunal todo apenas, com um voto discordante, se pronuncia nesse sentido. Mário Masagão combateu a emenda. Essa exigência, para ele, equivaleria à impossibilidade de decisões, porque os tribunais funcionam, habitualmente, com metade mais um de seus juízes. Não é possível obter sempre dois terços, nem mesmo para as simples votações, quanto mais para a maioria requerida.” (DUARTE, 1947, vol. 3, pp. 369-370)

<sup>8</sup> A doutrina aqui considerada restringe-se a manuais e cursos de Direito Constitucional, bem como a obras de Comentários à Constituição Brasileira, editados ao longo do período em que vigoraram as Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967/69.

argumentos de autores norte-americanos como Baldwin e Watson, que, nas palavras de Carlos Maximiliano, “consideram de pouco valor o *veredictum*, se houve maioria de um voto (5 contra 4 num tribunal de 9 membros), tendo a minoria discutido o assunto e fundamentado por escrito o seu parecer contrário” (MAXIMILIANO, 1948, vol. 1, p. 154)<sup>9</sup>.

Este silêncio doutrinário sobre o problema da “simples maioria absoluta” acabou por gerar um grau elevado e irrefletido de legitimidade à cláusula de reserva de plenário, a ponto de uma mudança tão drástica como a delegação das atribuições do plenário a um “órgão especial” (e que, a rigor, nada mais é que um órgão fracionário) não ter abalado em absolutamente nada uma regra cuja sustentação limitava-se basicamente ao fato de a declaração de inconstitucionalidade ser uma decisão tomada justamente pelo todo (plenário) e não por uma parte (órgão) do Tribunal.

De fato, em 7 de abril de 1977, o Presidente Ernesto Geisel, depois de haver determinado o “fechamento” do Congresso Nacional (no dia 1º de abril...), outorgou uma série de emendas constitucionais (o que ficou conhecido como “pacote de abril”), dentre as quais a EC 7, que obrigava os Tribunais de Justiça com número superior a vinte e cinco desembargadores a constituírem um “órgão especial”, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno. Consequentemente, o dispositivo da cláusula de reserva de plenário teve a sua redação modificada para: “art. 116. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial (Artigo 144, V), poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

---

<sup>9</sup> A citação de autores norte-americanos ou o levantamento de questões experimentadas nos EUA a respeito dessa exigência de maioria absoluta não era comum entre os autores brasileiros que, quando muito, afirmavam que o dispositivo constitucional inspirava-se na regra do full bench, adotada pelos tribunais nos EUA, ainda que sem previsão na Constituição daquele país. Maximiliano (1948, p. 153) e Bittencourt (1949, p. 44) foram, a este respeito, uma exceção.

A atribuição do controle de constitucionalidade, no âmbito dos Tribunais de Justiça, a um órgão fracionário (cuidadosamente chamado de “especial”, como se o nome tivesse o poder de mudar a coisa) retirou *completamente* a base de legitimidade da regra até então em vigor. É dizer, se a doutrina não se incomodava com o fato de a declaração de inconstitucionalidade de uma lei (cuja constitucionalidade era fortemente presumida) ser tomada por apenas um voto de diferença, ao menos havia o conforto de saber que esta maioria (ainda que eventualmente apertada) era de *todo o tribunal*. A partir de então, nem isso.

A doutrina, todavia, cuidou de legitimar esta mudança. O argumento é simples: as leis presumem-se constitucionais, razão pela qual apenas a maioria absoluta do tribunal pleno pode declarar a sua inconstitucionalidade, mas como alguns tribunais têm número expressivo de magistrados, o que dificulta (se não inviabiliza) o exercício deste controle de constitucionalidade, esta competência deve ser delegada a um órgão especial, composto por número reduzido de magistrados. O fato de a razão que sustenta a regra da reserva de plenário (maioria do todo) não valer para o órgão especial (maioria de parte, que pode ser minoria do todo) não foi sequer considerado.

Os comentários de Marcelo Caetano (1978, vol. 2, pp. 417-418) a esta regra, já sob a égide da EC 7/77, são, a propósito, bastante ilustrativos:

A exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário, tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado. Sendo atingida a majestade da lei a qual, em princípio, beneficia de precaução de estar de acordo com a Constituição, é necessário que o julgamento resulte de um consenso apreciável e não brote de qualquer escassa maioria, porventura de um voto só. Essa exigência, por outro lado, acautela contra uma futura variação de jurisprudência no mesmo Tribunal.

Assim, a inconstitucionalidade tem de ser declarada pelos votos conformes de um número de juízes equivalente a metade e mais um dos membros do Tribunal ou do órgão competente nele formado. (...) Como os Tribunais de Justiça têm, presentemente, grande número de membros, a Emenda Constitucional nº 7 determinou, no art. 144, inciso V, que “nos Tribunais de Justiça com número superior a 25 desembargadores será constituído órgão especial com o mínimo de 11 e o máximo de 25 membros para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais da competência do Tribunal Pleno...”

O aumento expressivo do número de magistrados nos tribunais – se comparado ao período de 1934, quando foi criada a regra – revelou-se, de fato, um problema para a aplicação da cláusula de reserva de plenário. Mas a solução encontrada carece da lógica pretendida. E o quadro agravou-se ainda mais com a Constituição de 1988, que (mais uma vez: por razões compreensíveis) permitiu<sup>10</sup> a criação de órgão especial em qualquer tribunal (com número superior a 25 magistrados), não mais apenas aos Tribunais de Justiça, e manteve a regra da cláusula de reserva de órgão especial (onde houver).

Esta forma de compreender o problema (em tribunais com número elevado de magistrados a reserva de plenário torna-se inviável) e justificar a solução (delegação desta competência ao órgão especial) é ainda hoje pacífica na doutrina constitucionalista. Por outro lado, a doutrina continua omissa no que tange ao fato de a razão que sustenta a regra da reserva de plenário (o todo) não se aplicar ao órgão especial (uma parte).

Identificar um problema, dizem, já é parte da solução. Admitida a impossibilidade de se transferir à reserva de órgão especial a razão de ser da reserva de plenário, o quadro que se apresenta passa a ser o seguinte:

---

<sup>10</sup> No texto constitucional de 1988, a criação de órgão especial deixou de ser uma obrigação (como eterminado pela EC 7/77) e passou a ser uma faculdade (art. 93, XI) conferida aos Tribunais, o que mais se coaduna com a sua independência e autonomia. Por outro lado, há de se reconhecer que em tribunais como o TJRJ, com 180 desembargadores, ou o TJSP, com 350, o órgão especial é praticamente uma obrigação, por força das circunstâncias.

as leis presumem-se constitucionais, razão pela qual apenas a maioria absoluta do tribunal pleno poderia declarar a sua inconstitucionalidade, mas como os tribunais têm hoje número expressivo de magistrados, o que dificulta (se não inviabiliza) o exercício deste controle de constitucionalidade, e como esta competência do pleno não pode ser delegada a nenhum órgão do tribunal, pois este será sempre uma minoria e uma decisão tomada por esta minoria deixaria de ter qualquer relação com a ideia de presunção de constitucionalidade das leis, então... o que fazer?

Pretendo responder esta pergunta a partir de duas outras, a saber: (i) o que o órgão especial tem de (tão) especial? e (ii) quem tem medo dos órgãos fracionários? A primeira pergunta pretende questionar a legitimidade do órgão especial para o exercício do controle de constitucionalidade; a segunda, a ilegitimidade dos órgãos fracionários para esta mesma competência.

### 3. O Que o Órgão Especial tem de (Tão) Especial?

O art. 93, XI da Constituição, com redação dada pela Emenda Constitucional (EC) 45/2004, dispõe que nos tribunais (de qualquer ramo do Poder Judiciário) com número superior a vinte e cinco julgadores poderá ser constituído órgão especial, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, para o exercício das atribuições administrativas e jurisdicionais delegadas da competência do tribunal pleno, provendo-se metade das vagas por antiguidade e a outra metade por eleição pelo tribunal pleno. A inovação trazida pela EC 45/2004 (reforma do Poder Judiciário) refere-se justamente à composição deste órgão especial, antes deixada à autonomia dos tribunais.

A partir deste dispositivo, observa-se que (i) a criação de órgão especial é uma *faculdade* dos tribunais com número superior a vinte e cinco magistrados, (ii) sua competência envolve matéria administrativa e jurisdicional delegada do pleno do tribunal e (iii) é composto por membros mais antigos e membros

eleitos. O primeiro ponto é, ao menos para os tribunais mais numerosos, irrelevante, pois a faculdade teórica é uma compreensível imposição na prática. Os pontos mais relevantes envolvem a relação entre a sua competência (ii) e sua composição (iii).

Nesse sentido, o primeiro aspecto a merecer destaque refere-se à reunião de competências administrativas e jurisdicionais. O mesmo órgão competente para decidir questões administrativas e disciplinares relativas aos magistrados (de primeira e segunda instância) que integram o tribunal será também competente para julgar as questões mais relevantes de competência do tribunal pleno. Não pretendo enfrentar aqui os problemas relativos a esta *venda casada*, que assume que um mesmo grupo de magistrados (sendo metade os mais antigos e a outra metade eleita) seja o mais apto a desempenhar ambas as funções (tão distintas, a propósito). O que destaco, por ora, é o fato de que a este órgão, a quem cabe administrar o tribunal e punir disciplinarmente os magistrados, cabe também – e com exclusividade (!) – a interpretação constitucional nos casos de conflito entre a Lei Maior e a legislação infraconstitucional. Mas, afinal, por que confiar o controle de constitucionalidade ou a guarda da Constituição (no âmbito dos tribunais) a um órgão composto pelos membros mais antigos e magistrados eleitos por seus pares?

Em relação ao primeiro grupo de magistrados – os mais antigos do tribunal –, não parece possível encontrar uma razão que justifique a atribuição desta competência em caráter de exclusividade. Não existe aqui nenhum preconceito *contra* os juízes mais antigos; simplesmente não há um preconceito *a favor* destes magistrados. Os juízes mais antigos de um tribunal não são os mais nem os menos aptos à tarefa de interpretar a Constituição; são apenas os juízes mais antigos do tribunal.

Quanto aos magistrados eleitos, seria até possível argumentar que seriam considerados pelos seus pares como os mais indicados a esta função. Mas somente se esta fosse a sua única função. Não é o caso. O órgão

especial exerce as funções não só jurisdicionais, mas também administrativas delegadas do pleno. E parece improvável, por razões até compreensíveis, que os magistrados-eleitores coloquem em primeiro plano a função jurisdicional em prejuízo da função administrativa quando decidem seu voto.

Não parece haver razão, portanto, que justifique a atribuição do controle de constitucionalidade, em caráter de exclusividade, a um órgão fracionário (em alguns casos, expressivamente minoritário em relação ao todo) composto pelos magistrados mais antigos e por magistrados eleitos, a quem cabe também o exercício das funções administrativas de competência do pleno. Mas além da falta de qualquer traço de racionalidade na relação entre competência e composição do órgão, há outro aspecto que compromete ainda mais a legitimidade da cláusula de reserva de órgão especial: o caráter exclusivo do exercício do controle de constitucionalidade. A exclusividade, com o perdão pela redundância, exclui. A exclusão é a outra face da moeda “exclusividade”, geralmente ocultada pelo aspecto da especialidade, que neste caso, como visto, simplesmente não existe.

É importante recordar que, em sua origem, a cláusula de reserva de plenário vedava a declaração de inconstitucionalidade aos órgãos fracionários, mas não aos seus membros, que, por integrarem o pleno, também participavam deste julgamento. É dizer, a cláusula de reserva de plenário é, a este respeito, uma *regra de inclusão*, pois a vedação aqui imposta ao órgão fracionário não implica a exclusão de ninguém. Ao impedir que uma parte do Tribunal (o órgão fracionário) exerça a competência para que todos (o pleno) o façam, a expressão *reserva de plenário* assume uma feição participativa e democrática, não deixando margem para qualquer discussão acerca da legitimidade que o seu resultado acarreta<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Interessante registrar que o Tribunal Superior do Trabalho, embora conte com um órgão especial (art. 59, II do Regimento Interno), reserva ao pleno a competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (art. 68, IX, do Regimento Interno).

A atribuição desta competência ao órgão especial, como visto, subverte completamente este cenário. A cláusula de reserva, neste caso, impede que um órgão fracionário exerça a competência para que outro órgão fracionário – de composição que não guarda relação necessária com o controle de constitucionalidade das leis – o faça. A cláusula de reserva de órgão especial é, ao contrário da reserva de plenário, uma *regra de exclusão*, pois a vedação imposta aos órgãos fracionários, neste caso, implica necessariamente a exclusão de seus membros. A ideia de *reserva* neste contexto de exclusão e de transferência a um órgão sem relação com a competência delegada é antidemocrática – simplesmente retira, sem nada oferecer em troca. Não deixa de ser curioso, a propósito, que o nome *reserva de plenário* tenha sido preservado mesmo quando não há reserva de plenário. Altera-se a coisa sem mudar o seu nome, e o órgão especial aproveita-se, assim, da legitimidade que não possui.

Contudo, se não existem razões que legitimem o exercício do controle de constitucionalidade pelo órgão especial, deve-se reconhecer, por outro lado, que a atribuição desta competência ao pleno apresenta (ou pode apresentar) uma série de dificuldades e inconvenientes. O caso do Tribunal de Justiça do Ceará é, a este respeito, emblemático. Até o ano de 2009, o Tribunal contava com 27 desembargadores, a quem cabia o exercício do controle de constitucionalidade. Em julho daquele ano foi aprovada a lei estadual 14.407, criando 16 novas vagas para o Tribunal. Com um pleno agora composto por 43 magistrados, o Tribunal decidiu, em maio de 2011, criar um órgão especial (Assento Regimental nº 36, de 05/05/2011), formado por 19 desembargadores, responsável agora pelo controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Assim, se não há razão que justifique a atribuição do controle de constitucionalidade ao órgão especial, se esta atribuição implica o afastamento dos demais magistrados (que podem ser muito mais numerosos) do exercício da interpretação constitucional, se, por outro lado,

não é possível a atribuição desta competência a um órgão pleno com mais de uma centena de magistrados e não é desejável mesmo quando o pleno não atinge este número, cabe indagar: por que não deixar o exercício do controle de constitucionalidade aos próprios órgãos fracionários que julgam os casos concretos?

## 4. Quem tem medo dos órgãos fracionários?

A cláusula de reserva de plenário (ou de órgão especial), para além de sua leitura mais óbvia, pode ser compreendida como uma regra que veda o exercício do controle de constitucionalidade das leis diretamente pelos órgãos fracionários dos tribunais. E, como consequência, afirma e reforça uma falta de legitimidade dos órgãos fracionários para o exercício daquele controle. É uma cláusula que, ao legitimar o todo (o pleno), deslegitima as partes (os órgãos fracionários).

Esta ideia tão enraizada na nossa cultura jurídica merece, contudo, ser revista. Para tanto, apresento três argumentos que relativizam (quando não negam) esta premissa:

- (i) o órgão especial (cuja legitimidade nunca foi questionada pela doutrina) nada mais é que um órgão fracionário, e com a significativa desvantagem de ter de examinar a constitucionalidade da lei desvinculada do caso concreto (ponto que será explorado adiante). Aqueles que defendem a cláusula de reserva de plenário e de órgão especial costumam justificar a regra a partir da crítica a uma declaração de inconstitucionalidade proferida por uma quantidade inexpressiva de magistrados (integrantes de um órgão fracionário), mas ignoram que esta mesma crítica também é válida para o órgão especial. Afinal, o que representam 13 desembargadores – maioria absoluta dos membros do órgão especial do TJ de São Paulo – diante de um universo de 355 magistrados que integram aquele tribunal?



Valendo ainda lembrar que, dos integrantes do órgão especial, metade não tem nenhuma representatividade, sendo apenas os magistrados mais antigos (o que não guarda nenhuma relação com o controle de constitucionalidade).

- (ii) Nas Turmas Recursais dos juizados especiais não se aplica esta regra, e o controle de constitucionalidade é exercido diretamente pelos órgãos julgadores (órgãos fracionários)<sup>12</sup>. Certamente não há como relacionar a ratio que sustenta a criação dos Juizados Especiais com uma espécie de relativização da presunção de constitucionalidade das leis. Assim, uma Turma Recursal do Juizado Especial Cível pode declarar a inconstitucionalidade da lei X por violação ao princípio constitucional Y, mas a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça não pode fazer o mesmo se estiver examinando um caso idêntico, mas com valor da causa superior a 40 salários mínimos.
- (iii) Os órgãos fracionários têm competência para o exame da compatibilidade entre a Constituição e o direito pré-constitucional, o que, no aspecto material, pode ser idêntico ao exame entre a Constituição e o direito pós-constitucional. Embora as leis anteriores à Constituição não gozem (obviamente) de presunção de constitucionalidade, o argumento, de todo modo, se impõe. Suponha-se uma lei X que entrou em vigor em maio de 1988, violando o princípio da igualdade (formal) em seu sentido mais básico (“todos são iguais perante a lei”), presente na Constituição em vigor à época (Constituição de 1967/69). Em outubro de 1988 foi promulgada a nova Constituição, que reproduziu este mesmo princípio jurídico, de modo que, a partir de então, o conflito passou a ser “também” entre Constituição e direito pré-constitucional. No exame de um caso concreto, um órgão fracionário poderia suscitar tanto a inconstitucionalidade da lei, em face da Constituição de 1967/69, como a sua revogação, pela Constituição de 1988. A diferença é que no primeiro caso o órgão julgador deveria submeter a questão ao pleno

---

<sup>12</sup> STF – RE 468.466 Agr: “A regra da chamada reserva do plenário para a declaração de inconstitucionalidade (art. 97, da CF) não se aplica, deveras, às turmas recursais de Juizado Especial”.

ou ao órgão especial, ao passo que, no segundo caso, poderia ele mesmo reconhecer a incompatibilidade entre os textos normativos em conflito que, no aspecto material, são exatamente os mesmos (a lei X e o princípio da igualdade). Por que reconhecer a legitimidade do órgão fracionário para examinar a compatibilidade de uma lei com um valor constitucional num caso, mas não no outro<sup>13</sup>?

E se a lei X tivesse sido revogada expressamente pelo Congresso Nacional em 1989, e a legislatura seguinte tivesse aprovado uma lei Y com idêntico teor? Ou, valendo-se do que permite o art. 2º, § 3º do decreto-lei nº 4.657/42 – lei de introdução às normas do Direito Brasileiro (“Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.”), e se a lei Y tivesse revogado a lei revogadora e restaurado expressamente a lei X? De uma forma ou de outra, novamente teríamos os mesmos textos normativos, mas o órgão fracionário não teria competência para realizar o exame que fizera até poucos anos antes. É discutível que o princípio da presunção de constitucionalidade das leis possa gerar um tratamento tão diferenciado a situações tão semelhantes.

Estes fatos aqui reunidos demonstram que, a despeito do que se poderia supor, o ordenamento jurídico brasileiro não identifica necessariamente uma ilegitimidade no exercício do controle de constitucionalidade realizado diretamente por órgãos fracionários dos tribunais.

Mas, para além de apresentar fatos que demonstram que órgãos fracionários *podem* exercer o controle de constitucionalidade, pretendo também argumentar que os órgãos fracionários *devem* fazê-lo. É dizer, trata-se de algo positivo, a ser promovido, e não remediado ou corrigido. E isso porque a atribuição do controle de constitucionalidade aos órgãos fracionários resulta numa democratização da jurisdição constitucional (o que tem sido

---

<sup>13</sup> Haveria ainda outra diferença entre estes casos, relativa à retroatividade da declaração: ex tunc, no caso da inconstitucionalidade, e desde a entrada em vigor da CF, no caso da revogação (v. STF RE 277002), mas este aspecto é irrelevante para o argumento aqui defendido.



muito defendido num plano teórico, mas pouco promovido na prática) – considerada esta democratização não apenas no aspecto quantitativo, mas também, como pretendo sustentar, num aspecto qualitativo.

De fato, se o controle de constitucionalidade pressupõe necessariamente uma interpretação da Constituição pelo órgão ou agente que o realiza, permitir que este controle seja exercido diretamente pelos órgãos fracionários dos tribunais implicaria desde já uma ampliação expressiva do quadro de intérpretes do texto constitucional.

Embora seja possível argumentar, em sentido contrário, que os órgãos fracionários, quando encaminham uma questão ao pleno ou ao órgão especial, nos termos dos arts. 480 e 481 do CPC, já realizam uma interpretação constitucional, deve-se reconhecer, por outro lado, que esta interpretação fica condicionada a uma espécie de confirmação pelo pleno ou pelo órgão especial, apresentando assim um valor secundário que, a rigor, não possui ou não deveria possuir.

Pode-se argumentar também que essa ampliação do quadro de intérpretes só valeria para os tribunais onde se aplica a cláusula de reserva de órgão especial, pois onde vigora a reserva de plenário todos os magistrados já interpretam a Constituição e as interpretações têm o mesmo valor – o que é correto. Ainda assim, deve-se reconhecer que, embora a alteração aqui sugerida não afete todos os tribunais, seus efeitos teriam um impacto que potencialmente atingiria todos os tribunais, na medida em que novas interpretações poderiam ser produzidas, permitindo leituras distintas acerca do mesmo texto constitucional.

Mas o ponto mais sensível e talvez mais relevante da democratização da jurisdição constitucional que decorreria da proposta aqui defendida refere-se ao seu aspecto qualitativo. Como pretendo demonstrar, o fato de o controle de constitucionalidade ser exercido diretamente pelo próprio órgão julgador do caso concreto (como ocorre nos juízos de 1ª instância) pode ser até

indiferente em muitos casos (sobretudo nos chamados processos em massa, onde, por definição, não há peculiaridades que singularizem os julgados), mas é relevante ou talvez imprescindível em alguns outros, afetando positivamente a interpretação constitucional.

## 5. Jurisdição constitucional: entre a interpretação jurídica e o controle de constitucionalidade

A separação entre o caso concreto (julgado pelo órgão fracionário) e o exame de constitucionalidade da lei (realizado pelo plenário ou órgão especial) revela-se perfeitamente adequada (não necessariamente desejada) nos casos típicos de controle de constitucionalidade, onde uma lei (ou parte dela) ou é constitucional (devendo ser sempre aplicada nos casos em que incide) ou é inconstitucional (devendo ser sempre afastada pelo Poder Judiciário nos casos em que incidiria). Contudo, para além destes casos típicos, há situações em que o controle de constitucionalidade só pode ocorrer à luz de um caso concreto, o que, se não inviabiliza totalmente esta cisão funcional, ao menos dificulta o seu exercício e, de todo modo, impõe uma revisão em seu funcionamento.

De fato, há leis que, embora sejam constitucionais em tese, podem ser inconstitucionais num caso concreto. São leis que não violam, mas “podem” eventualmente violar a Constituição, quando aplicadas a determinados casos ou em determinados contextos (singulares ou não).

Tomemos, por exemplo, a decisão do STF no julgamento do Habeas Corpus nº 83.996, impetrado em favor do diretor teatral Gerald Thomas, que havia sido denunciado pelo Ministério Público por ter “simulado uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas” no palco do Teatro

Municipal do Rio de Janeiro, como forma de protesto contra as vaias e xingamentos que recebera dos espectadores ao final da peça sob sua direção. O ato praticado por Gerald Thomas enquadrava-se no crime de ato obsceno, nos termos do art. 233 do Código Penal brasileiro, mas o diretor alegara em sua defesa que o ato praticado estava protegido pela liberdade de expressão.

A tese de defesa foi acolhida pela 2ª Turma do STF (não à unanimidade), ou seja, houve o reconhecimento expresso de que o ato praticado pelo diretor teatral, levando-se em conta o contexto e as peculiaridades do caso concreto, estava protegido pela liberdade de expressão, afastando-se assim a aplicação da lei penal. Neste caso, por se tratar da aplicação do Código Penal de 1940 – ato normativo anterior à Constituição –, não havia dúvidas a respeito da competência do órgão fracionário (2ª Turma do STF) para decidir pela não-aplicação da lei. Contudo, caso fosse o Código Penal posterior à Constituição, deveria a questão constitucional ser encaminhada ao pleno do Tribunal? Nesta hipótese, como seria possível separar o exame da constitucionalidade da lei e o julgamento do caso concreto?

No referido julgado, foi afirmado que “um exame objetivo da querela há de indicar que a discussão está integralmente inserida no contexto da liberdade de expressão”, o que poderia sugerir que o fato de se tratar de um protesto (protegido pela liberdade de expressão) seria a razão suficiente para afastar a aplicação do art. 233 do Código Penal (“ato obsceno”). Seria então semelhante à decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF 187, onde o tribunal deu ao artigo 287 do Código Penal (“apologia ao crime”) interpretação conforme à Constituição, “de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”, já que sua aplicação a estes casos seria uma “afronta à liberdade de expressão” (expressão utilizada na petição inicial). Mas no HC 83.996 foi afirmado também que “não se pode olvidar o contexto no qual se verificou o ato incriminado.

O roteiro da peça, ressalte-se, envolveu até uma simulação de masturbação. Estava-se diante de um público adulto, às duas horas da manhã, no Estado do Rio de Janeiro. Difícil, pois, nesse contexto admitir que a conduta do paciente tivesse atingido o pudor público.” Em que medida estas peculiaridades apontadas pelo Ministro Gilmar Mendes foram ou são imprescindíveis para se afastar a aplicação do dispositivo penal? Colocada a questão de outra forma, qual teria sido a posição do Ministro se o conflito entre este dispositivo penal e a liberdade de expressão tivesse sido encaminhado, por exemplo, por meio de ADPF, onde a questão seria avaliada num plano mais abstrato, sem estas peculiaridades? Se os argumentos iniciais sugerem que a decisão ainda seria pela não-aplicação da lei a casos como este, as considerações finais feitas pelo Ministro colocam sérias dúvidas a este respeito.

Este caso é, sob certo aspecto, bastante semelhante ao conhecido caso *Texas v. Johnson*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1989, onde o Tribunal deveria decidir se o ato praticado por Gregory Lee Johnson, de atear fogo na bandeira dos EUA, em meio a um protesto contra a Convenção Nacional do Partido Republicano que ocorria na cidade de Dallas, Texas, enquadrava-se no crime de profanação de objeto venerado, nos termos do Código Penal do Estado. E cito o julgado justamente porque a Suprema Corte considerou que a lei, embora não fosse inconstitucional em tese (*unconstitutional as enacted*, como alegara Johnson), seria, no caso em questão, *unconstitutional as applied*, por violar a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda.

No Brasil, embora esteja crescendo o interesse pelo estudo do “particularismo jurídico”, com a publicação de relevantes obras sobre o tema (ÁVILA, 2004; STRUCHINER, 2010; STRUCHINER, 2011), ainda não há nenhum trabalho (ao menos de impacto) que relacione a não-aplicação de atos normativos em contextos específicos e o controle de constitucionalidade.

Diversas são as razões que podem justificar a não-aplicação de uma lei a um caso concreto sobre o qual, a princípio, o referido ato normativo

incidiria, que variam desde o caráter sub ou sobre-inclusivo das regras<sup>14</sup> até a identificação de peculiaridades do caso concreto que tornariam desarrazoada a aplicação da lei em questão, considerando-se seus propósitos ou o fim que visa alcançar<sup>15</sup> sem envolver necessariamente uma questão constitucional. Contudo, numa ordem constitucional fortemente marcada por valores e pela tutela de direitos fundamentais, como é o caso da Constituição brasileira, é provável que em muitas situações a não-aplicação de uma lei a um caso específico seja justificada a partir da prevalência de princípios constitucionais, incluindo o(s) princípio(s) da proporcionalidade e/ou razoabilidade.

Um caso decidido recentemente pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região ilustra o ponto aqui ressaltado. Uma candidata ao Estágio de Adaptação de Oficiais Temporários da Aeronáutica (EAOT) havia sido excluída do processo seletivo, por decisão do diretor de saúde da Força Aérea Brasileira (FAB), devido ao fato de ter uma tatuagem (localizada na nuca). E, de fato, o ato praticado pelo diretor de saúde da FAB estava amparado na Instrução Técnica ICA 160-6 (que dispõe sobre inspeções de saúde na Aeronáutica), subitem 4.1.2.9.3, que exigia, para aprovação em exame médico, “*inexistência de*

---

<sup>14</sup> Adaptando para as reflexões deste trabalho um conhecido exemplo formulado por Schauer, imaginemos uma lei municipal que proibisse a entrada de cachorros em restaurantes, sob pena de pagamento de multa pelo proprietário do estabelecimento. Um comerciante, autuado por ter permitido a entrada de um cliente cego acompanhado de seu cão-guia, impetrou mandado de segurança, com o objetivo de não pagar a multa. Em 2ª instância, o processo seria julgado por um órgão fracionário do Tribunal de Justiça. A princípio, a lei incidiria sobre o caso, uma vez que não fazia nenhuma ressalva aos cães-guia para clientes cegos. Todavia, diversos valores constitucionais poderiam ser invocados em favor da não aplicação da lei naquele caso: dignidade da pessoa humana, solidariedade, promoção do bem de todos, não-discriminação, igualdade material. Nesta situação, a quem caberia decidir pela não aplicação da lei: ao órgão julgador ou ao plenário/órgão especial? De uma forma ou de outra, a decisão só poderia ser tomada à luz do caso concreto, e não apartada deste, como ocorre na cisão funcional em casos típicos de controle de constitucionalidade. (Sobre o tema, v. SCHAUER, 1991 – em especial, o cap. 2).

<sup>15</sup> Este seria o caso da decisão proferida pela 2ª Turma do STF no HC 73.662-9, onde o Tribunal afastou a aplicação do art. 224 do Código Penal – que trata do crime de estupro e estabelece uma presunção incondicional de violência quando a vítima tem idade inferior a 14 anos – num caso onde a vítima tinha 12 anos. Como observou Humberto Ávila (2004, p. 37), o Tribunal “atribuiu tamanha relevância a circunstâncias particulares não previstas pela norma, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias não previstas pela própria ou por outra regra.

*qualquer tipo de tatuagem aplicada em área do corpo que vier a prejudicar os padrões de apresentação pessoal quando no uso de uniformes estabelecidos por regulamento do Comando da Aeronáutica, incluindo aqueles previstos para a prática de educação física (calção de banho e maiô)*". A candidata impetrou mandado de segurança e a ordem foi concedida em primeira instância e confirmada pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, no julgamento da Apelação Cível interposta pela União Federal. A sentença de 1ª instância invocou os princípios constitucionais da igualdade, legalidade, impessoalidade e razoabilidade (princípios também invocados pelo Ministério Público Federal em seu parecer). E o acórdão da 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, após destacar que "a adoção de critérios para seleção de candidatos, não obstante se encontre dentro do poder discricionário da Administração, deve observância aos princípios da legalidade e da razoabilidade", concluiu afigurar-se "o critério adotado, no caso, preconceituoso, discriminatório e desprovido de razoabilidade, afrontando, inclusive, um dos objetivos fundamentais do País, consagrado na Constituição Federal, no sentido de 'promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação' (art. 3º, IV)".

Se o ato normativo em questão fosse uma lei ordinária, com o mesmo conteúdo da Instrução Técnica ICA 160-6, o magistrado de 1ª instância poderia proferir sentença nos mesmos termos, pelos mesmos fundamentos e alcançando o mesmo resultado. Mas e quanto à 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, órgão fracionário do Tribunal? Teria a mesma liberdade para julgar o caso concreto ou estaria obrigada a submeter ao pleno o exame da constitucionalidade da lei? Afinal, o ato praticado pela autoridade coatora estaria de pleno acordo com a lei, e a referida turma do TRF, no julgamento do caso relatado, não conferiu maior destaque a peculiaridades do caso concreto como razão para decidir em favor da candidata, embora alguns fatos tenham sido mencionados. Mas seria a lei realmente inconstitucional? E se a tatuagem fosse grande? E se estivesse localizada no rosto? E se fossem muitas



tatuagens espalhadas pelo corpo? E se fosse uma frase? O conteúdo da frase seria avaliado? Sendo uma figura ou um símbolo, o seu significado poderia ou deveria ser interpretado?

Em pelo menos alguma dessas hipóteses levantadas, a lei (bastante genérica em seus termos) não deveria ser considerada constitucional? Se correta esta ideia, então o caso decidido pela 6ª turma especializada do TRF da 2ª região, onde a candidata tinha uma pequena tatuagem localizada na nuca, estaria mais próximo de uma inconstitucionalidade na aplicação da lei, cabendo assim refletir se e/ou em que medida isto se relaciona com a ideia mais geral de controle de constitucionalidade e, conseqüentemente, com a observância da cláusula de reserva de plenário. Um tema que tem recebido maior atenção por parte da doutrina, ainda nesta seara, refere-se aos casos de inconstitucionalidade de interpretação (ou interpretações) de um ato normativo – mais especificamente as técnicas hermenêuticas da interpretação conforme e da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, tão em voga na jurisprudência do STF. O problema aqui reside na dificuldade de se identificar em que medida a interpretação de uma lei à luz dos valores constitucionais implica, *contrario sensu*, a declaração de inconstitucionalidade de outra(s) interpretação(ões) possível(is). Os estudos sobre o tema, contudo, limitam-se à aplicação destas técnicas exclusivamente pelo STF, seja em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou mesmo em sede de controle concreto, onde a Corte assume uma posição de destaque, ainda que não aquela pretendida por uma corrente de Ministros<sup>16</sup>. Não há estudos voltados à aplicação destas técnicas pela jurisdição ordinária, que é justamente onde a distinção entre estes dois conceitos se torna efetivamente relevante.

De fato, como o STF tem competência para declarar a inconstitucionalidade, com efeito vinculante, de leis e atos normativos, podendo até fazê-lo ao julgar improcedente, no mérito, uma ADC (embora a recíproca não seja verdadeira em relação à ADI (LEITE, 2008), com a devida vênia dos que sustentam a

ambivalência desta ação), torna-se secundária (ao menos assim tem se revelado) a distinção, no âmbito da jurisprudência daquela Corte, entre declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição (que é uma declaração de constitucionalidade da qual pode resultar o reconhecimento da inconstitucionalidade de outra interpretação possível). Já no âmbito dos demais tribunais, é fundamental saber se a interpretação conforme é uma declaração de constitucionalidade – o que pode ser feito diretamente pelos órgãos fracionários – ou uma declaração de inconstitucionalidade (sem redução de texto), tarefa reservada ao pleno ou ao órgão especial. Ao tratar destas técnicas de decisão, embora com uma reflexão voltada ao STF, o Ministro Gilmar Mendes (1996, p. 275) observa que

se essa equiparação [entre declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e interpretação conforme à Constituição] parece possível no controle abstrato de normas, já não se afigura isenta de dificuldades a sua extensão ao chamado controle incidental ou concreto, uma vez que, nesse caso, ter-se-ia de conferir, também no âmbito dos tribunais ordinários, tratamento especial à interpretação conforme à Constituição.

Em outra passagem, afirma o Ministro (1996, p. 275):

somente teria a característica de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto aquela interpretação conforme à Constituição desenvolvida pela Corte Constitucional, ou no nosso caso, pelo Supremo Tribunal Federal. Até porque, do contrário, também as questões que envolvessem interpretação conforme à Constituição teriam de ser submetidas ao Pleno dos Tribunais ou ao seu órgão especial (CF, art. 97).

Estas observações parecem sugerir que a interpretação conforme dispensa a observância da reserva de plenário, reforçando o seu caráter de declaração de constitucionalidade. Afinal, como prossegue o Ministro (1996, p. 275):

Ainda que se não possa negar a semelhança dessas categorias e a proximidade do resultado prático de sua utilização, é certo que, enquanto na interpretação conforme à Constituição, se tem, dogmaticamente, a declaração de que uma lei é constitucional com a interpretação que lhe é conferida pelo órgão judicial, constata-se, na declaração de nulidade sem redução de texto, a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinadas hipóteses de aplicação do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal.

A questão, todavia, não é simples. Se é correto que a interpretação conforme nada mais é que uma “modalidade de interpretação sistemática, utilizada por todos os juízes e tribunais” (MENDES, 1996, p. 275), onde se afirma que uma lei (ou parte dela) será constitucional desde que interpretada de determinada forma, não é menos correto reconhecer que esta técnica de decisão, ao fixar uma interpretação como constitucional, pode, “expressa ou implicitamente, excluir determinada possibilidade de interpretação, por inconstitucionalidade” (MENDES, 1996, p. 275). Assim, não resta claro se no âmbito do controle concreto-difuso a interpretação conforme deve ser compreendida como mero resultado da clássica orientação de hermenêutica (formulada junto com o surgimento da *judicial review*) segundo a qual “sempre que for possível, sem fazer demasiada violência às palavras, tão restritivamente se interprete a linguagem da lei que se torne constitucional a medida” (doutrina de WILLOUGHBY, citado em nota de rodapé por MAXIMILIANO, 1948, p. 156), ou se deve ser entendida como uma espécie de declaração de inconstitucionalidade (sem redução de texto) da interpretação considerada contrária ao texto constitucional.

É importante frisar que, nos casos em que um juiz recorre a esta técnica de decisão, a dúvida em torno da interpretação mais adequada à Constituição será justamente o incidente necessário à resolução da lide, de modo que a opção por determinada interpretação muito provavelmente – se não invariavelmente – irá afastar uma interpretação possível, por inconstitucionalidade. Para ilustrar o argumento, cito o caso do §1º do art. 16

da Lei 5.540/68 (antiga Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que o Ministro Gilmar Mendes (1996, p. 267) aponta como um exemplo de interpretação conforme (e justamente por isso), decidido pelo STF na Rep. 1454. Referido dispositivo exigia a formação de lista sêxtupla (a ser encaminhada ao chefe do Poder Executivo) para o preenchimento de cargos de direção superior das universidades públicas, o que em tese incluiria as instituições estaduais. Como a competência legislativa da União se limitava a estabelecer diretrizes e bases, e como o *modus faciendi* da lista era assunto específico, escapando à esfera legislativa federal, o STF entendeu que o referido dispositivo seria constitucional desde que fosse aplicado apenas às universidades públicas federais, excluindo as instituições estaduais do âmbito de aplicação da norma impugnada. Este caso foi apreciado em sede de controle abstrato, por meio de representação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República atendendo a requerimento do Reitor da USP. Mas como teria sido decidido se fosse no âmbito do controle concreto-difuso, num mandado de segurança talvez, a ser julgado pelo órgão fracionário de um Tribunal? Poderia o referido órgão julgar o caso sem encaminhar a questão ao pleno ou órgão especial? É importante lembrar que o mandado de segurança em questão teria sido impetrado justamente em razão da aplicação do §1º do art. 16 da Lei 5.540/68, sem qualquer ressalva.

Ao que parece, haveria argumentos para os dois lados. E isso resume a dificuldade de se separar com precisão, nestes casos em que não há declaração de inconstitucionalidade de texto, onde termina a interpretação constitucional e onde começa o controle de constitucionalidade. Esta dificuldade não gera nenhuma consequência nos casos julgados pelos juízes de 1ª instância, que reúnem o dever de interpretar as leis de acordo com a Constituição e a competência para deixar de aplicar as leis que julgarem inconstitucionais. O problema surge no âmbito dos tribunais, onde os desembargadores têm o mesmo dever de interpretar as leis de acordo com a Constituição, mas são incompetentes (vamos chamar a coisa pelo nome) para deixar de aplicar uma lei se entenderem-na contrária ao texto constitucional.

No contexto atual do direito brasileiro, em que tanto se promove a constitucionalização dos diversos ramos do direito, é no mínimo curioso, e talvez paradoxal, que a orientação de que toda a legislação infraconstitucional seja interpretada à luz da Constituição resulte no afastamento da Constituição nos julgados dos órgãos fracionários dos tribunais. Afinal, ainda que de forma simplista, pode-se dizer que quanto mais necessária a invocação de valores constitucionais para a melhor interpretação de um ato normativo, maiores as chances de que o órgão fracionário seja incompetente para fazê-lo.

Consideremos, por exemplo, um caso onde uma cidadã, de 1,64m de altura, fosse impedida de participar de um concurso para agente de polícia pelo fato de a Lei Orgânica da Polícia Civil do respectivo Estado estabelecer expressamente a altura mínima de 1,65m. Um juiz de 1ª instância poderia julgar procedente um mandado de segurança impetrado pela candidata, por considerar que a altura não influi no exercício das funções de agente de polícia, de modo que qualquer legislação nesse sentido seria inconstitucional; ou por considerar que a altura mínima de 1,65m é excessiva, invocando como mero reforço argumentativo o fato de haver jurisprudência da 2ª turma do STF entendendo razoável a exigência de altura mínima de 1,60 para este mesmo cargo (RE 148.095); ou por considerar que não seria razoável impedir que a cidadã se candidatasse por não alcançar a altura mínima por apenas 1 centímetro; ou ainda por considerar que a lei não deveria estabelecer a mesma altura para homens e mulheres. Sem fazer um juízo de valor sobre estes argumentos, o fato é que o juiz de 1ª instância teria plena liberdade para invocar princípios e valores constitucionais para interpretar a legislação aplicável e decidir o caso concreto. Mas que dizer sobre o órgão fracionário que julgaria o caso em 2ª instância? Deveria encaminhar a questão ao pleno ou órgão especial? E o que seria examinado pelo pleno ou órgão especial: a constitucionalidade da discriminação por altura; a constitucionalidade da altura de 1,65m; a constitucionalidade da aplicação da lei a quem tem 1,64m; ou a constitucionalidade da imposição de altura mínima sem distinção de gênero?

Veja-se também o próprio caso que gerou o citado RE 148.095, onde a 2ª turma do STF havia entendido razoável a exigência de altura mínima de 1,60m para o cargo de agente de polícia civil do Estado do Mato Grosso do Sul. Este requisito estava expresso no art. 13, VI da Lei complementar estadual nº 38 (já revogada pela Lei complementar estadual nº 114/2005) que estabelecia “requisitos mínimos para o ingresso na Polícia Civil”. E o art. 4º definia as “categorias funcionais do Grupo Polícia Civil, abrangidas por esta Lei Complementar”, que, dentre outras, compreendiam Delegado de Polícia (inciso I), Escrivão de Polícia (inciso V) e Agente de Polícia (inciso VI). Uma candidata ao cargo de agente de polícia, tendo altura inferior àquela exigida por lei, impetrou mandado de segurança e obteve decisão favorável, tanto em 1ª como em 2ª instância. Ocorre que a decisão do Tribunal de Justiça (TJMS) foi tomada por órgão fracionário, sem pronunciamento do órgão especial sobre a inconstitucionalidade do dispositivo legal, e o acórdão recebeu a seguinte ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA – AGENTE DE POLÍCIA - ALTURA IGUAL OU SUPERIOR A 1,60M – DISCRÍMEN INCONSTITUCIONAL - RECURSO IMPROVIDO.

O requisito referente à altura poderá ser ou não inconstitucional, caso respeite ou transgrida o princípio da isonomia, isto é, caso seja ou não pertinente, o que se verificará em cada caso concreto. A altura em nada influirá no exercício das funções de agente de polícia, razão por que é inconstitucional o critério de seleção que exclui o candidato com estatura inferior a 1,60m. (grifei)

Nos autos do RE interposto pelo Estado do Mato Grosso do Sul, o Procurador-Geral da República manifestou-se pela improcedência do recurso alegando que “não existindo razoabilidade entre a exigência de altura mínima e as funções do cargo de agente de polícia, é *de se considerar inconstitucional a norma* contida no art. 13, VI da Lei Complementar nº 38, de 13.01.89, do Estado do Mato Grosso do Sul.” (grifei)



A 2ª Turma do STF, contudo, acompanhou o voto do relator, Min. Marco Aurélio, pela “inviabilidade de vislumbrar-se inconstitucionalidade na Lei Complementar nº 38”, entendendo que a exigência de altura seria razoável para o cargo em questão, e ressaltando ainda que “pouco importa que, na espécie, tenha-se o envolvimento de candidata do sexo feminino. A altura mínima exigida mostra-se média, em relação aos padrões brasileiros.”

O histórico deste processo, onde a polêmica acerca da inconstitucionalidade da lei foi tão ressaltada, sugere que o órgão fracionário do TJMS não poderia ter julgado o caso sem a manifestação do órgão especial. No entanto, 10 meses após este julgamento, a mesma 2ª Turma do STF, sem submeter o julgamento ao plenário da Corte, deu provimento ao recurso extraordinário (RE 150.455) interposto por uma candidata ao cargo de escritã de polícia do Estado do Mato Grosso do Sul, que havia sido declarada reprovada na fase alusiva à investigação social por ter altura de 1,59m, ou seja, 1cm inferior àquela exigida pelo art. 13, VI da lei complementar nº38. Os ministros da 2ª Turma acompanharam o voto do relator, novamente o Min. Marco Aurélio, que destacou a diferença entre os cargos de agente de polícia, “quando, então, é viável exigir-se uma certa compleição física”, e de escrivão de polícia, onde a exigência de altura mínima não estaria em sintonia com a função a ser exercida. A ementa do acórdão reforça que a *ratio decidendi* é a inconstitucionalidade da exigência de altura mínima para o cargo de escrivão de polícia.

Contudo, o Ministro não deixou de ressaltar aspectos do caso concreto, ao afirmar que “a ora Recorrente (...) acabou por deixar de atender à exigência do concurso em face de uma *diferença mínima de um centímetro*. Exigida a altura de um metro e sessenta, apresentou-se com um metro e cinquenta e nove centímetros de altura, o que, para a média brasileira, *considerado o sexo feminino*, é um[a] altura razoável.” E concluiu: “*Por tais razões*, conheço e provejo este extraordinário para, emprestando interpretação ao inciso VI do art. 13 da Lei Complementar nº 38, de 12 de janeiro de 1989, do Estado do Mato Grosso [do Sul], entendendo-a, no dispositivo, inaplicável, considerado

o cargo de escrivão de polícia, restabelecer o entendimento sufragado pelo Juízo na sentença de fls...”

Independentemente das avaliações que se façam a respeito destes casos – se eles se enquadram ou não na categoria de casos atípicos de declaração de inconstitucionalidade –, a constatação de que existe esta zona cinzenta, indeterminada, a meio caminho entre a interpretação constitucional e o controle de constitucionalidade, com todas as dificuldades daí decorrentes, apenas reforça o argumento de que tal controle deve ser realizado diretamente pelos órgãos fracionários, que são os julgadores do caso concreto. Mas o argumento vai além destas hipóteses. Isso porque o controle de constitucionalidade, em qualquer situação, envolve uma interpretação do texto constitucional, e os órgãos fracionários deveriam ter a mesma liberdade de que gozam os juízes de 1ª instância para interpretarem a Constituição, até por serem órgãos “especializados” (Câmaras Cíveis, Criminais, de Fazenda Pública) – e não pretensamente “especiais” – que, lançando um olhar eventualmente próprio para determinada matéria, contribuem para a melhor interpretação das leis e do próprio texto constitucional.

Em tempos de constitucionalização do direito, insistir na cláusula de reserva de plenário, com a cisão funcional que ela impõe, é afirmar algo para negar no instante seguinte – sem mencionar o risco, na prática, de um afastamento da Constituição do processo hermenêutico, numa espécie de “desconstitucionalização do direito”.

Por razões sobre as quais não cabe aqui especular, é notória certa resistência à regra da reserva de plenário por parte de órgãos fracionários de tribunais (também não cabe aqui – até porque é indiferente ao argumento – tentar quantificar ou identificá-los). Um levantamento perfunctório de recursos extraordinários, recursos especiais e embargos de declaração, por desrespeito aos arts. 480 e 481 do CPC, ou, mais recentemente, de reclamações junto ao STF, por descumprimento do que impõe a Súmula

Vinculante nº 10 (“Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”), já seria suficiente para confirmar essa premissa sem maior dificuldade<sup>17</sup>. É claro que, de acordo com as regras vigentes, os órgãos fracionários efetivamente violam a Constituição ao não encaminharem a questão constitucional quando necessário (ou “podem estar violando” – quando o caso se afasta das hipóteses típicas de controle de constitucionalidade) nos termos do que determina o art. 97 do texto. Mas podemos lançar outro olhar sobre estas situações, o que não legitima o desrespeito à regra, mas ajuda a refletir sobre a conveniência da sua manutenção. É que, a depender do caso, o não encaminhamento da questão ao pleno ou, sobretudo, ao órgão especial, pode ser entendido também como uma vontade de interpretar a Constituição, ou para usar expressão já consagrada de Konrad Hesse (1991, p. 19), uma “vontade de Constituição”.

De todo modo, ainda que a hipótese não convença, admitir que os órgãos fracionários exerçam diretamente o controle de constitucionalidade gera necessariamente uma democratização da jurisdição constitucional, na medida em que amplia de forma expressiva o quadro de intérpretes da Constituição, o que aqui é apontado como mais um motivo pelo qual a reserva de plenário deve ser no mínimo repensada.

Já ocupa um lugar seguro no debate constitucional brasileiro (e felizmente) a ideia de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* (HABERLE, 2007). Contudo, muitos dos que difundem a ideia também defendem regras e modelos que geram uma centralização da interpretação constitucional (seja no STF, seja nos órgãos especiais, seja no Poder Judiciário), sem perceberem as possíveis (embora não necessárias) contradições que daí decorrem. Ocorre

---

<sup>17</sup> A própria súmula vinculante nº 10 é resultado do não encaminhamento da questão constitucional pelos órgãos fracionários sob o curioso argumento de que não estariam “declarando a inconstitucionalidade da lei”, nos termos do art. 97, da CRFB, mas apenas afastando sua aplicação no caso concreto... por ser a lei inconstitucional.

que a qualidade da interpretação constitucional não está necessariamente relacionada ao órgão que a realiza. A interpretação constitucional feita pelo STF, por exemplo – já que tem sido a mais valorizada, e sustentada a partir de uma leitura da expressão “guardião da Constituição” prevista no art. 102, CRFB – não é melhor (nem pior) que aquelas realizadas por outros juízes e tribunais, ou mesmo por outros agentes. É apenas a última. E isso pressupõe – ou deveria pressupor – outras interpretações anteriores. Mais: deveria impor ao STF a consideração dessas interpretações, num processo dialógico de interpretação e construção do direito, do que seriam, aliás, bons exemplos os recursos extraordinários 148.095 e 150.455, citados acima, onde se notou a participação de diversos órgãos e agentes na interpretação do mesmo princípio constitucional da isonomia. Este aspecto, no entanto, tem sido negligenciado pelos que defendem a centralização da interpretação constitucional.

Esta ideologia da centralização tem gerado no direito constitucional brasileiro uma sensível tensão, ainda sem resultado definido. Alguns exemplos ilustram bem este quadro. Quando se discutia a conveniência (ou mesmo a constitucionalidade) da adoção do instituto da súmula vinculante, ganhou espaço no debate uma proposta alternativa: a súmula impeditiva de recursos. Ambas tinham o mérito de impedir recursos protelatórios, que seriam interpostos contra decisões que seguiriam a orientação sumulada do STF. A diferença, ao que aqui se ressalta, é que, no caso das súmulas impeditivas de recurso, os magistrados seguiriam a orientação do STF por estarem de acordo com ela, reconhecendo a força de seus argumentos, ao passo que, no caso das súmulas vinculantes, o fariam por imposição, e não por convencimento, fechando as portas para uma “outra” interpretação constitucional. Isso nada obstante, foi vencedora a proposta da súmula vinculante, incorporada pela EC 45/04.

Outro exemplo desta ideologia pode ser apontado numa interpretação do parágrafo único do art. 481 do CPC (introduzido pela Lei 9.756, de 17.12.1998), que dispõe que “Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já

houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão”.

Trata-se de um enunciado aparentemente simples (e assim tem sido apresentado pela doutrina processualista e até constitucionalista, quando esta se aprofunda minimamente sobre o tema), mas que oculta algumas questões que podem se revelar polêmicas, como, por exemplo: (i) a decisão do STF pela inconstitucionalidade (em controle difuso, é claro) vincula o órgão fracionário? (ii) e se for uma decisão (também pela inconstitucionalidade) tomada pelo órgão especial ou pelo plenário do Tribunal? (iii) e se a decisão (tanto do STF, como do plenário dos Tribunais ou de seu órgão especial) for pela constitucionalidade do ato normativo? Estarão os órgãos fracionários *vinculados* ao que houver sido decidido? (iv) e se houver decisão do STF pela constitucionalidade e decisão do pleno do Tribunal ou de seu órgão especial pela inconstitucionalidade da lei? (v) e se for o contrário (decisão do STF pela inconstitucionalidade e do pleno pela constitucionalidade da lei)?

O Ministro do STJ Teori Albino Zavascki já defendeu, em sede doutrinária, que, por força do que dispõe esta norma processual, a decisão proferida pelo STF deveria “vincular” não apenas os órgãos fracionários, mas também o pleno dos tribunais. Em suas palavras (2001, p. 37):

A imperativa dispensa do pronunciamento do plenário não significa, obviamente, que os órgãos fracionários terão a liberdade de julgar livremente a questão constitucional. Isso ofenderia o art. 97 da CF. O que ela significa é que, havendo pronunciamento do plenário do STF pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de um preceito normativo, os órgãos fracionários dos tribunais estarão vinculados, daí em diante, não mais à decisão da sua própria Corte, mas, sim, ao precedente da Corte Suprema.

Esta leitura do art. 481, § único, do CPC, que privilegia a centralização da interpretação constitucional no STF, conta com apoio minoritário na doutrina processualista (LEITE, 2011), e, de todo modo, esbarra em algumas dificuldades,

como o fato de que a decisão do STF “vincularia” os tribunais (a quem se destina o dispositivo processual), mas não os juízes de primeira instância, que, ao lado do STF, teriam plena liberdade para interpretar a Constituição.

Ademais, estudo realizado a partir da análise dos regimentos internos dos 27 Tribunais de Justiça do País (LEITE, 2011) também demonstrou que, ao menos neste plano normativo, e ainda que não haja um consenso em torno da interpretação do dispositivo processual, é isolado o entendimento de que a decisão do STF vincularia (e de forma definitiva) os órgãos fracionários – posição adotada apenas pelo TJMG. Todos os demais privilegiam, ainda que em graus e sob condições distintas<sup>18</sup> as saudáveis divergências entre os órgãos jurisdicionais neste processo hermenêutico, revelando uma compreensão mais aberta, pluralista e, conseqüentemente, democrática de interpretação constitucional e controle de constitucionalidade das leis.

Um último exemplo de manifestação desta ideologia de centralização da interpretação constitucional pode ser notado na ideia de ambivalência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que tem sido propagada em sede doutrinária sem maiores reflexões. A ideia de que a improcedência da ADI deveria equivaler à procedência da ADC, e vice-versa, por serem “ações iguais, com sinal trocado” já está equivocada logo na premissa, pois as ações, a rigor, não são iguais, mas semelhantes. Há diferenças objetivas entre elas: o objeto da ADC é mais restrito; a participação do AGU ocorre apenas na ADI; e é necessário que se comprove a existência de controvérsia judicial relevante para o ajuizamento de ADC – sendo este último aspecto o mais importante para que não se possa admitir que a improcedência de uma ADI (que prescinde desta exigência) tenha o mesmo efeito da procedência de uma ADC. Até porque, a despeito do que

---

<sup>18</sup> “O trabalho também demonstrou que dos 27 regimentos internos, 7 não estabelecem uma vinculação entre a decisão do pleno e os casos futuros a serem julgados pelos órgãos fracionários, ao passo que 20 admitem esta possibilidade. Destes 20 regimentos, 7 exigem decisão unânime para que haja vinculação, outros 6 definem um quorum qualificado para tanto, e os 7 restantes estabelecem que qualquer decisão do pleno ou do órgão especial vincula os órgãos fracionários. Mas, em qualquer caso, verificou-se que decisão vinculante não significa decisão definitiva, uma vez que os regimentos (em sua maioria) admitem explicitamente que os órgãos fracionários suscitem novamente a manifestação do pleno, devendo para tanto apontar um motivo relevante que poderia levá-lo a rever seu entendimento.” (LEITE, 2011, pp. 228-229)



afirma a doutrina em geral, o objetivo desta ação não é simplesmente “afastar a insegurança jurídica” (BARROSO, 2004, p. 176; MORAES, 2006, p. 700) ou “a incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal” (LENZA, 2005, p. 146), ou “estabelecer uma orientação homogênea na matéria” (BARROSO, 2004, p. 176), ou “transformar a presunção relativa de constitucionalidade em presunção absoluta, em virtude de seus efeitos vinculantes” (MORAES, 2006, p. 700; LENZA, 2005, p. 146). São afirmações corretas, mas imprecisas, já que todos estes resultados poderiam ser alcançados se o STF julgasse procedente uma ADC *logo após a entrada em vigor de uma lei federal*. Isso, contudo, não seria permitido – justamente porque a finalidade da ação é, de modo mais específico, pôr fim a uma controvérsia judicial (relevante), reafirmando a constitucionalidade da lei e impedindo que, *a partir de então*, os demais órgãos do Poder Judiciário deixem de aplicar a lei sob o fundamento de sua inconstitucionalidade<sup>19</sup> ao menos pelos argumentos já explorados no julgamento da ADC. É dizer: a ADC *encerra* (embora não em caráter definitivo) uma divergência judicial sobre a constitucionalidade de uma lei, não a evita. Ao contrário, a ADC pressupõe o controle difuso de constitucionalidade e só se legitima na medida em que já tenha ocorrido uma divergência significativa de interpretações constitucionais, realizadas pelos órgãos do Poder Judiciário. Trata-se de uma ação que, se bem compreendida, equilibra “segurança jurídica” e “democratização da jurisdição constitucional”. E, se bem aplicada, confrontaria as interpretações já realizadas por outras instâncias, resultando na construção de uma interpretação que seria a síntese desse processo.

Nestes termos, a improcedência de uma ADI – que não demanda comprovação nem mesmo a existência de controvérsia judicial relevante, ou seja, de outras interpretações constitucionais possíveis e em conflito – jamais poderia equivaler à procedência da ADC, como sugerido pelos que defendem a ambivalência destas ações.

---

<sup>19</sup> Este aspecto foi ressaltado por Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 135), para quem a finalidade da ADC seria a de “transferir para o Supremo a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo duramente atacado pelos juízes e tribunais inferiores, suspendendo assim o controle difuso da constitucionalidade, uma vez que declarada a constitucionalidade da norma, todos os juízes e também o Poder Executivo ficam obrigados à decisão proferida pelo Tribunal.”

Estes exemplos revelam um quadro de forte tensão no pensamento constitucional brasileiro entre as ideias de centralização da interpretação constitucional e democratização da jurisdição constitucional. E é à luz desta tensão, e pelas razões expostas ao longo do trabalho, que a cláusula de reserva de plenário e, sobretudo, a cláusula de reserva de órgão especial deveriam ser revistas. Insistir nesta regra implica necessariamente reforçar a ideia de centralização da interpretação constitucional. Não por coincidência ou mero acaso, José Levi Mello do Amaral Jr. – num dos poucos trabalhos dedicados ao tema no Brasil (e de seriedade e qualidade indiscutíveis) –, ao defender a manutenção da cláusula (em linha diametralmente oposta ao que aqui sustento), reconhece que a regra da reserva de plenário (ou órgão especial) “guarda similitude com o incidente de inconstitucionalidade adotado em países europeus no concerto entre tribunal constitucional e juízos ordinários” (2002, p. 52)<sup>20</sup> – modelo caracterizado justamente pela centralização do controle de constitucionalidade<sup>21</sup> e que, vale acrescentar, nos países em que é adotado, não deixa de apresentar dificuldades e suscitar questões polêmicas e mal-resolvidas a respeito da (i)legitimidade dos juízos ordinários para interpretar e aplicarem a Constituição (CALLEJON, 1990).

---

<sup>20</sup> O autor chega a propor mudanças que reforçam ainda mais a centralização do controle de constitucionalidade, no que afeta a relação entre juízes de 1ª instância e os respectivos tribunais a que estão vinculados. (Cap. 6. “Repensando a dinâmica da regra do *full bench*”, op. cit., pp. 109-115)

<sup>21</sup> Mas não seria paradoxal que uma regra criada justamente no modelo norte-americano, onde vigora o controle difuso, guardasse similitude – como de fato guarda – com o modelo europeu, onde vigora o controle concentrado? Para resolver este paradoxo, é necessário esclarecer que, embora a cláusula de reserva de plenário tenha sido inspirada no sistema norte-americano (*full bench* ou *en banc*), a ideia de que esta regra seja aplicada nos EUA com o mesmo rigor com que é imposta no Brasil está mais próxima de um mito do que de um fato. Historicamente, a doutrina norte-americana sempre revelou cautela e preocupação com o poder dos juízes de declarar a inconstitucionalidade, fixando orientações sempre em favor da presunção de constitucionalidade das leis – orientações que foram logo incorporadas na doutrina brasileira desde o advento do controle de constitucionalidade no país. A regra do *full bench* – ou julgamento *en banc* – não está expressa na Constituição dos EUA, o que já conferiria, num primeiro momento, certa flexibilidade para sua aplicação. A regulamentação da regra nos EUA é dispersa, ao menos em relação às Cortes estaduais, e, em regra, sua aplicação se dá em caráter excepcional, sendo, aliás, comum a declaração de inconstitucionalidade por órgão colegiado composto por três magistrados, e decidida por maioria (2-1). Nestes casos, é possível requerer que a questão seja levada a julgamento *en banc* (pelo pleno dos tribunais – que contam com um número de magistrados muito inferior à média brasileira), mas este requerimento pode ser indeferido. A propósito, um dos aspectos que legitimam o julgamento *en banc* é justamente a divergência entre órgãos do mesmo tribunal acerca de uma questão constitucional. Ou seja, pressupõe a pluralidade de intérpretes e interpretações, promovendo uma democratização da jurisdição constitucional. Portanto, se é correto afirmar que a cláusula de reserva de plenário, no Brasil, foi criada à luz do modelo norte-americano, deve-se reconhecer que hoje, a este respeito, a criatura se distanciou muito do criador e talvez seja para ele até irreconhecível.

## 6. Propostas

Toda regra jurídica se sustenta a partir de um valor, e o valor que legitima a cláusula de reserva de plenário é o princípio da presunção de constitucionalidade das leis. O peso deste argumento talvez seja o responsável por uma absoluta ausência de qualquer crítica a esta regra no direito constitucional brasileiro. Contudo, se a presunção de constitucionalidade é de fato um valor a ser tutelado em nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário – talvez com certa urgência – repensar o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro no que tange a este aspecto, pois não apenas a reserva de plenário (ao menos quando se converte em reserva de órgão especial) não é uma regra adequada a assegurar o princípio, como outros pontos pacificamente admitidos em nosso sistema enfraquecem a presunção de constitucionalidade das leis.

No confronto entre teoria e prática, temos o seguinte quadro sutilmente contraditório: o sistema brasileiro valoriza e enaltece a presunção de constitucionalidade das leis, *mas*, por outro lado, permite que uma lei votada por um órgão de representantes eleitos, eventualmente com maioria esmagadora e com participação popular, talvez sancionada pelo chefe do Poder Executivo, igualmente eleito por voto popular – todos de alguma forma interpretando a Constituição –, possa ser declarada inconstitucional por (i) um órgão fracionário (chamado de especial), (ii) algumas vezes com uma composição expressivamente minoritária em relação ao todo, (iii) decidindo por maioria de 1 ou 2 votos e (iv) adotando fundamentos diversos.

Pelas razões expostas ao longo do trabalho, entendo que o controle de constitucionalidade poderia ser realizado diretamente pelos órgãos julgadores no âmbito dos Tribunais, devendo-se recordar que são, muitas das vezes, órgãos especializados (Câmaras Cíveis, Criminais, de Fazenda Pública), que, lançando um olhar eventualmente próprio para determinada matéria, contribuem para a melhor interpretação das leis e do próprio texto constitucional.

Por outro lado, se efetivamente o ordenamento jurídico pretende valorizar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, dever-se-ia exigir um quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, que, no controle concreto-difuso, é uma questão prejudicial a ser decidida antes do julgamento do mérito do caso concreto. Talvez fosse exagero exigir a unanimidade dos votos para o reconhecimento da inconstitucionalidade. Mas convém frisar que, quando um órgão colegiado (fracionário ou não) decide pela inconstitucionalidade por diferença de 1 voto apenas, está invalidando uma lei cuja constitucionalidade (presumida, por ter sido aprovada pelos demais Poderes do Estado) fora confirmada praticamente pela metade dos magistrados do referido órgão. Num caso como este, a interpretação de que a lei é efetivamente constitucional, como pretenderam os representantes do Poder Legislativo e, eventualmente, o Poder do Executivo que a aprovaram, teria sido endossada por um número expressivo de magistrados. Em outras palavras, embora a maioria dos votos seja pela inconstitucionalidade, cada voto vencido é um voto pela presunção de constitucionalidade das leis, e se este é um valor que o sistema constitucional efetivamente pretende homenagear, não seria absurdo sugerir que deveria ter um peso diferenciado. Contudo, pela diferença de um único voto, a interpretação pela constitucionalidade é ignorada, prevalecendo uma leitura constitucional que invalida a lei. Seria importante, nesse sentido, recuperarmos as questões levantadas por João Mangabeira no processo constituinte de 1933-34 a respeito do quorum para a declaração de inconstitucionalidade, que representaria uma garantia mais concreta e eficaz ao princípio da presunção de constitucionalidade das leis. Afinal, como alegara o jurista:

O que não pode, absolutamente, continuar é o inconveniente de decisões do Supremo Tribunal por oito votos contra sete, em que um só ministro, com o seu voto, põe abaixo uma lei votada por uma Assembléia e sancionada pelo Presidente da República, em um caso de inconstitucionalidade, inconstitucionalidade essa tão duvidosa que no próprio Supremo Tribunal teve sete votos contra ela<sup>22</sup>.

Não bastasse isso, esta maioria pode ser alcançada por interpretações diversas e eventualmente até idiossincráticas do texto constitucional. Levada esta situação ao extremo, se cada magistrado de um tribunal entender que uma lei é inconstitucional por um fundamento distinto, próprio, isso significa que, em relação a cada um destes fundamentos, a lei será constitucional para todos os demais magistrados. Pontes de Miranda (1967, pp. 564-565) já havia alertado que “se os fundamentos da alegação da inconstitucionalidade são dois ou mais (...), somente se pode apreciar a nulidade da regra jurídica ou do ato do poder público em relação a cada fundamento, de per si. (...) Não se somam como parcelas quantidades heterogêneas.”

Este ponto também já foi ressaltado pelo processualista Humberto Theodoro, que, ao tratar do julgamento da arguição de inconstitucionalidade, anotou que (2002, p. 599):

o tribunal pode não reconhecer a incompatibilidade alegada pela parte, mas declarar a inconstitucionalidade da lei frente a outro dispositivo de natureza constitucional. Os votos dos membros do tribunal para atingirem a maioria absoluta hão de ser homogêneos, pois, como ensina Pontes de Miranda, “não se somam como parcelas quantidades heterogêneas.” Só os que tiverem os mesmos fundamentos podem ser somados, portanto. Não basta, outrossim, que a maioria dos membros do Tribunal participe do julgamento. Para reconhecimento da inconstitucionalidade é indispensável que haja votos homogêneos em tal sentido proferidos por número de juízes superior à metade do total dos membros do tribunal, ou do órgão especial a que alude o art. 93, XI, da Constituição. Se o reconhecimento for apenas de maioria simples (isto é, maioria dos votantes, mas não do tribunal ou do órgão especial), a lei ou ato impugnado não será declarado inconstitucional.

Isso nada obstante, o próprio STF parece legitimar decisões pela inconstitucionalidade por argumentos distintos, firmando um peculiar modelo de decisão “com dispersão de fundamentos”, para usar expressão do

Ministro Celso de Mello<sup>23</sup> e distanciando-se do processo decisório adotado pelas cortes constitucionais e tribunais internacionais. Nesse sentido, reconheceu o Ministro Cezar Peluso:

Não me escuso, na oportunidade, de enfatizar a parcimônia, senão o rigor e a precisão, com que deve ser acolhida, entre nós, a teoria da chamada *transcendência dos motivos determinantes*, à vista do *singular modelo deliberativo historicamente consolidado neste Supremo Tribunal Federal*. É que aqui, diferentemente do que sucede em outros sistemas constitucionais, *não há, de regra, tácita e concordância necessária entre os argumentos adotados pelos Ministros*, que, em essência, quando acordes, assentimos aos termos do capítulo decisório ou parte dispositiva da sentença, mas já nem sempre sobre os fundamentos que lhe subjazem. *Não raro, e é coisa notória, colhem-se, ainda em caso de unanimidade quanto à decisão em si, públicas e irreduzíveis divergências entre os fundamentos dos votos que a compõem*, os quais não refletem, nem podem refletir, sobretudo para fins de caracterização de paradigmas de controle, a verdadeira *opinion of the Court*. (Rcl 9428) (grifei)

Em relação a cada um destes fundamentos, a lei será constitucional para todos os demais magistrados. Pontes de Miranda (1967, pp. 564-565) já havia alertado que “se os fundamentos da alegação da inconstitucionalidade são dois ou mais (...), somente se pode apreciar a nulidade da regra jurídica ou do ato do poder público em relação a cada fundamento, de per si. (...) Não se somam como parcelas quantidades heterogêneas.”

---

<sup>23</sup> No julgamento do HC 92.566-SP, o Min. Celso de Mello, fazendo referência à decisão do STF no RE 466.343-SP (onde o Tribunal firmou novo entendimento acerca da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos, anteriores à EC 45/04, no ordenamento jurídico brasileiro), observou que “houve, no julgamento anterior, clara dispersão dos fundamentos que deram suporte às correntes que se formaram, nesta Corte, no exame da controvérsia em referência. De um lado, e conferindo natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, situam-se os votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Eros Grau, além de meu próprio. De outro lado, estão os votos dos Ministros que atribuem hierarquia especial (Ministro Menezes Direito) ou conferem caráter de supralegalidade às referidas convenções internacionais (Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia e Carlos Britto). O eminente Ministro Marco Aurélio não perfiou qualquer dessas duas orientações.”

Mais uma vez, se o ordenamento jurídico pretende valorizar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, dever-se-ia exigir, além do quorum qualificado para a declaração de inconstitucionalidade, que os fundamentos fossem coincidentes, como havia ressaltado Pontes de Miranda, em lição que curiosamente tem sido ignorada pelos tribunais (incluindo o STF) sem, no entanto, ter sido contestada. A práxis adotada pelos tribunais – e, pelo visto, legitimada ao menos pelos Ministros citados – resulta numa afronta à presunção de constitucionalidade das leis na medida em que admite que uma leitura singular do texto constitucional, incapaz de convencer sequer outro magistrado do mesmo tribunal, seja considerada suficiente para, somada a outras leituras singulares, eventualmente idiossincráticas, anular uma lei aprovada pelos órgãos de representação popular. Este “singular modelo deliberativo” a que se referiu o ministro é, na verdade, um eufemismo para designar uma conversa de surdos-mudos numa sala escura.

Em suma, considerando-se tudo o que foi exposto ao longo deste trabalho, sobretudo as críticas e dificuldades a respeito das cláusulas de reserva de plenário e de reserva de órgão especial, e assumindo-se a legitimidade em se preservar o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, seria mais adequado permitir o exercício pleno do controle de constitucionalidade pelos órgãos fracionários julgadores, exigindo-se, contudo, um quorum qualificado e homogeneidade de fundamentos (*opinion of the Court*) para a declaração de inconstitucionalidade das leis.

\*\*\*

As reflexões aqui desenvolvidas tiveram em mira o controle concreto-difuso, demonstrando que a atuação do pleno ou do órgão especial dos tribunais é prescindível e talvez indesejável. Contudo, o mesmo não pode ser dito em relação ao controle abstrato estadual, que, por ser também controle concentrado, demanda a existência de um único órgão competente para a guarda da Constituição do Estado (nada obstante todas as limitações

impostas pela Constituição Federal e, sobretudo, pela jurisprudência do STF ao desenvolvimento de um constitucionalismo estadual mais autônomo, com maior liberdade de auto-organização e maior espaço para auto-legislação). Por razões de ordem prática, a competência do pleno ou do órgão especial para este caso deveria ser preservada, ao menos num primeiro momento, pois caberia em seguida refletir sobre a conveniência de se criar um órgão voltado exclusivamente para esta função, uma espécie de Câmara Constitucional. Enfim, um órgão que não seria “especial”, mas “especializado”!

## 7. Bibliografia

AMARAL JR. José Levi Mello do. *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional* (vol. 2: Direito Constitucional Brasileiro). Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CASTRO, Araújo. *A Nova Constituição*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1935, p. 243.

DUARTE, José. *A Constituição Brasileira de 1946 – Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

HABERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. (trad. Gilmar Ferreira Mendes) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

LEITE, Fábio Carvalho. ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta. In: *Revista de Direito do Estado (RDE)*, vol. 10, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. A Cláusula de Reserva de Plenário Segundo os Tribunais de Justiça. In: *Direitos Fundamentais & Justiça / Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*. Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado, nº 15 (abr./jun. 2011). Porto Alegre: H.S. Editora, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 8.ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

MACHADO, Joana de Souza. (2008), *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional e Teoria do Estado, PUC.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1918.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição Brasileira 1946*. (vol. 1). Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1948.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967* (Tomo III). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford, Clarendon, 1991.

STRUCHINER, Noel. O direito como um campo de escolhas: Por uma leitura das regras prescritivas como relações. In: José Rodrigo Rodriguez; Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa; Samuel Rodrigues Barbosa. (Org.). *Nas Fronteiras do Formalismo*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

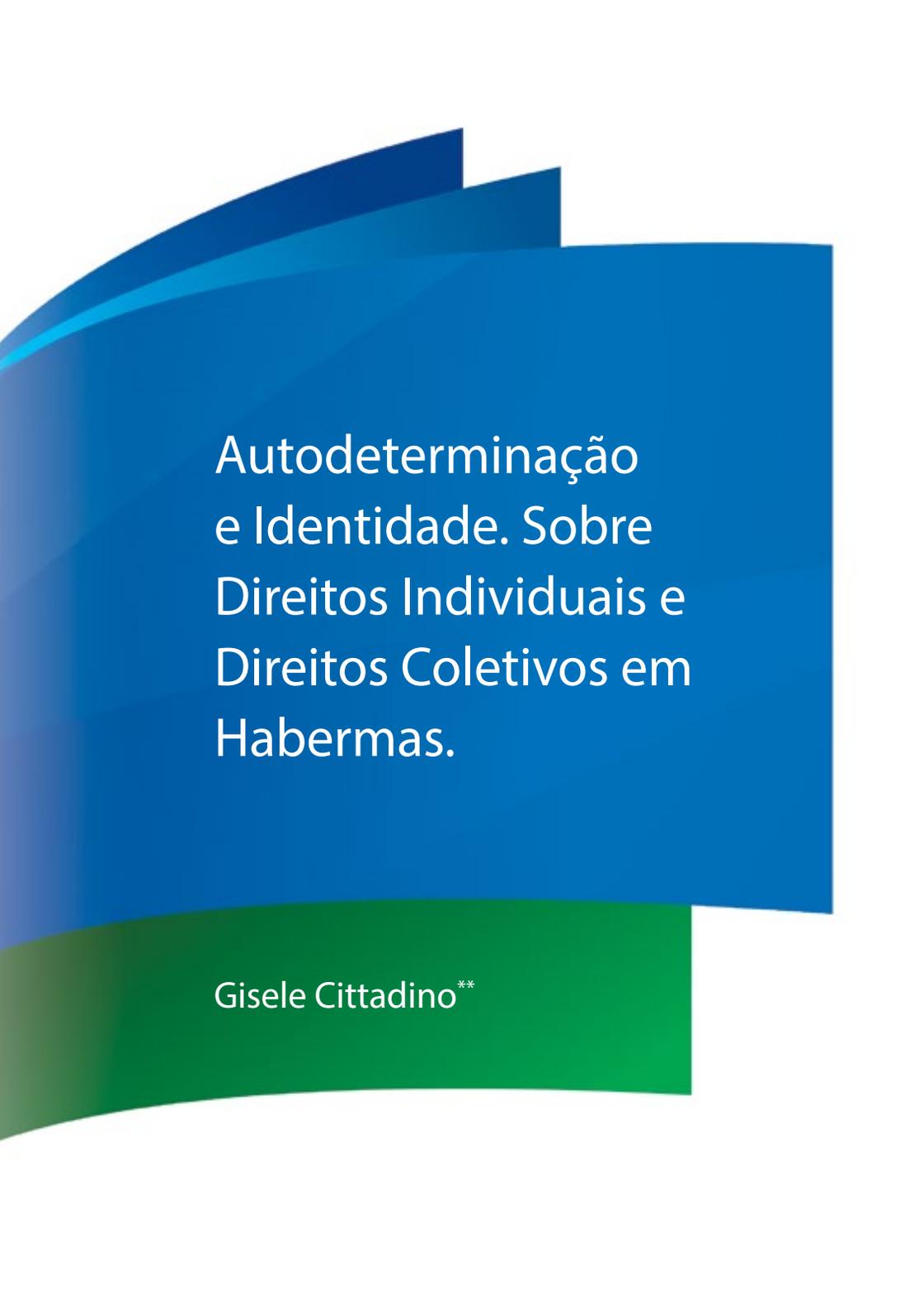
\_\_\_\_\_. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In: Ronaldo Porto Macedo Jr.; Catarina Barbieri. (Org.). *Direito e Interpretação. Racionalidades e Instituições*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 40.ed. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal – jurisprudência política*. 2.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.



The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a medium blue curve, and a large, solid blue rectangular area that frames the title. At the bottom, there is a green curved shape.

# Autodeterminação e Identidade. Sobre Direitos Individuais e Direitos Coletivos em Habermas.

Gisele Cittadino\*\*

A relação entre identidade pessoal e agrupamento coletivo ou, de outra forma, entre mecanismos de individualização e processos de socialização, é tema central no pensamento habermasiano. Ao analisar a maneira através da qual cada um de nós se constitui como sujeito, Habermas nos descreve como seres inicialmente imaturos para quem a figura do outro é condição de sobrevivência. Não conseguimos nos desenvolver como pessoas senão na qualidade de membros de uma comunidade cultural. Fora de uma rede de significados e práticas intersubjetivamente compartilhadas, ou seja, fora de algum padrão de socialização, não há como se falar em processo de individualização. Nossa identidade pessoal é constituída, portanto, através da internalização e da adoção de papéis e regras sociais que são transmitidas pela via de costumes, valores e tradições concretas. Se tal constatação pode atualmente parecer por demais óbvia, é preciso lembrar que Habermas, com a ideia de intersubjetividade, supera o modelo dos primeiros representantes da Teoria Crítica para quem os indivíduos eram capazes de refletir criticamente sobre o seu lugar no mundo, mas o faziam através de uma razão subjetiva individual<sup>1</sup>. Habermas rompe com essa filosofia do sujeito, apelando para um pragmatismo que toma o indivíduo como um ser ontologicamente social que, através da palavra e da linguagem, atua e conforma culturalmente o mundo da vida.

Os processos de socialização, teoricamente considerados, permitem que Habermas nos fale daquilo que considera a essência do humano, isto é, a capacidade que todos temos de estabelecer relações de interação com os nossos semelhantes. Aqui Habermas recupera os compromissos humanistas

---

\*\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Os primeiros frankfurtianos, diante da barbárie nazista, não abandonaram seu compromisso com o poder transformador da reflexão, ainda que, evidentemente, o mesmo não se possa dizer sobre sua confiança no devir do processo histórico. A ideia moderna – e progressista – da história como marcha triunfal da civilização se esvazia inteiramente tanto quanto a confiança na possibilidade de uma ação libertadora por parte de algum sujeito coletivo. Nada disso, no entanto, significa paralisia ou mera contemplação, pois o compromisso frankfurtiano com a emancipação desloca-se agora para a esfera das consciências individuais. Para Adorno, por exemplo, a ideia de emancipação transfere-se de um sujeito coletivo da razão histórica para uma razão subjetiva individual. Todos – e cada um – são capazes de refletir criticamente sobre a capacidade humana de manipular e criar significações e realidades. Ver Theodor Adorno. *Reflexões a partir da vida danificada*. São Paulo: Ática, 1993.

da modernidade e insiste não apenas na importância da comunicação e do debate, mas especialmente na necessidade de constituição de arenas públicas de discussão e no respeito absoluto pela integridade do outro. Com essa ideia de intersubjetividade, Habermas associa ação comunicativa e entendimento, ainda que isso não represente nem a eliminação do dissenso, nem o desconhecimento do poder constitutivo dos enganos, das falsas consciências ou dos múltiplos dogmatismos inscritos nos mundos da vida. É preciso lembrar – especialmente em face dos críticos pouco atentos – que só há comunicação linguística diante da possibilidade de contradição, pois do contrário o entendimento é fruto de algum tipo de processo de comunhão que prescinde da linguagem<sup>2</sup>. O consenso, modelo contrafático, utopia não realizável, situa-se, por sua própria natureza, no futuro; é através da integração do dissenso, inscrito no presente, que a ação comunicativa estabelece sentidos e significados no interior do mundo da vida.

Ao dar centralidade à intersubjetividade como chave interpretativa da convivência humana, Habermas reúne o modelo iluminista de um sujeito cuja capacidade de autodeterminação o torna responsável pelo seu próprio destino à matriz psicanalista segundo a qual temos de nos apropriar reflexivamente daquilo que somos para que possamos projetar para o futuro aquilo que queremos ser. A combinação entre autodeterminação e capacidade de reflexão e crítica é eficaz, portanto, para descrever esse sujeito habermasiano autônomo, em busca de emancipação como controle consciente de sua própria história. Isso não significa, todavia, que Habermas ignore o peso dos legados culturais sobre as consciências individuais ou a extraordinária inércia que caracteriza os mundos da vida. Tampouco se trata de um autor cujo trabalho seja marcado pela inocência ou pelo cinismo. Habermas, como integrante da Escola de Frankfurt, tem insistentemente enfrentado o tema do holocausto e sua miséria moral. Recorrer, portanto, a experiências históricas

---

<sup>2</sup> Ver, a respeito, Marta R. Fouz. *Jürgen Habermas y la Memoria del Guernica*. Madrid: CIS/Siglo XXI, 2004, p. 14 e segs.

concretas como forma de tentar desmentir os pressupostos da ética discursiva representa, na verdade, um duplo descuido. De um lado, ignora-se que a descrição do sujeito autônomo, capaz de auto-reflexão e crítica, é resultado de uma opção política; de outro, igualmente se ignora que provas fáticas não são relevantes diante de modelos teóricos contrafáticos.

A modernidade é o território que torna possível essa autodeterminação humana. Mesmo que não possa garanti-la, é no interior do projeto moderno que se configura o modelo do sujeito autônomo. Em face das múltiplas redes da interação, esse indivíduo capaz de auto-reflexão e crítica, constitui sua identidade no interior de uma forma de vida compartilhada. Ao associar intersubjetividade e sujeito autônomo, Habermas descarta qualquer interpretação do mundo da vida como lógica de aprisionamento, pois cada um de nós tem a capacidade de se comportar reflexivamente em relação à própria subjetividade, endossando valores ou se libertando de compromissos, ilusões ou fantasias. Evidentemente, não há dúvida de que só podemos questionar as normas do mundo em que vivemos a partir de convicções que integram o nosso próprio contexto cultural. Ainda que isso possa nos levar a imaginar que estamos colocando em questão a nossa própria existência quando criticamos as formas de vida nas quais nossa identidade foi constituída, não devemos dramatizar os limites que a eticidade do mundo da vida nos apresenta. Ter a capacidade de refletir criticamente sobre a faticidade das instituições e normas presentes no mundo da vida certamente não se traduz no questionamento da própria existência. Em outras palavras, uma ação reflexiva sobre a própria subjetividade pode simplesmente significar autonomia.

Para garantir a autonomia desse sujeito capaz de auto-reflexão e crítica, Habermas recorre àquela ideia que é central no pensamento de Rousseau e Kant, ou seja, a de que o ordenamento normativo é resultado da autonomia de sujeitos de direito associados. Em outras palavras, estamos diante de um modelo que supõe um debate público no qual pessoas livres e iguais definem quais direitos devem mutuamente reconhecer se pretendem legitimamente

regular sua vida em comum através do direito. Dessa ideia de que os cidadãos se associam por sua própria vontade para formar uma comunidade de sujeitos de direito livres e iguais resulta uma concepção de Estado de Direito que é inseparável dos conceitos de direito subjetivo e de indivíduo como sujeito portador de direitos. Há, portanto, na origem das Constituições modernas, uma teoria do direito formulada em termos individualistas. De outra parte, a história da universalização dos direitos – a luta por uma cidadania igualitária – foi escrita, como sabemos, no interior dos próprios procedimentos do Estado de Direito. Nem mesmo os direitos sociais – cuja função é compensar condições sociais desiguais – são incompatíveis com essa teoria dos direitos formulada em termos individualistas, pois os bens sociais podem ser ou individualmente distribuídos ou individualmente desfrutados. Nesta perspectiva, portanto, já podemos perceber que o apelo a direitos coletivos que venham a exceder os limites de uma teoria dos direitos concebida em termos individualistas significa *“quebrar em pedaços nossa tradicional autocompreensão do Estado democrático de direito, que está definida com base em um modelo de direitos individuais e é, neste sentido, liberal”*<sup>3</sup>.

Se não há incompatibilidade entre direitos sociais e uma teoria dos direitos formulada em termos individualistas, não tem sido tarefa fácil discutir esse mesmo tema diante dos chamados direitos culturais. Nas democracias contemporâneas, de cultura liberal, nos habituamos a identificar conflitos jurídicos entre sujeitos individuais ou entre o cidadão e o poder público que ultrapassa os limites legais da interferência. Com o aparecimento dos direitos culturais, novos modelos de conflito irrompem: a) quando distintos grupos disputam direitos ou privilégios (caso da inclusão de determinadas disciplinas na rede pública de ensino); b) quando um grupo demanda um tratamento igualitário em relação a outro grupo (caso de grupo religioso minoritário que demanda a exibição de símbolo sagrado em repartição pública); c) quando não

---

<sup>3</sup> Cf. Jürgen Habermas. La Lucha por el Reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho, in *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós, 1999, p. 191.

membros sentem-se em posição de desvantagem em relação a outro grupo (caso das pessoas brancas em relação às quotas destinadas para negros); ou c) quando direito fundamental do membro do grupo é violado com base no argumento de que é necessário garantir a estabilidade da identidade coletiva (caso dos cidadãos franceses de Quebec, no Canadá, que estão legalmente impedidos de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa)<sup>4</sup>.

Ao enfrentar o tema do multiculturalismo – que define como modelo de sociabilidade em que há mútuo reconhecimento de seus membros acerca do igual status de todos – Habermas tem insistido na necessidade de que os direitos culturais não podem entrar em conflito com os direitos fundamentais dos indivíduos que são membros dos diversos grupos precisamente porque os direitos dos grupos só são legítimos se forem compreendidos como direitos derivados dos direitos culturais do indivíduo integrante do grupo. Nesse sentido, os direitos coletivos derivam dos direitos individuais porque só há multiculturalismo – como configuração de um espaço transcultural que abriga a diferença – se formos capazes de entender que a garantia de acesso às tradições, cultura e redes de reconhecimento necessárias ao desenvolvimento da identidade pessoal deriva do princípio da inviolabilidade da igual proteção da integridade da pessoa.

É precisamente por isso que Habermas enfatiza a necessidade de alargamento do conceito de sujeito de direitos que originariamente foi proposto para assegurar o duplo papel do cidadão como agente econômico e como membro de um grupo religioso. Hoje, especialmente em face do pluralismo que caracteriza as democracias contemporâneas, com suas múltiplas e diversas experiências multiculturais, o conceito de sujeito de direitos precisa incorporar a garantia de iguais liberdades éticas para todos.

Ressalte-se, em primeiro lugar, que diferentemente dos direitos sociais, os direitos culturais – sem os quais não há como se garantir as liberdades

---

<sup>4</sup> Ver Jürgen Habermas. Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, nº 1, 2005, p. 18.

éticas – não estão vinculados ao modelo do Estado de Bem Estar. Os direitos sociais estão na origem das *políticas distributivas* e pretendem combater as desigualdades decorrentes de sociedades verticalmente estratificadas. Os direitos culturais, por sua vez, estão na raiz das *políticas de reconhecimento* e voltam-se contra a desigual inclusão horizontal dos integrantes de uma sociedade<sup>5</sup>. Em outras palavras, discriminação e desrespeito sinalizam uma inclusão desigual de cidadãos que não têm reconhecido o seu papel de membros de uma comunidade política. Como assinala Habermas, é um equívoco supor que os cidadãos gozam de iguais liberdades éticas apenas porque têm a possibilidade de selecionar suas preferências e fazer escolhas a partir de valores culturais estabelecidos. As liberdades éticas não devem ser instrumentalmente justificadas, pois não se trata de apelar para uma racionalidade instrumental que seleciona opções de acordo com modelos culturalmente definidos. É apenas como membro de uma comunidade política, crescendo no interior de um universo de significados e práticas intersubjetivamente compartilhadas, que cada um de nós adquire suas características individuais distintivas. Isso significa dizer que a *“constituição cultural da mente humana desenvolve-se com base em uma relação de dependência contínua entre o indivíduo e as formas de comunicação e relações interpessoais que, por sua vez, se ancoram em uma rede de reconhecimento recíproco e tradições”*<sup>6</sup>.

A insistência de Habermas na necessidade de alargamento do conceito de sujeito de direitos de forma a incluir a garantia de iguais liberdades éticas para todos vincula-se precisamente à recusa dessa clássica justificativa liberal, que é, sem dúvida, instrumental. Ao invés de tomá-las apenas como capacidade de escolher uma dentre várias concepções de bem disponíveis, para Habermas as liberdades éticas vão além desse objetivo, pois asseguram

---

<sup>5</sup> Sobre a diferença entre políticas de distribuição e políticas de reconhecimento, ver Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribución o Reconocimiento?*. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

<sup>6</sup> Cf. Jürgen Habermas, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, op. cit., p. 17.



que todo cidadão tenha o mesmo acesso “aos padrões de comunicação, relações sociais, tradições e relações de reconhecimento que são necessários para o desenvolvimento, reprodução e renovação de sua identidade pessoal”<sup>7</sup>. Ao mesmo tempo, essa recusa da justificativa liberal, instrumental, não representa qualquer compromisso de Habermas com os defensores de um *multiculturalismo forte* (*strong multiculturalism*), cuja *política de sobrevivência* de comunidades religiosas, étnicas ou linguísticas justifica a existência de direitos coletivos que potencialmente possam violar ou restringir direitos individuais. Para Habermas, ainda que estejamos diante de tradições ancestrais, “os direitos legítimos dos grupos não podem entrar em conflito com os direitos básicos dos indivíduos membros dos grupos”<sup>8</sup>. Os mundos culturais, segundo Habermas, apenas sobrevivem quando os indivíduos que os compartilham, ainda que obrigados a confrontar-se com culturas distintas, optam por regenerar a força de suas identidades culturais. Isso significa dizer que não podemos aplicar às culturas o mesmo tratamento dispensado pela ecologia à preservação das espécies. Nem os legados culturais podem ser impostos, nem protegidos de avaliações críticas, especialmente porque nas sociedades democráticas contemporâneas a relação com o estranho é inevitável<sup>9</sup>.

É o compromisso de Habermas com o ideal moderno de emancipação – como autodeterminação e autorreflexão – que sustenta o modelo de um sujeito que, pela via da reflexão e da crítica, tem a possibilidade de romper com a validade intuitiva de seus valores. Estamos, portanto, diante da ideia de que todos os seres humanos têm autonomia e o mesmo valor moral. Ao mesmo tempo, esse ideal não está baseado em nenhuma visão de mundo particular, pois esse sujeito moral autônomo tem a capacidade de formular

---

<sup>7</sup> Idem, p. 18.

<sup>8</sup> Idem, p. 20.

<sup>9</sup> Ver, a respeito, Jürgen Habermas. *Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State*, in *Multiculturalism*, Amy Gutman (ed.), Princeton University Press, 1994.

essa ética por sua própria conta. Em outras palavras, Habermas nos fala de um sujeito moralmente autônomo, que tem o direito de *pular fora*<sup>10</sup>, sem que isso represente a violação de um ideal de autenticidade, pois a nossa identidade não é apenas algo com que inevitavelmente nos defrontamos, mas também é nosso próprio projeto<sup>11</sup>. Para muitos, no entanto, o direito de *pular fora*, especialmente quando estamos diante de alguém que integra um grupo historicamente marginalizado, representa uma espécie de ação de infidelidade em relação a si mesmo. Não haveria como *pular fora* sem que isso deixasse de representar um ataque à dimensão original da própria identidade. Para os defensores do *multiculturalismo forte* é fundamental manter nossa *identidade intacta*<sup>12</sup>, pois o compromisso com a autenticidade é também um compromisso com nossa herança cultural.

Para Habermas, não há como falar em autodeterminação como possibilidade de redesenhar nossa própria existência se acreditamos que as identidades culturais estão delimitadas por nítidas fronteiras. Isso impediria qualquer movimento emancipatório voltado para a remoção de barreiras ao exercício de escolhas autônomas. É exatamente por não acreditar que o processo histórico conforma inteiramente as individualidades – pois os sujeitos não são apenas seres concretamente situados em uma tradição particular – que Habermas toma os direitos individuais como garantia daquilo que designa como filtro hermenêutico<sup>13</sup>, ou seja, as condições a partir das quais os indivíduos que têm a possibilidade de dizer sim às alternativas oferecidas optam por reafirmar seu compromisso com suas heranças culturais. Para

---

<sup>10</sup> Utilizei anteriormente a expressão direito de *pular fora* no texto Liberdade, Identidade e Direito. Sobre a indelével marca humana em Philip Roth (*Direito e Literatura*, André K. Trindade, Roberta M. Gubert e Alfredo Copetti Neto (orgs.), Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008). No romance *A Marca Humana*, de Philip Roth, o protagonista rompe com os valores que unem coletivamente os membros de sua própria comunidade de origem e acredita que pode reinventar a si mesmo como um simples membro – sem filiações – da raça humana.

<sup>11</sup> Ver, a respeito, Jürgen Habermas. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

<sup>12</sup> Ver, a respeito, Nancy Fraser e Axel Honneth, *Redistribución o Reconocimiento?*, op. cit.

<sup>13</sup> Ver, a respeito, Jürgen Habermas, *Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism*, op. cit., p. 22.

Habermas, portanto, os indivíduos devem poder se apropriar criticamente de suas próprias tradições para renová-las, revisá-las ou rejeitá-las.

São claras as consequências normativas desse compromisso com uma autonomia moral que nos garanta o direito de *pular fora*. Necessitamos, sem dúvida, de uma teoria da justiça ancorada em um ponto de vista deontológico que nos assegure um sistema de direitos capaz de transformar esse indivíduo moral autônomo em autor e sujeito de direito. Esse processo de atribuição de direitos não pode estar simplesmente ancorado em uma herança cultural comum. É preciso esclarecer que o processo de atribuição de direitos não é posterior ao sentimento de pertencimento a uma comunidade, porque o sistema de direitos não pode ser considerado apenas uma expressão valorativa de um sistema cultural específico. Ainda que tenha surgido, como ideal normativo, em um mundo particular de cultura, isto não significa que não possa ser visto como o resultado de um processo reflexivo a partir do qual os indivíduos podem tomar certa distância em relação às suas próprias tradições e aprender a entender o próximo a partir de sua própria perspectiva. Se estamos falando de sociedades democráticas em que os cidadãos asseguram a todos, como legisladores, esferas de liberdade em face da autodeterminação moral de cada um, não há dúvidas de que ninguém encontrará obstáculo normativo à realização de seus projetos pessoais de vida. O sistema de direitos que assegura os direitos culturais para aqueles que pretendem dar continuidade ao que receberam de seus antepassados é o mesmo sistema de direitos que permite a qualquer outro a possibilidade de *pular fora*.

Sabemos, de outra parte, que não há como assegurar o livre e integral acesso ao mundo de cultura a partir do qual os grupos identitários se constituem sem que os direitos culturais sejam integralmente garantidos. De um lado, os direitos culturais conferem poder para as organizações que se encarregam de lutar pela sobrevivência de culturas ameaçadas; de outro, esses direitos coletivos permitem que os grupos igualmente lutem para assegurar os meios e os recursos através dos quais os seus membros conformam suas

identidades. Nada disso, no entanto, pode nos levar a configurar a cultura como uma espécie de entidade à qual direitos são atribuídos. Com efeito, não podemos compreender as culturas como sujeitos de direitos. Elas só se reproduzem se seus intérpretes forem capazes de assegurar suas condições de reprodução. Em outras palavras, *“por razões empíricas, a sobrevivência de grupos identitários e a continuidade de seus mundos culturais não podem ser de modo algum asseguradas por direitos coletivos. Uma tradição tem a capacidade de desenvolver seu potencial cognitivo quando os seus destinatários estão convencidos que esta tradição é realmente valiosa; e as condições hermenêuticas para a manutenção das tradições só podem ser garantidas por direitos individuais”*<sup>14</sup>.

As mesmas razões que levam Habermas a recusar a possibilidade de atribuímos direitos às culturas estão na origem da sua recusa em ancorar as *políticas de reconhecimento* no conceito de raça. Se considerarmos seus argumentos de que os cidadãos se associam por sua própria vontade para formar uma comunidade de sujeitos de direito livres e iguais, não podemos, evidentemente, deixar de reconhecer que, em sociedades multiculturais, serão estabelecidas normas que irão assegurar um igual tratamento para grupos homogêneos, tanto quanto um tratamento diferenciado para grupos diversos. Como o ordenamento normativo não pode ser visto como um mero distribuidor de liberdades de ação de tipo privado, a distribuição dos direitos subjetivos só pode ser igualitária se os cidadãos – como legisladores – estabelecem um consenso acerca dos *“critérios conforme os quais o igual vai receber um tratamento igual, enquanto que o desigual, um tratamento desigual”*<sup>15</sup>. No entanto, a defesa, em Habermas, das múltiplas formas de ação afirmativa não representa qualquer compromisso com direitos coletivos que venham a exceder os limites de uma teoria do direito formulada em termos

---

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Cf. Jürgen Habermas. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 100.

individualistas, ou seja, a partir da noção de sujeito de direitos. Em outras palavras, se o compromisso com o ideal de igualdade não é incompatível com a garantia de direitos culturais demandados e introduzidos sob o signo das *políticas de reconhecimento*, isso não significa dizer que estamos transformando a raça em fundamento da cidadania. Os direitos coletivos derivam dos direitos individuais precisamente porque a identidade política do sujeito de direito – e não a raça ou a inserção em um mundo de cultura – é o fundamento da cidadania nas democracias contemporâneas.

## Referências bibliográficas

ADORNO, Theodor. *Minima Moralia. Reflexões a partir da vida danificada*. São Paulo: Ática, 1993.

CITTADINO, Gisele. Liberdade, Identidade e Direito. Sobre a indelével marca humana em Philip Roth, in *Direito e Literatura*, André K. Trindade, Roberta M. Gubert e Alfredo Copetti Neto (orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FOUZ, Marta R. *Jürgen Habermas y la Memoria del Guernica*. Madrid: CIS/Siglo XXI, 2004.

FRASER, Nancy e HONNETH, Axel. *Redistribución o Reconocimiento?*. Madrid: Ediciones Morata, 2006.

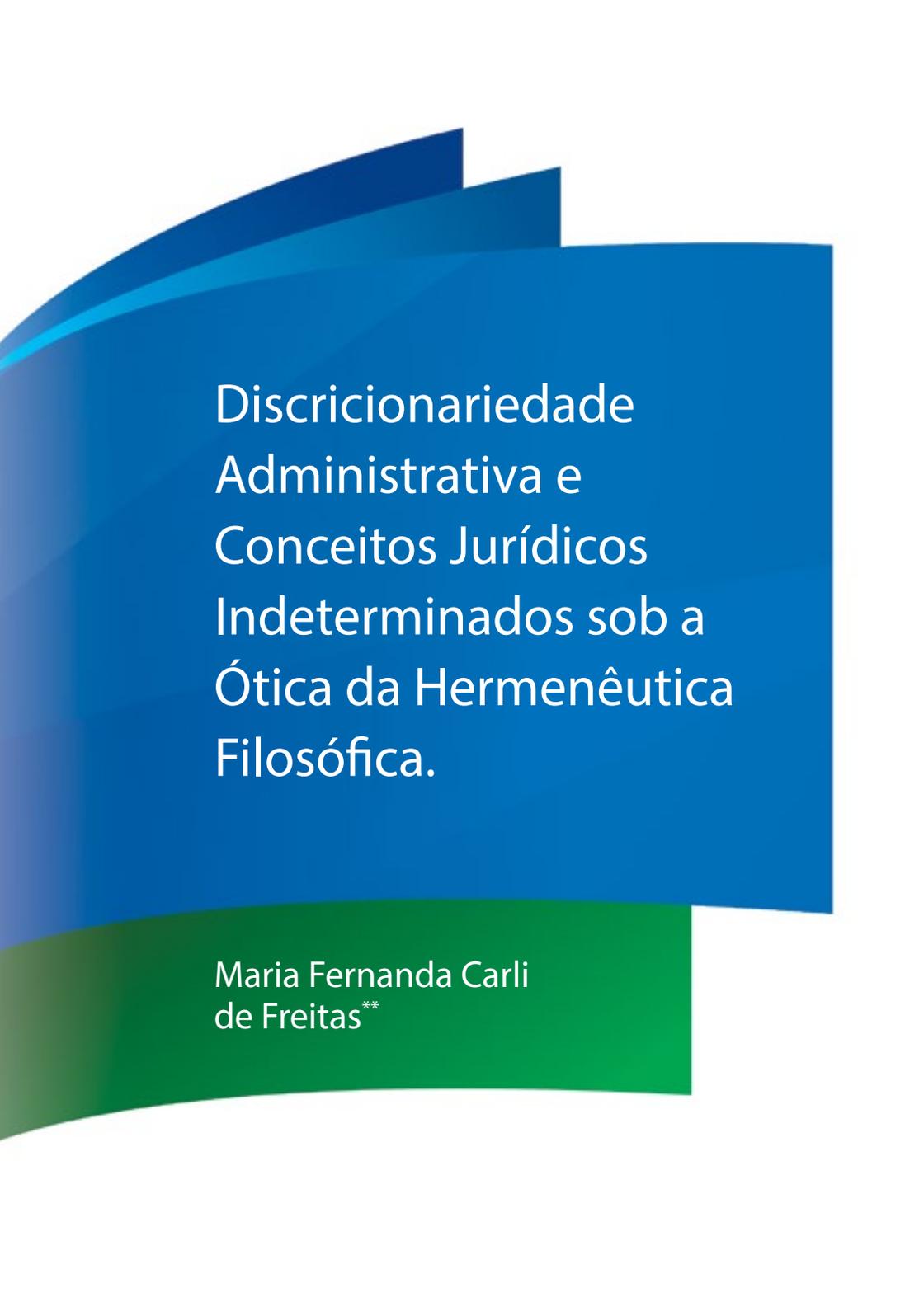
HABERMAS, Jürgen. *La Necesidad de Revisión de la Izquierda*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Struggles for Recognition in the Democratic Constitutional State, in *Multiculturalism*, Amy Gutman (ed.). Princeton University Press, 1994.

HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

HABERMAS, Jürgen. La Lucha por el Reconocimiento en el Estado Democrático de Derecho, in *La Inclusión del Otro*. Barcelona: Paidós, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Equal Treatment of Cultures and the Limits of Postmodern Liberalism. *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 13, nº 1, 2005.

The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a lighter blue curve, and a large, solid blue rectangular area that frames the title. At the bottom, there is a green curved shape that frames the author's name.

Discricionariedade  
Administrativa e  
Conceitos Jurídicos  
Indeterminados sob a  
Ótica da Hermenêutica  
Filosófica.

Maria Fernanda Carli  
de Freitas\*\*

## Sumário

1. Introdução; 2. Os giros hermenêutico e linguístico e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer; 3. A repercussão da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica e constitucional; 4. Discrecionariedade Administrativa; 5. Conceitos Jurídicos Indeterminados; 6. A necessidade de releitura da discrecionariedade administrativa a partir dos aportes da hermenêutica filosófica; 7. Conceitos Jurídicos Indeterminados e a tese da única resposta correta; 8. Considerações Finais; 9. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

O propósito deste artigo é contribuir para a melhor compreensão de um dos temas mais relevantes do Direito Administrativo, que consiste no fenômeno da discrecionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados, a partir dos pilares da hermenêutica filosófica. A ideia central que permeia todos os questionamentos levantados ao longo do texto consiste em destacar a influência da concepção hermenêutica adotada sobre o exercício da competência discrecionária administrativa. Procura-se revelar a estreita conexão guardada entre a atividade interpretativa e a delimitação da discricção e da margem de liberdade do administrador na conformação da norma abstrata perante o plano concreto e o seu respectivo controle por parte dos tribunais.

Para tanto, as primeiras linhas do presente dedicam-se ao tema da hermenêutica, com ênfase ao movimento do giro linguístico, em que passa a merecer especial realce a análise do próprio ato de compreender no âmbito da linguagem. Após essa digressão, volve-se a uma apreciação crítica no intuito de se declinar cultura ainda vigente, calcada em um pensamento

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2007; Pós-Graduada em Direito “*Latu Sensu*” pela faculdade Damásio Evangelista de Jesus em 2005; Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Praetorium em 2013; Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC/SP.

dogmático e metodológico, cuja pretensão consiste em atribuir ao jurista a tarefa de apenas extrair supostamente um significado único e objetivo do direito posto.

Na sequência, empreende-se uma abordagem acerca das noções de discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. São assinaladas as principais contribuições e também divergências entre os administrativistas nacionais a propósito do assunto, importando para si termos e teorias que se frutificaram e se desenvolveram em solo estrangeiro, especialmente dos conceitos jurídicos indeterminados.

Busca-se ainda sedimentar que discricionariedade e vinculação não são realidades contrapostas de um ponto de vista qualitativo, havendo apenas uma distinção sob um enfoque gradual. Mostra-se também salutar enfrentar a íntima relação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados.

O ensaio tenciona firmar a premissa de que é impossível se depurar uma unidade de solução justa frente à hipótese fática. Sob essa perspectiva, argumenta-se que o controle judicial deve ser realizado pela análise do demérito do ato administrativo, apenas na repreensão de condutas que estejam desconformes à ordem jurídica, não se encontrando o julgador apto a censurar juízos legítimos efetuados na seara administrativa, sob pena de manifesta vulneração ao princípio da separação dos poderes.

## 2. Os giros hermenêutico e linguístico e a hermenêutica filosófica de hans-georg gadamer

A essência da hermenêutica deita suas raízes na Grécia antiga, representada pelo verbo *hermeneuein* (interpretar) e pelo substantivo

*hermeneia* (interpretação), sob a perspectiva de “tornar algo compreensível”<sup>1</sup>. Nos seus primórdios a hermenêutica frutificou-se no solo da teologia e preordenava-se à decifração de mitos e à identificação de elementos simbólicos e de alegorias.

Com o florescimento do pensamento iluminista na cultura europeia, nos séculos XVII e XVIII, buscou-se restaurar a ascendência da razão frente ao predomínio das crenças e misticismo vigentes da Idade Média, pela adoção do método científico, no intuito de patentear a objetividade do conhecimento e um pretense saber absoluto e atemporal. No altiplano jurídico, no cerne do ideário iluminista e da Revolução Francesa (1789-1799), surge a Escola de Exegese da França<sup>2</sup>, que pregava a interpretação no plano puramente gramatical da lei, de forma passiva e mecânica, a fim de se captar a real intenção do legislador – *voluntas legislatoris*, servindo-se o intérprete da lógica dedutiva.

A partir do final do século XIX ao início do século XX, inspiradas com o desenvolvimento de novas teorias hermenêuticas, outras escolas contribuíram com fórmulas metodológicas em busca do significado objetivo da norma, como, à guisa de ilustração, a Jurisprudência dos Interesses germânica. Daí é que se avançou para alçar o Direito à categoria de ciência, revestindo-o de uma forma e de uma base objetiva de discussão, mediante a captação de sentido do seu próprio texto e nada mais.

Com isso, da posição de *voluntas legislatoris* caminhou-se ao paradigma da *voluntas legis (mens legis)*, que defendia que o direito não seria alvo da vontade de particulares (legislador), mas da convicção comum de um povo (*volksgeist*) representada no sistema positivado. Como consectário direto dessa nova concepção, foram aperfeiçoados uma série de métodos

---

<sup>1</sup> Há autores, como Palmer (2011) e Grondin (1999), que remontam a sua origem etimológica à mitologia grega e ao Deus mensageiro Hermes, mediador a quem competia transportar e traduzir mensagens divinas tornando-as inteligíveis aos seres humanos.

<sup>2</sup> Como correspondente à Escola da Exegese francesa, surge o “Pandectismo” ou Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha e a Escola Analítica na Inglaterra.

de interpretação na busca da verdade expressa no texto legal, sendo os principais: lógico-gramatical, sistemático e teleológico.

De qualquer sorte, ainda que com maior ou menor saliência, essas escolas ainda estavam aprisionadas à necessidade de adoção de uma linha racionalista metodológica para solução dos problemas jurídicos. Dessarte, ainda havia o apego à tradição clássica, à ideia de autonomia do objeto e o regresso à tentativa de propor métodos para elaboração de interpretação objetivamente válida (PALMER, 2011).

Nessa ordem de ideias, o filósofo alemão Heidegger, por meio de sua obra *Ser e Tempo* (1927), lança novos matizes na reflexão hermenêutica, ao concebê-la, afora o seu conhecido corte epistemológico, como o estudo do fenômeno da compreensão por si mesmo. É nesse panorama que assinala que as coisas no mundo não são suscetíveis de serem compreendidas através da apropriação intelectual humana, de acordo com a dicotomia sujeito/objeto, mas sim a partir da visão de que são fenômenos que, independentemente do homem, possuem a potencialidade de se apresentar como são (PALMER, 2011). Por intermédio dessa base fenomenológica, abdica-se da metafísica, para que seja ressuscitado o tema do “ser” (*Dasein*) e reconhecido que a essência do conhecimento é orientada pelo poder que a coisa tem de se relevar, conforme suas condições de possibilidade e através das alternativas que se dão em cada tempo histórico (STRECK, 2002).

A hermenêutica filosófica traz a lume uma nova maneira de compreender: não mais voltada à busca de um conhecimento imaculado, mediante a captação do espírito do texto (*mens legis*) ou do propósito de seu autor (*voluntas legis*), mas sim ligada às condições de possibilidade e à condição existencial do homem situado no mundo, notadamente a partir da historicidade da sua experiência.

Nesse panorama, a historicidade não se reporta à investigação do passado e à subordinação a ideias já sepultadas, em obediência a disposições

científicas previamente estabelecidas, mas essencialmente à afirmação da temporalidade da vivência do homem. A verdade não é uma questão de método, mas um imperativo relativo à manifestação do ser (STRECK, 2002). A compreensão do sentido no tempo presente ampara-se primordialmente na própria experiência humana, através da recoleção do horizonte do passado e da projeção das expectativas do futuro (PALMER, 2011).

O encontro do intérprete com a obra ou texto não sucede em uma conjuntura exterior ao tempo e ao espaço, ou indiferente ao seu próprio horizonte de experiências e interesses. Onde se pressupõe que a compreensão orienta-se a partir de uma visão prévia, antecipações subjetivas que emergem da situação existencial do homem. É o que acentua Streck (2002, p. 172): “O mundo só se nos dá na medida em que já termos certo patrimônio de ideias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas.”

Bem por isso, nada pode ser alvo da compreensão senão a partir de um modo posicional, de uma visão predisposta surgida da própria experiência, de molde que o papel do intérprete não se resume em imergir no objeto, de acordo com premissas metodológicas, mas sim a de encontrar meios de interação viável entre o seu horizonte e o horizonte do texto (fusão de horizontes).

A propósito da constatação da existência de uma inegável estrutura prévia de valoração já acometida pelo homem, Heidegger defende que a tarefa primordial da interpretação reside exatamente na importância de que o intérprete esteja ciente de sua pré-compreensão, tornando-a, tanto quanto possível, transparente. A partir de um esforço crítico de autocompreensão, caber-lhe-á meditar acerca da legitimidade ou do equívoco de tais impressões pessoais diante da análise do texto, em vista de um diálogo com os acontecimentos atuais e das circunstâncias do caso, preservando-as ou conferindo-lhes novos sentidos (círculo hermenêutico) (GRONDIN, 1999).

Disso resulta que o conjunto de valores e conhecimentos dados a priori na estrutura do ser (*Dasein*) pode dilatar-se e sofrer mutações com o decurso

do tempo. O acúmulo de mais experiências proporciona uma ampliação do horizonte de consciência do sujeito, que levará à captação de novas condicionantes e modos de compreender o mundo.

De fato, o conhecimento nunca é absoluto e/ou inflexível; ao contrário, altera-se e expande-se ao longo do tempo. Por consequência, não se sustentam pré-juízos ou paradigmas imutáveis, haja vista que o mundo, feito pela linguagem, acontece a cada dia, sem existir a mínima possibilidade de repetições.

Nesse particular, a linguagem assume posição sobranceira, ante o seu poder comunicativo e sua flexibilidade, como o meio vivo e essencial à expressão da realidade social<sup>3</sup>.

Ruem os pilares da metafísica e da filosofia da consciência que, durante séculos, calcava-se na teoria objetivista de que o conhecimento seria meramente a reprodução intelectual dos objetos de um mundo existente por si só, independente de qualquer formação linguística prévia. Nesse viés, a linguagem não era condição de possibilidade do conhecimento, mas apenas considerada como um instrumento designativo, de representação, simples reflexo ou cópia da realidade, tal qual ela se apresentava para o sujeito cognoscente (CARVALHO, 2013).

Nessa linha de raciocínio, a linguagem não é uma terceira coisa interposta entre sujeito e objeto, mas condição de possibilidade para que aquele tenha acesso ao mundo e ferramenta determinante da compreensão. Não existe assim um mundo em si ou uma essência nas coisas para ser desvelada pelo homem, mas apenas o mundo e as coisas na linguagem. A constituição de sentido dá-se, por via de consequência, em um universo linguístico, por mediação do sujeito (PALMER, 2011).

---

<sup>3</sup> Há de se registrar como expoente dessa guinada promovida pela filosofia da linguagem Ludwig Wittgenstein (1899-1951), notadamente através de sua obra *Tratado lógico-filosófico - investigações filosóficas* (1921), que bem delimita a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem (GRONDIN, 1999).



Após o inestimável aporte teórico de Heidegger, Gadamer consagra a fase da Hermenêutica Filosófica, notadamente por meio de sua obra de maior impacto, *Verdade e Método* (1960).

De se notar que Gadamer (1997) não teve como escopo definir uma disciplina metodológica de problemas práticos e recursos formais de interpretação; antes, pretendeu iluminar, como ponto preliminar e imprescindível, o próprio fenômeno da compreensão como experiência do homem no mundo. Dessarte, dentro dessa concepção, o processo interpretativo não deriva da extração de um sentido verdadeiro e absoluto do texto, mas sim da análise meticulosa das condições essenciais de que emana o ato de compreender.

Para tanto, avançando nas circunspecções já traçadas por Heidegger, Gadamer (1997) empreendeu um estudo acerca da historicidade da compreensão, erigindo-a à categoria de princípio hermenêutico, a partir das seguintes estruturas fundamentais: o círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos; a distância temporal e a história efetual.

Gadamer (1997) apresenta como ponto de partida da consciência histórica o exame da estrutura prévia de sentido da compreensão e sua interligação com a finitude e a historicidade da existência humana. Ao compartilhar da teoria de Heidegger, Gadamer (1997) revela que o indivíduo não contempla um texto com uma consciência vazia, preenchida provisoriamente com a situação em causa, mas antes a sua compreensão é inevitavelmente orientada por um conjunto de preconceitos e impressões acumulados ao longo de sua vivência.

Na linha de entendimento gadameriana, os juízos prévios não figuram como algo que se deva aceitar ou recusar, porquanto representam a herança histórica do ser e o alicerce da capacidade que tem para compreender. Donde se conclui que, *prima facie*, não há como infligir a tais antecipações o sentido pejorativo, de hostil à razão e à verdade, tal como era atribuído no Iluminismo.

Assim é que Gadamer (1997) busca reabilitar os preconceitos, assentindo que, por vezes, podem ser legítimos, indicando as suas duas possíveis fontes: a autoridade e a tradição. De maneira diferente ao Iluminismo, em que era protagonizada como submissão, obediência cega ao comando e violência, a essência da autoridade repousa no reconhecimento da superioridade de outrem, diante de sua visão mais ampla ou consagrada e de seu maior conhecimento. Por outro lado, a tradição representa o fluxo de ideias, praxes, costumes e de valores transmitidos pelo passado e que foi agregado à consciência histórica do homem (GADAMER, 1997, p. 419-421).

Fixada como premissa basilar que a compreensão não ocorre sem pressupostos e antecipações de sentido, em meio à tradição em que se encontra situado o ser, cabe indagar sob um olhar crítico acerca de sua produtividade hermenêutica, filtrando os que dão fruto daqueles outros que aprisionam e impedem o pensamento clarividente (GADAMER, 1997). É imperioso que o intérprete tome consciência dos próprios preconceitos e os submeta a uma atuação revisora, a fim de validá-los ou substituí-los por outros mais adequados diante da conjuntura atual e do caso em apreciação. Eis que exsurge a noção de círculo hermenêutico.

Sob essa ótica, há um processo de circularidade na abordagem do objeto, da obra, traduzido pelo intercâmbio entre o movimento da tradição e o do intérprete. A partir de uma primeira leitura do texto, extrai-se um projeto interpretativo preliminar, baseado nos conhecimentos prévios e nas expectativas próprias do leitor em relação ao seu conteúdo.

No entanto, é indispensável avançar, para que, em um segundo momento, o sujeito ratifique a interpretação inicialmente captada, submetendo-a ao crivo do texto e do contexto. Deveras, as soluções antevistas pelo intérprete a partir de suas antecipações de sentido reclamam por uma confirmação crítica e uma constante revisão, no intuito de se afastar eventuais mal-entendidos ou arbitrariedades. Para tanto, Gadamer (1997, p. 405) argumenta que se deve abrir espaço para a alteridade do próprio texto, deixando que ele diga alguma coisa:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento [sic], mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar a sua verdade com as próprias opiniões prévias.

Por conseqüência, a cada volta sobre suas concepções prévias, legitimando-as, no que alude à sua origem e validade, ou ajustando-as na medida em que o caso requeira, o sujeito atua sobre o texto, moldando-o em um movimento espiralforme à procura de uma autenticidade de sentido.

Trata-se o círculo hermenêutico de uma conexão dialética entre a consciência histórica e as pressuposições do sujeito e a abertura concedida pelo próprio mundo do objeto. Todavia, não se trata de movimento circular vicioso e estéril, visto que, ao participar da reconstrução do texto, o intérprete não sai da mesma maneira que adentrou o enlace (com os mesmos preconceitos iniciais). O fenômeno da compreensão, consubstanciado nessa marcha de ir e vir, torna-se mais rico e fecundo, progressivamente, com a absorção de novas abordagens a interpretações anteriores, em um processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e acréscimo de significados<sup>4</sup> (MENDES et. al., 2008).

---

<sup>4</sup> Nessa proposta, Fernandes (2012) consigna que muito mais correto seria o emprego da expressão “espiral hermenêutica”.

Aqui cumpre referenciar que esse processo dialógico de compreensão dá-se mediante o que Gadamer (1997) denominou de “fusão de horizontes”, de tal arte que sujeito e objeto passam a dividir um horizonte comum, a partir do compartilhamento da linguagem. Em termos operacionais, os conceitos e a tradição histórica do intérprete são iluminados e passam a ser questionados exatamente quando de seu confronto com o painel significativo do texto, levando-o a um momento de revelação ontológica.

Há de se notar que não há um vínculo de subserviência do texto ao seu intérprete, mas sim um diálogo seguido de perguntas e respostas, no qual este participa atentando-se para o que aquele tem a oferecer. “A tarefa da hermenêutica é tirar o texto da alienação em que se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta.” (PALMER, 2011, p. 202). Nesse diapasão, a verdadeira interpretação residirá em compreender a interrogação em relação à qual subjaz a resposta significativa do texto, reconstruindo-o para a situação presente e concreta do indivíduo.

É curial assinalar que dentro da arquitetura gadameriana, é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, de sorte que se refuta a concepção clássica da divisão do problema hermenêutico em três fases apartadas: *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação) (GADAMER, 1997). Com efeito, a interpretação e aplicação não são consideradas como atos posteriores e oportunamente complementares à compreensão, mas sim resultam de um processo unitário. É o que deixa claro Gadamer (1997, p. 460): “[...] na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete [...]”.

No cenário ora revelado, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo ou reconstitutivo (*auslegung*) e torna-se um processo produtivo (*sinngebung*). De fato, se inexistente compreensão sem pressupostos, é inconcebível a noção de interpretação autossuficiente e correta por si só, porquanto sempre está ligada ao presente e este nunca é permanente ou

rígido. Daí se depreende que não há um significado imutável, uma vez que não existe ponto de vista superior à historicidade e à finitude próprias do ser.

Enfim, tudo aponta para o problema hermenêutico central, a saber, como alcançar uma interpretação legítima, como se pode divisar entre as verdadeiras antecipações de juízo, daquelas pressuposições falsas que conduzem a arbitrariedades e equívocos. Embora não haja critério realmente seguro para discerni-los, Gadamer (1997) sobreleva para a fecundidade dos intervalos de tempo e do olhar retrospectivo histórico.

Para Gadamer (1997), o conhecimento objetivo somente pode ser aspirado através de um distanciamento histórico, malgrado a ressalva que este nunca se exaure, já que inserido dentro de um processo compreensivo circular e infinito que visa a corrigir erros e distorções de sentido.

É através da distância temporal que o intérprete pode adquirir uma visão panorâmica do passado, no sentido de eliminar juízos subjetivos antes insuspeitos e confirmar presentemente os pré-conceitos que sobreviveram à passagem do tempo, levando a uma compreensão comprovadamente verdadeira (GADAMER, 1997).

Todo texto confeccionado em um momento pretérito reclama por uma leitura atualizada e renovadora. Nesse passo, depois de empreendida tal interpretação, em uma projeção futura, esta deixará de configurar um produto do presente e passará a ser incorporada à tradição, como uma das diversas versões interpretativas que já tenham sido historicamente realizadas sobre o texto. E é exatamente ante a ausência de um conhecimento objetivo esgotável, que avulta em importância o princípio da história efetual ou efeitual, considerada em seus efeitos ou efetividade sobre a compreensão.

É a história que condiciona as valorações, conhecimentos e juízos críticos do homem, conformando o horizonte do intérprete, a sua amplitude de visão. Dessa feita, quem tem horizonte limitado possui uma sabedoria atrofiada e supervaloriza apenas aquilo que está mais próximo à sua condição no mundo.

Por outro lado, para Gadamer (1997, p. 452), “[...] aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno.”

Contudo, a própria mobilidade histórica e a temporalidade da existência humana faz com que não haja uma vinculação absoluta a uma dada posição ou a um horizonte fechado. Ao reverso, o horizonte é algo em constante desenvolvimento, a ser ampliado pelo homem durante o trilhar de seu caminho (GADAMER, 1997).

Por isso é que se afigura imprescindível a superação dos preconceitos que o intérprete traz consigo, já que não se apresentam como algo fixo e definitivo, devendo-se ter em mente que a compreensão encontra-se em constante evolução, dentro do processo de fusão de horizontes.

### 3. A repercussão da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica

A partir do paradigma da hermenêutica filosófica, deve-se abdicar, de uma vez por todas, do discurso ainda vigente entre boa parte dos juristas pautado na crença de que a aplicação da disposição normativa é autômata e redutível a um silogismo. Sob essa perspectiva, tem-se que atividade interpretativa não se circunscreve a uma averiguação de um significado único e objetivo do direito posto, tampouco à investigação do propósito subjetivo de seu autor (legislador). “A compreensão não é jamais unidirecional, pois o homem não é um ser fora do mundo, de modo que possa conhecê-lo de modo técnico ou neutro [...]” (CRUZ, 2011, p. 184).

Há ainda de se ter em conta que, mesmo o mais imparcial dos aplicadores do direito<sup>5</sup> sofre o influxo silencioso dos pré-juízos advindos da tradição e da

---

<sup>5</sup> Aqui abarcados tanto o magistrado quanto o administrador.



autoridade sobre seu entendimento. De qualquer forma, isso não significa que não deva combatê-los permanentemente, tomando consciência dos mesmos e validando-os ou não diante da sua sintonia com o contexto em que se encontra inserido e frente às peculiaridades do caso concreto.

Sob outro ângulo, firma-se entre o intérprete e o texto jurídico uma relação circular e progressiva, em meio à tradição, aos seus preconceitos e ao momento histórico vivenciado, na busca incessante por novos modelos normativos que se enriquecem e expandem paulatinamente, como se colhe novamente da assertiva de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 57) “[...] os casos assim decididos passam a valer como precedentes e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa [...]”.

Dentro desse processo dialético característico do círculo hermenêutico, a compreensão é tida como atividade infinita, podendo as diferentes interpretações de um mesmo preceito legal oscilarem conforme a época, a realidade social e a mutação dos valores, sem que aquelas mais antigas possam ser tachadas de equivocadas.

Noutras palavras, infere-se que o resultado de um esforço hermenêutico sempre revelará uma verdade contestável e nunca absoluta, já que continuamente haverá a possibilidade de se alterar a interpretação e a compreensão feita de um texto, mormente no terreno axiológico da consciência jurídica. Portanto, a atividade interpretativa ostenta uma natureza construtiva e não meramente reprodutiva de sentido, ou estandardizada. Daí que a verdade não representa uma questão de método, mas sim de manifestação do ser e de seu desvelamento perante o intérprete (STRECK, 2002).

De resto, a feição produtiva da interpretação dos enunciados jurídicos, não é apenas algo constatável, mas absolutamente indispensável em face do ajustamento do direito posto às peculiaridades da situação em causa. Ora bem, a realização material do direito pressupõe a criação de solução normativa concreta às particularidades do caso. Daí a distinção encarecida por alguns

doutrinadores entre texto (direito posto) e norma (produto da compreensão do texto). Deveras, ainda que possuísse o dom profético, o legislador jamais poderia catalogar dentro do tipo legal todas as hipóteses fáticas e a complexa realidade social, donde sobressai a necessidade de conferir uma liberdade de ação ao aplicador do direito, dentro dos limites traçados pela Constituição e pela lei, à qual se encontra jungido o tema discricionariedade.

### 3. Discricionariedade administrativa

Desde os primórdios de seu estudo, nunca houve um consenso doutrinário acerca da discricionariedade administrativa, sendo ainda hoje alvo de diversos ensaios jurídicos. Na cadência do que restou assentado anteriormente, é compreensível que a referida temática não seja enfrentada com noções rígidas e imutáveis, visto que, enquanto obra do espírito ou objeto cultural, está sujeita à historicidade e à finitude da compreensão humana, cambiando o seu perfil e substância próprios, conforme o espaço onde se situa e o tempo em que vivencia o cientista do Direito.

Assim, não surpreende a constatação de que os diferentes ângulos sob os quais foi focalizado o instituto tenham sofrido alterações à medida que houve a evolução na concepção de Estado vigente. A depender do arquétipo de Estado adotado, por via de consequência, modificava-se o regime jurídico da Administração, o que reclamava uma reconfiguração do novo papel assumido pelo Poder Público.

No denominado “Estado de Polícia”, que vigorou na Europa dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade era vislumbrada como uma liberdade total e ilimitada da Administração para atuar, sem qualquer parâmetro ou ingerência do Legislativo e do Judiciário, expressão última da soberania do monarca, bem caracterizada pelas imortalizadas máximas *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) ou *l’etat c’est moi* (o Estado sou eu) (DI PIETRO, 2012). Não obstante, a experiência então amargada demonstrou que se afigurava

indispensável a fixação de balizas ao exercício de tal poder, impedindo-se abusos e arbitrariedades.

Naquele contexto de opressão pelo absolutismo real, ante a inspiração do ideário iluminista, sob as bases teóricas de Montesquieu (1694-1778), Voltaire (1694-1778), Rousseau (1712-1778), entre outros, eclodiu a Revolução Francesa, derrubando o regime monárquico e substituindo-o por um Estado de Direito, que se lastreava em rígida separação de poderes, na proteção dos direitos individuais, ainda sob ótica negativa e liberal, contra as coações por parte dos agentes públicos.

Deveras, com um espectro evidentemente abstencionista, objetivava-se a partir da filosofia iluminista o distanciamento do Poder Público em relação a questões sociais, ligadas à realização do bem-estar coletivo dos cidadãos, de molde a salvaguardar os direitos fundamentais de primeira geração consubstanciados na igualdade, liberdade e propriedade.

O Estado de Direito elevado na França fundamentou-se essencialmente na legalidade, de maneira que a lei ali foi tida como uma verdade absoluta e incontestável, independentemente de seu conteúdo, porque traduzia estabilidade e segurança jurídica. A vontade dos reis viu-se substituída pela vontade geral do povo, assumindo o parlamento posição de hegemonia sobre os demais poderes.

Estabeleceu-se um paralelo entre a Administração propriamente dita, que desempenhava a atividade vinculada à lei, e o Governo, como palco de decisões políticas, blindadas da apreciação judicial.

No entanto, frente à promessa de resgate da justiça e da igualdade material e da insatisfatória postura não intervencionista, afigurava-se imprescindível uma conduta ativa da Administração na consecução das políticas públicas e dos direitos fundamentais a uma existência digna dos cidadãos, sob uma dimensão material. Surge então o Estado Social, através do qual avança em conteúdo e importância o dogma da legalidade.

A partir do século XX, frente a um novo modelo jurídico constitucional inaugurado, advém o Estado Democrático de Direito, inspirado na ideia de cidadania, pluralismo e participação popular na gestão da coisa pública. Nessa perspectiva, o princípio da legalidade ganha novos matizes: a Administração não mais poderia fazer tudo aquilo que não lhe era proibido – relação de não contradição –, mas sim e tão somente o que lhe é permitido – relação de subsunção (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

É imperioso realçar que os supostos poderes da Administração Pública nada mais revelam senão a contraface de correlatos deveres, de modo que se apresentam apenas como instrumentos e/ou prerrogativas que detém o Estado para a consecução do interesse público. Por isso é que é assertiva a lição de Bandeira de Mello (2012) no sentido de que, em verdade, não há se falar em “poder” discricionário, mas antes no exercício de um “dever” discricionário, demarcado por uma função em que se encontra investido o agente público, para a satisfação do interesse público. Donde sobressai também a conclusão de que não se revela apropriado falar em atos administrativos discricionários ou vinculados, mas sim em atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária ou vinculada.

Hodiernamente, um núcleo de ação impenetrável ao controle judicial e que extravase os limites impostos pela lei equipara-se à arbitrariedade, ao passo que a discricionariedade passa ser compreendida como uma liberdade de atuação exercitada dentro das fronteiras legais.

De qualquer sorte, ainda viceja na dinâmica do mundo moderno o grande desafio em conciliar a obediência ao primado da legalidade com algum espaço de liberdade decisória da Administração, no intuito de habilitá-la a responder com mais eficiência na ordenação dos serviços públicos e no atendimento às múltiplas, complexas e imprevisíveis demandas sociais.

Dáí é que, na atualidade, como lembra Di Pietro (2012), houve, por consequência, o incremento de fórmulas legais genéricas e imprecisas, que relegam ao executor o papel de determinar-lhes o sentido preciso

diante do caso vertente. Nessa órbita é que se insere a discricionariedade administrativa.

Certo é que, diante do sincretismo de valores plasmados na Constituição, da imensa gama de exigências sociais, metas, resultados e fins a serem buscados, no seio do Estado Democrático de Direito, os parlamentares têm se valido cada vez mais de textos legais com pouca densidade regulatória, seja ao empregarem conceitos abertos e vagos, quer ao concederem maiores espaços de escolha ao administrador dos meios válidos perante o direito para a solução do caso concreto.

Sob o prisma material, por conseguinte, a discricionariedade é uma realidade irrefutável, porquanto é absolutamente impraticável ao legislador reter o dom da previdência e descer a minúcias em normas gerais e abstratas as infinitas, crescentes e heterogêneas ocorrências e necessidades coletivas que surgem a todo momento, sobreposse nas áreas de saúde pública, proteção ambiental, controle urbanístico e fomento econômico (DI PIETRO, 2012, p. 63).

Noutro giro, a justificativa jurídica reside no imperativo de que a instância administrativa não seja suprimida por uma hipertrofia do Legislativo, passando aquela apenas a representar um singelo órgão executor de ordens legais, detalhadas e concretas emanadas deste último, sob pena de malferimento ao princípio da separação das funções estatais. Não se deve olvidar também que é a Administração executora que detém as melhores condições de alcançar a decisão estatal mais correta possível, dentro de sua organização própria de competências cometidas a órgãos específicos, composição funcional, modelo procedimental, experiência e contato direto com o mundo sensível.

Dessa ilação resulta que a finalidade legal somente se revela saciada, acaso seja adotada pelo agente público a solução ótima. De seu turno, a excelência da providência administrativa a ser alcançada somente pode ser sondada frente às peculiaridades de cada caso submetido à análise do administrador.

É possível, com isso, prenunciar que a discricionariedade no nível da norma (estática) é consideravelmente superior à discricionariedade no

plano do caso singular (dinâmica). Por vezes, pode acontecer de a discricção conferida na abstração jurídica ser reduzida a zero no plano fenomênico, visto que, do cotejo da finalidade legal com as particularidades da circunstância fática, à Administração pode ser que sobeje apenas a adoção de uma única solução válida. Dessarte, “A discricionariedade na regra de direito contém *in potentia* a discricionariedade *in actu*, mas nada mais que isto [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 37, grifo do autor).

Na esteira da distinção doutrinária clássica, há competência vinculada quando a norma aplicada disciplina uma dada situação, delimitando objetiva e antecipadamente todos os pressupostos e o conteúdo para a prática do ato, não restando à Administração margem de liberdade alguma. Frente à regulamentação completa, resulta ao administrador perante a situação singular a adoção de um único comportamento juridicamente possível, sendo certo que os elementos presentes no texto legal não devem oferecer qualquer dúvida.

Ao reverso, cogita-se de competência discricionária na hipótese de o enunciado legal apresentar certo campo de indeterminação, a relegar ao agente público algum espaço de liberdade de atuação. Viceja na norma a ser cumprida a possibilidade de adoção de duas ou mais decisões legítimas, dentro de uma esfera de apreciação subjetiva do administrador, devendo proceder perante o caso vertente segundo sua intelecção ou à luz de critérios de conveniência e oportunidade.

É imperioso registrar que a margem de liberdade creditada na lei pode remanescer em menor amplitude ou mesmo não se fazer presente frente às nuances e peculiaridades da situação empírica. De efeito, haverá hipóteses em que, segundo a inteligência razoável extraída de um homem médio, do consenso social<sup>6</sup>, e em face dos contornos do caso prático, o atendimento da finalidade legal restringirá o leque de opções do agente público ou mesmo exigirá a expedição de um único e específico ato administrativo como solução ótima buscada para satisfação do interesse público.

---

<sup>6</sup> Para utilizar a expressão adotada por Martins (2008, p. 183).



Com efeito, não se deve olvidar da teoria da “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*), a qual consiste precisamente na eliminação da possibilidade de escolha entre diversas alternativas, apresentando-se juridicamente viável apenas uma única medida administrativa apta a cumprir a finalidade legal, ante as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto.

Essa atrofia do “poder” discricionário assume maior relevo quando se está em jogo o resguardo dos direitos fundamentais, bem como a obediência ao princípio da igualdade e do dever de coerência. Nesse último aspecto, tem-se que há sempre uma autovinculação da Administração ao seu comportamento anterior, de molde que, frente a circunstâncias fáticas idênticas ou bastante semelhantes, seja dispensado um tratamento administrativo isonômico.

Assim é que o mérito do ato administrativo reside exatamente em um espaço de liberdade “suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis”, em vista da finalidade albergada no texto legal e “[...] dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 38).

Em remate, a conduta administrativa deve enfeixar-se não apenas dentro das possibilidades conferidas na esfera da abstração legal (dever ser), mas também, no plano concreto (ser), havendo de corresponder às circunstâncias do caso analisado e ser obsequiosa com a finalidade almejada pelo direito positivo.

## 5. Conceitos Jurídicos Indeterminados

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é alvo de grande repercussão doutrinária e recebe um tratamento bastante difuso entre os

estudiosos do direito, revelando-se como principal ponto de divergência a sua proximidade com o tema da discricionariedade administrativa e a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Cabe aqui registrar que não há um acordo semântico entre os juristas a propósito da terminologia “conceitos jurídicos indeterminados”<sup>7</sup>. Perceba-se que, para Grau (2011), não há indeterminação dos conceitos, mas sim dos termos que os expressam. Em posição diametralmente oposta, Bandeira de Mello (2012, p. 20-21) argumenta que a imprecisão, a fluidez reside “no próprio conceito e não na palavra que os rotula”, esclarecendo que “[...] as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos [...]”.

O estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, segundo a construção histórica remontada por António Francisco de Souza, em *Conceitos indeterminados no direito administrativo* (1994), tem como berço a Áustria, no século XIX, a qual foi palco das primeiras discussões em torno do tema, acerca da sua identificação com a discricionariedade administrativa e eventual sujeição ao controle dos Tribunais Administrativos (PIRES, 2009).

Como precursores do debate, Edmund Bernatzik (1854-1919) e Tezner apresentam as linhas dianteiras de abordagem da matéria. O primeiro autor, em *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche studien* (1886), posicionou-se no sentido de que os conceitos vagos, como o de interesse público, implicam um complexo processo interpretativo em cadeia, que abre ensejo à discricionariedade, devendo ser definidos por órgãos administrativos especializados, livres do controle jurisdicional. É o marco inicial do qual procede a teoria da duplicidade ou multivalência.

---

<sup>7</sup> A despeito da divergência acima esboçada, parece prudente, mercê de seu alcance e notoriedade e da maior referência pela doutrina, empregar-se a terminologia “conceitos jurídicos indeterminados”, notadamente porque não haverá prejuízo ao plano do presente trabalho.



Tezner, contrariamente, manifestava-se no sentido de que existiria apenas uma diferença de grau de insegurança da palavra e não de qualidade entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados (PIRES, 2009). Pugnava por um controle objetivo de todos os conceitos normativos, mediante um processo de interpretação estritamente jurídica, ainda que remissivos a dados da experiência ou elementos fornecidos por outras ciências. No bojo de suas ideias, quando as decisões administrativas versassem sobre direitos individuais, os conceitos indeterminados, censurados pelo estudioso como “inimigos” do Estado de Direito, seriam passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2012).

Nesse ângulo, erige-se então a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, reputados não como expressão de discricionariedade, mas como algo plenamente sindicável pelo órgão jurisdicional. Trata-se da teoria da unicidade, segundo a qual os conceitos vagos devem ser subordinados a uma atividade interpretativa, que conduzirá a uma única resposta correta.

Em direção similar trilha o pensamento de Büller, que abstrai as consequências jurídicas decorrentes das normas protetoras de direitos individuais, daquelas que ecoam das normas protetoras de interesse público. Dessa feita, entende que as leis que gravitam em torno de direitos subjetivos, dirigidas aos particulares, têm caráter vinculante perante a Administração Pública, não lhe deixando margem para aferição da conveniência e oportunidade. Nesse terreno, o significado dos conceitos fluidos é extraído através de interpretação, à luz das opiniões dominantes no seio da sociedade (DI PIETRO, 2012).

Fato é que, no direito germânico, em princípio, foram potencializadas as técnicas tendentes à redução da discricionariedade administrativa, inclusive no âmbito da revisibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente no segundo pós-guerra em virtude dos dissabores sofridos pela Alemanha com o regime nazista e o sentimento de desconfiança e pesar depositado sobre os órgãos da Administração Pública (KRELL, 2013).

Como naquela época floresciam leis concebidas ao amparo de direitos fundamentais, na linha de pensamento de Tezner e Büller, foi-se restringindo paulatinamente o campo de discricionariedade e dilargando-se a esfera de vinculação administrativa, em reforço ao princípio da reserva legal<sup>8</sup>.

Sob o influxo da doutrina alemã de Tezner e Büller, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados veio a ser introduzida na Espanha por Eduardo Garcia de Enterría, em *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (1962). O jurista veio também a explanar o seu posicionamento quanto ao tema em obra elaborada em parceria com Ramón Fernández (DI PIETRO, 2012).

Segundo o pensamento dos mestres suprarreferenciados, não há identificação entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. Para eles, embora esteja presente uma maior plasticidade, flexibilidade nas aludidas noções legais, sejam de experiência ou de valor, estas comportam a devida precisão por ocasião de sua aplicação a uma dada realidade fática (PIRES, 2009).

Sobremais, dentro dessa concepção, os conceitos jurídicos indeterminados representam técnica que permitiria a eliminação de qualquer espaço de imunidade do Poder Executivo, mediante a obtenção de unidade de solução justa, através de processo intelectual de compreensão vinculado, em que não há elemento volitivo de seu aplicador. Entendem que, diante de um caso concreto, por juízos disjuntivos, ou se dá ou não se dá a aplicação do conceito impreciso, v.g., ou há ou não há boa-fé (*tertium non datur*), posto que seria impossível algo ser, a um só tempo, duas coisas opostas (PIRES,

---

<sup>8</sup> Todavia, convém colacionar que, a partir da década de 1980, a jurisprudência e também a doutrina alemã tentou abrandar o rigor e ampliar a discricionariedade, na medida em que, ao reconhecer a falibilidade de fórmulas legais abstratas na regulamentação das vicissitudes da vida, relegou à Administração uma maior flexibilidade decisória, na hipótese de avaliações e meditações mais complexas e dinâmicas para acomodação de conceitos de valor e prognose, alcunhada de “margem de (livre) apreciação”, evitando-se a substituição de decisões do Executivo pelo Judiciário (KRELL, 2013).

2009). Consequência disso é que haveria plena possibilidade de revisão da aplicação dos sobreditos conceitos por parte do Poder Judiciário.

Todavia, evidenciam os mesmos autores que nem sempre é uma tarefa fácil a extração de uma única resposta correta, aceitando que os conceitos jurídicos indeterminados podem ostentar três zonas distintas: a zona de certeza positiva, em que estão presentes; a zona de certeza negativa, na qual é segura a sua exclusão; e a zona intermediária de incerteza (halo conceitual), mais ou menos imprecisa. Nessa zona medianeira de penumbra, há uma atividade interpretativa em que é confiado à Administração o benefício da dúvida, desde que respeitado o núcleo do conceito (KRELL, 2013).

Na doutrina nacional, de outro quadrante, parece prevalecer a proposição quanto à existência de algum vínculo entretido entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Nesse norte acenam as posições exteriorizadas por Germana de Oliveira Moraes, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Regina Helena Costa, Almiro do Couto e Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Ricardo Marcondes Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Na preleção de Di Pietro (2012), nos conceitos de experiência ou empíricos, a discricionariedade é obliterada, haja vista a existência de critérios objetivos, práticos, colhidos da experiência comum, que comportam o alcance de uma única solução possível ante a realidade fática (v.g., caso fortuito ou força maior). Nos conceitos de valor, a atividade interpretativa pode não resultar em uma definição com acuidade de sentido, sobejando uma fração nebulosa, que habilitará o Poder Público a decidir conforme seu juízo discricionário.

Martins (2008) pauta-se pela existência, por vezes, de uma incompletude normativa, e, por corolário, de uma remissão à apreciação administrativa. Ensina que há hipóteses legais de remissão expressa e de remissão tácita à análise administrativa. Naquelas, o legislador confere manifestamente ao agente público resolver sobre o momento, o meio ou a forma de sua atuação.

No âmbito da remissão tácita parlamentar, recorre a signos vagos e deixa a decisão ao encargo da Administração. Acrescenta ainda o professor que a competência para revelação do significado do conceito na zona onde paira dúvida compete ao órgão executor e não ao magistrado.

Bandeira de Mello (2012) envida seus esforços ao sustentar que, mesmo defronte o caso singular, no plano dinâmico, alguns enunciados legais que veiculam signos fluidos não ganham densidade suficiente para dissipar todas as ambiguidades e suspeitas sobre a sua aplicabilidade ou não, sendo defensável mais de uma inteligência razoável. Vale o registro de suas percucientes observações bastante ilustrativas:

Noções como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública” – como quaisquer outras *suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis* – ensinarão, em certos casos, *objetiva certeza de que in concreto*, foram bem ou mal reconhecidos. Isto *em alguns casos, não porém em todos*. É dizer: em dadas situações, nas paradigmáticas ou típicas, poder-se-á dizer, em nome de uma verdade objetivamente convincente, que alguém indubitavelmente é pobre ou que é velho ou então que não o é (e assim por diante no exemplário referido), porém, em outras tantas, mesmo recorrendo-se a todos os meios mais além aduzidos para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, ter-se-á de reconhecer que não se poderia rechaçar como necessariamente falsa nenhuma dentre duas opiniões conflitantes sobre o mesmo tópico. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 22-23, grifo do autor).

Daí decorre a ilação, segundo o precitado mestre, de que um entendimento razoável extraído pelo administrador do conceito normativo vago, dentro dos limites de sua moldura significativa, é obediente aos ditames legais, não sendo facultada ao julgador a sua correção, eis que lhe incumbe apenas “[...] reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 24, grifo do autor). Nessa toada, é reservada ao órgão judicante somente a competência de

aferir se o Executivo atuou dentro das fronteiras do conteúdo determinável, ou seja, da densidade mínima de significação que as noções imprecisas comportam.

Assevera o autor, por conseguinte, que o tema da discrecionariedade não gravita apenas em torno do mérito administrativo, sob o crivo dos critérios da conveniência e oportunidade, encontrando-se também atrelado aos conceitos jurídicos indeterminados, ponderando que, por vezes, a qualificação de um ato como conveniente e oportuno tem como exame prejudicial o juízo sobre a aplicabilidade ou não de conceito impreciso mencionado na hipótese (pressupostos) ou na finalidade da norma.

Bandeira de Mello (2012) ressalta ainda que a imprecisão desses conceitos nunca será absoluta, havendo sempre uma zona de certeza positiva e outra negativa, que lhe delimitam um campo significativo possível, estimado a partir da concepção corrente em dado meio social e de seu enfoque contextual no sistema normativo. Nesses moldes, as dúvidas só teriam cabimento no intervalo entre ambas, na chamada região cinzenta (halo conceitual).

Por fim, obtempera que a mera constatação de que os signos vagos são captados por operação mental interpretativa não leva à conclusão de que essa seria uma matéria estranha à potestade discrecionária. Malgrado assinta que o ato volitivo – inerente à discricção administrativa – e o ato intelectual – próprio dos conceitos jurídicos indeterminados – sejam realidades logicamente distintas, reflete que os mesmos não apresentam ressonâncias distintas para o Direito. Deveras, ambos repercutem nos mesmos efeitos jurídicos, consistentes em uma abertura de liberdade à Administração e uma limitação da intervenção judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

Destoam desse pensamento Grau (2011) e Pires (2009), para os quais a discrecionariedade é assunto estranho aos conceitos jurídicos indeterminados.

Grau (2011) pronuncia-se no sentido de que a discricção é uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos,

configurando um juízo de oportunidade, ao tempo em que o emprego de conceitos imprecisos é hipótese de aplicação da lei, repousando em um juízo de legalidade. De qualquer forma, ainda que partidário de um discurso mais restritivo, o jurista em apreço opõe-se à tese da existência de unidade de solução exata, justa.

Pires (2009) constrói a sua linha de raciocínio, a partir da demarcação da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados como categorias diversas, propugnando que estes últimos nada mais são do que uma questão de atividade interpretativa. Para o autor, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve comportar apenas uma única solução justa, a qual se encontra sujeita a irrestrito controle pelo Judiciário. Atenta que a proposição de um sentido unívoco justo não se trata, necessariamente, daquela que decorre de um juízo de verdade – a seu ver, impraticável no âmbito das ciências culturais –, mas da mais adequada, persuasiva ou opinável, por justificativas e argumentos expostos, segundo a proposta interpretativa da lógica do razoável ou do preferível de Luis Recaséns Siches.

Desse marco, parte para a afirmação de que não é a constatação do elemento volitivo que distingue discricção administrativa da interpretação dos conceitos indeterminados, porquanto a presença do ser é comum em ambas as atividades.

Na esfera da competência discricionária, o autor sustenta que há uma pluralidade de decisões legítimas, sendo que a escolha é um indiferente jurídico, podendo dar-se entre duas ou mais soluções, que não se pauta por um juízo de convencimento ou persuasão. Afirma ainda que ela é exarada para aquele único momento e pode não se repetir em situação similar pouco adiante, salvo eventual ofensa a princípios jurídicos como o da isonomia. Noutro vértice, o dimensionamento de conceitos vagos pode levar à disparidade de intelecções ou convicções, mas a decisão administrativa sempre será suscetível de revisão judicial, desde que o magistrado seja convencido por entendimento diverso.



Frente à exposição até então desenvolvida, conclui-se que, no atual estágio de Estado Democrático de Direito, já não mais se compadece da ideia de atuação administrativa como um reduto livre de qualquer controle jurídico, sob pena de ser equiparada à arbitrariedade.

Daí é que se erige a doutrina que pretende erradicar qualquer espaço de imunidade do Poder Executivo porventura ainda remanescente, sendo uma das bandeiras desfraldadas exatamente a concepção de que não haveria identidade entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, ao argumento de que a configuração destes últimos apenas demandaria atividade de interpretação.

Já se demonstrou que a discricção administrativa envolve uma fração de liberdade relegada ao administrador, por expressa deliberação legislativa ou mesmo, implicitamente, diante da falta de um regramento exaustivo ou de um campo de imprecisão constante do enunciado prescritivo. A discricionariedade, portanto, é consectário necessário da abertura do sistema jurídico, representando a possibilidade de moldá-lo em concreto segundo as contingências sociais que venham a se apresentar, insuscetíveis de captação pela generalidade e abstração das regras jurídicas.

Todavia, há de se ponderar que a esfera de liberdade da Administração Pública não se encerra somente dentro da compreensão estrita e típica de discricionariedade administrativa, mas se faz presente igualmente no próprio processo interpretativo. E assim ocorre porque a interpretação, afora o aspecto cognoscitivo, também ostenta o caráter volitivo, que envolve a participação do gênio do intérprete.

Assentado isso, tem-se que qualquer postura ou teoria predisposta a suprimir a esfera de liberdade do agente público na interpretação, ainda que nobre em seus propósitos, priva o direito de sua própria essência e conservação, não sendo diferente da dogmática jurídica clássica que apregoa a sua aplicação silogística e autômata, sem qualquer elemento de criatividade.

## 6. A necessidade de releitura da discricionariedade administrativa a partir dos aportes da hermenêutica filosófica

Como já explicitado, é certo que o elemento axiológico não pode ser decotado da experiência jurídica. Nas preleções de Reale (1994, p. 171), as normas jurídicas, como bens culturais que são, “[...] transcendem evidentemente o plano lógico-formal, referindo-se à existência humana e à salvaguarda de seus valores [...]”. Ainda nas palavras desse jurista e filósofo, inevitavelmente “[...] interpretar o Direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se desenrolassem as consequências das leis mercê de simples dedução [...]” (p. 201). O intérprete, pois, não deve se postar em uma posição de passividade diante do texto, mas antes desempenhar um labor construtivo de feição axiológica.

Enfim, a natureza e a riqueza expressiva da linguagem jurídica, sobretudo na província do direito constitucional, veiculadora de normas principiológicas, faz com haja maior abertura e grau de abstração e, por via reflexa, menor densidade jurídica, o que lhe confere adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de liberdade para conformação e reconstrução do direito, sempre sob as diretrizes da situação empírica (LARENZ, 1997).

No que toca ao tema central proposto nesse ensaio, constata-se que, a despeito de a liberdade na interpretação e a discricionariedade administrativa não corresponderem a uma identidade conceitual, visto que esta não se resume naquela, mantém elas um vínculo íntimo, porquanto ambas favorecem o aparecimento de um momento de subjetividade, de liberdade do administrador público.

Por conta disso, ainda que haja uma tendência atual em exorcizar frações de discricionariedade na atuação da Administração Pública, reconduzindo-a

aos termos de uma legalidade estrita, não há como cindir do processo interpretativo a presença humana, a alma do exegeta como positivador e vivificador do Direito, mesmo diante de enunciados descritos exaustivamente.

Em harmonia com os contributos da hermenêutica filosófica para o tema, há de se atentar que os valores não se prendem ao homem em sua singularidade, mas ao ser histórico e finito em sua constante procura por aprimoramento. É certo, como já se declinou linhas atrás, que o intérprete não se apresenta em face do texto como uma folha em branco, porquanto já se encontra munido das impressões e das antecipações de sentido de sua experiência pessoal, fato que já denota a impossibilidade de se atingir um ideal de objetividade. Outrossim, a circularidade da compreensão e o reconhecimento da história dos efeitos permite ainda recordar que o esforço hermenêutico é uma atividade infundável, podendo as diferentes acepções de um mesmo preceito legal oscilarem conforme a época, a realidade social e a mutação dos valores, sempre em busca de um enriquecimento, de evolução e atualização, sem, contudo, que aquelas mais antigas possam ser censuradas haja vista o papel histórico por elas cumprido.

Fácil perceber que uma das tônicas da filosofia da linguagem reside precisamente em refutar o dogma de uma verdade absoluta e incontrastável, conclusão essa que leva a um dos pontos centrais do presente trabalho voltado à crítica à pretensão de existência de uma vinculação plena na edição do ato administrativo, passível tão somente de uma atividade de subsunção legal.

Pois bem, quer-se com isso sustentar que a vinculação e a discricionariedade administrativas não podem ser encaradas como noções fixas e díspares, havendo entre ambas apenas uma diferença quantitativa e não qualitativa ou ontológica (FREITAS, 2009).

Cumpre meditar que não há uma contraposição plena entre atos administrativos emanados no exercício de competência vinculada ou discricionária, na medida em que é inviável cogitar-se de uma vinculação

inflexível ou de uma discricção sem confins, que estejam imunes a um processo de mediação interpretativa. Como destaca Larenz (1997, p. 283-284):

Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões – com ressalva de números, nomes próprios e determinantes técnicos – apresentam uma margem de variabilidade de significação que torna possível inúmeros cambiantes de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Seria deste modo um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente <obscuros>, <pouco claros> ou <contraditórios>; pelo contrário, em princípio *todos* os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.

Nesse passo, entre vinculação e discricionariedade há de se firmar simplesmente uma distinção de gradação e intensidade quanto à esfera de liberdade do administrador na aplicação e na conformação do direito positivo à hipótese singular (KRELL, 2013).

À guisa de ilustração de como a vontade do intérprete operada sobre um texto, mesmo que considerado com grau expressivo de objetividade, pode gerar divergentes orientações semânticas para a construção de uma norma individual no plano prático, Pires (2009, p. 100) cita a hipótese da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, sempre indicada pela doutrina como regra vinculada por excelência:

Por mínima que pareça ser qualquer possibilidade de divergência, consideremos um agente público que ao completar setenta anos é declarada a sua aposentadoria, mas ele recorre à Justiça e sustenta que ao se prescrever que ele deve aposentar-se com setenta anos a norma não diz que deve necessariamente ser na data de seu aniversário, e por isso até a véspera de seus setenta e um anos ele ainda terá setenta anos, e portanto, prossegue argumentando o impetrante, tendo ele

o desejo de permanecer integrado no serviço, e ainda contando com setenta anos durante os próximos trezentos e sessenta e cinco dias, e não havendo razão para qualquer interpretação restritiva desta norma jurídica, teria ele o direito de permanecer no serviço até o dia anterior a completar setenta e um anos de idade.

Outros exemplos de normas tradicionalmente entendidas como regras vinculadas que se desfazem diante da participação do elemento volitivo e das convicções do intérprete podem ser mencionados, sendo representativo aquele prescrito na redação do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que fixa que o “[...] prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.” A despeito da indicação de um critério temporal, de suposta exatidão, sua aplicação em situações reais pode desvelar a possibilidade de uma pluralidade de sentidos. É saber: o termo inicial da contagem do prazo dar-se-á a partir da homologação ou da data da publicação do concurso? Possível ainda discutir, ante a ambiguidade da expressão “por igual período”, se a prorrogação sempre deverá ser de dois anos, ainda que o prazo inicial de validade do certame *in concreto* tenha sido de seis meses (CRUZ, 2011).

Veja-se com isso que não há norma desconectada de sua faticidade; não há análise de textos legais fora do contexto de aplicação em que o exegeta encontra-se inserido. De igual banda, à luz do movimento do giro hermenêutico, é de se refutar a distinção exibida por Hart (2012) entre *easy* e *hard* cases, haja vista que inexistente interpretação *prima facie*, em abstrato, anteriormente ao enfoque da realidade prática. Tal se deve porque sempre há um resíduo de vontade que se imprime sobre a norma individual lucubrada pelo intérprete, em face da linguagem própria do Direito e das peculiaridades da situação fática.

Em suma, trata-se de uma questão de aferição da intensidade com que há a subordinação à regulação normativa e a correlata margem de liberdade que é creditada ao administrador, de molde que haverá circunstâncias em que o balizamento quase rematará o quadro semântico da norma ou, ao

contrário, em que a franquia ao elemento volitivo beirará o absoluto; no entanto, o que se deve repudiar são os limites extremos da plena adstrição ou da inteira autonomia.

Assim, ao passo que inexistente vinculação plena, insta também salientar como inaceitável uma esfera de liberdade irrestrita ou destemperada, porquanto o espaço de atuação administrativa deve sempre se nortear, ainda que na seara do poder discricionário, pela escolha da providência ótima, que esteja em sintonia com os ditames legais e com o sistema constitucional.

Ao contrário do raciocínio positivista, a partir da guinada hermenêutica, não mais se pode conceber a escolha, dentre os resultados abstratamente compatíveis com a moldura do direito, como um indiferente jurídico, ainda que diante do mérito do ato administrativo, apoiado em critérios de conveniência e oportunidade.

Com respaldo na doutrina de Bandeira de Mello (2012, p. 35), a discricionariedade contemplada no preceito legal foi arquitetada justamente no intuito de que seja adotada a solução ótima e adequada, frente ao caráter multifário dos fatos da vida, haja vista que somente com a outorga de parcela de liberdade ao administrador público, em contato com a realidade social, pode-se dar verdadeira consecução à finalidade legal:

[...] a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente [...].

Conquanto não seja permitido cogitar de uma única resposta correta a ser apreendida da prescrição legal, é imperiosa uma análise hermenêutica que possa descortinar a solução que, para o executor, manifeste-se naquele momento como a que mais se coaduna com as circunstâncias fáticas e com a satisfação do interesse público a ser alcançado.

Para tanto, a fim de revelar todo o iter do processo de compreensão percorrido pelo intérprete, notadamente diante da constatação de que a melhor escolha poderá variar segundo as suas convicções e ideologias pessoais (autênticas ou não), faz-se imprescindível a motivação do ato, com reflexa justificação dos pressupostos de fato e de direito eleitos, a fim de que discricionariedade não se converta em arbitrariedade. Na atual configuração de Estado Democrático de Direito, é repreensível a existência de uma zona juridicamente irrelevante, interdita ao controle interno ou externo da Administração.

Cabe ponderar que tal posicionamento de modo algum esgota a margem de livre apreciação do agente público. Ao contrário, a noção de mérito administrativo afigura-se imprescindível para que seja afiançado o direito fundamental à boa administração pública, a uma gestão eficaz e subserviente à satisfação das complexas demandas da sociedade (FREITAS, 2009).

De efeito, não há um “poder” discricionário, e sim um “dever” discricionário infligido ao agente da Administração investido no múnus de bem atender ao interesse público. A discricionariedade legítima, por conseguinte, não é apenas aquela que se mostra vassala à lei e ao cumprimento literal dos misteres ali preconizados, mas sobretudo a que se mostra compatível com o sistema jurídico como um todo, rendendo obediência aos direitos fundamentais, princípios e valores espalhados pelo texto constitucional (princípio da juridicidade).

## 7. Conceitos jurídicos indeterminados e a tese da única resposta correta

Do que já restou explicitado, é possível antecipar que a proposta deste artigo visa a infirmar a alegação quanto à existência de unidade de solução correta ou justa, diante do emprego dos conceitos linguisticamente vagos.

Ora bem, é de se ponderar que a escolha legítima realizada pelo agente competente, de antemão, já se encontra afunilada pelas fronteiras fornecidas pela própria fórmula aberta do enunciado legal, mas não engessada a uma solução unívoca. Como asseverado anteriormente, a indeterminação de tais noções jamais será absoluta, existindo sempre uma zona de certeza positiva e outra negativa, aferidas em sintonia com a concepção social dominante, que lhe demarcam uma esfera de significados possíveis, onde ainda sobeja um resquício enevoado de dúvida.

A imprecisão do sentido não é a essência, a característica intrínseca de um dado conceito jurídico indeterminado, mas sim o resultado da dimensão linguística que esse obtém em dada cadeia comunicativa, quando, no seu uso comunitário habitual, há uma reduzida taxa de consenso entre os membros da sociedade acerca de seu significado exato (LARENZ, 1997).

Veja-se, pois, que não há como abraçar a tese da única vertente interpretativa, uma vez que inexistente vagueza *per se* ou indeterminação semântica a priori de um vocábulo legal. Vale trazer à memória que até mesmo os positivistas normativistas como Kelsen (1998) e Hart (2012) professavam que a interpretação, a partir da leitura dos textos jurídicos, ofertava possibilidades cambiantes de significados, acomodados em uma moldura (zona cinzenta ou halo conceitual). Ainda, deve ser superado, vez por todas, o paradigma da lógica do tudo ou nada (*tertium non datur*), dado que trabalha apenas com juízos dedutivos, afastando o aspecto volitivo da interpretação, representado pela psique do intérprete.

É importante anotar que não se está aqui nesta abordagem a refutar a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados devem subordinar-se a um processo interpretativo. De qualquer passo, como salientado alhures, discricionariedade e interpretação guardam uma estreita afinidade, haja vista que ambas doam ao aplicador do direito margem de livre apreciação para sua adequação à realidade do caso concreto, notadamente em situações em que



há maior grau de indeterminação no enunciado prescritivo. Daí se conclui que mesmo a atividade interpretativa pode admitir uma pluralidade de possíveis significados aos conceitos jurídicos elásticos, em vista da abertura axiológica própria do sistema jurídico.

A partir dessa nova e complexa configuração do direito positivo é inadmissível ao seu aplicador que adote decisões sob o pálio de preferências pessoais ou a pretexto de valores supostos com base em uma sociedade hegemônica. No atual modelo de Estado Democrático de Direito, representado pelo pluralismo e sincretismo de ideias e pela convivência de concepções heterogêneas, afiguram-se descabidos *standards* valorativos, seja do ponto de vista social ou coletivo. A nova ordem constitucional tem a virtude de incorporar contradições, que propulsionam o intérprete a encontrar soluções proporcionais e justas.

Na arena jurídica, as respostas não podem ser obtidas mediante métodos de observação experimental ou através de medição e quantificação; não há falar-se em enunciados verdadeiros ou falsos, mas apenas em alternativas de interpretações corretas aceitáveis, justificáveis, não se podendo negligenciar que subsistirá um resíduo último de incerteza. Segundo Larenz (1997, p. 282-283), interpretar um texto é uma atividade de mediação do intérprete, mediante a qual deverá “[...] decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem parecer tal interpretação a correta [...]”.

Portanto, da interpretação de um enunciado normativo podem ser sacados múltiplos sentidos, sendo facultado ao intérprete eleger um deles para a hipótese singular, devendo essa escolha ser apresentada como razoavelmente adequada, por um processo de justificação. É o que sinaliza Grau (2011, p. 206, grifo do autor):

[...] a interpretação (que já é aplicação do direito) é uma prudência, e esta não é ciência, nem arte. A prudência é razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser.

Por isso também insisto na inexistência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que, repita-se, o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico.

É de se pontuar ainda que a tese de uma dimensão unívoca para cada situação esbarra ainda no domínio dos conflitos dos direitos fundamentais, onde não há verdades marmóreas ou certezas absolutas, mas apenas relatividade (FREITAS, 2009).

É iniludível que o meio social em que está inserido, sua origem e formação moldam, em algum aspecto, o ato de julgar. Côncio dessa afetação, deverá o aplicador da lei passar por um permanente processo de autoexame, para aferir se o pré-juízo se coloca negativamente como uma barreira ao conhecimento ou se é legitimado perante a alteridade do texto e o plano fenomênico, conduzindo-o a uma convicção de acerto e justeza em sua decisão. “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível”. (BARROSO, 1996, p. 256).

Ainda que brevemente, quer-se com isso chamar a atenção para a fragilidade das construções doutrinárias que propõem a adoção de métodos de interpretação para obtenção da objetividade alusiva à unidade de solução válida. Embora imbuídas de boas intenções, ao invocarem uma pretensa racionalidade negando a sensibilidade do sujeito cognoscente, é bem provável que o método por elas defendido sirva mesmo para conferir “ares de legitimidade” a um julgamento previamente tomado na mente do intérprete, disfarçando decisionismos orientados. Em compasso com a linha gadameriana, reputa-se que os métodos, por vezes contraditórios, não representam, por si só, um papel constitutivo no resultado interpretativo, porquanto não estão compreendidos em uma dimensão a-histórica e universal, válida em qualquer contexto normativo e circunstâncias fáticas. Ademais, impossível apurar um metamétodo que viesse a esclarecer qual dos métodos seria mais adequado diante de um problema jurídico posto.

Enfim, há de se levar em conta que inexistente verdade absoluta ou inquestionável, mas proposições construídas a partir de um referencial cultural do intérprete, constituído pela vivência na linguagem e assentado nas coordenadas de um dado tempo e espaço.

A percepção do mundo jamais se dará através de uma experiência sensorial direta e fidedigna da realidade, sendo antes sempre moldada pela lente do sujeito cognoscente e pelo conjunto de premissas de que parte para determinar o objeto do seu conhecimento. Dessarte, tudo pode ser modificado em razão da variação do sistema referencial, sendo bastante ilustrativo o exemplo indicado por Carvalho (2013, p. 27):

O pôr do sol, por exemplo, há algo que nos parece mais verdadeiro, do que observar o sol baixar-se no horizonte e afirmar que ele se põe quando não mais o enxergarmos? Considerando, no entanto, que a luz do sol demora oito minutos para chegar até nós (na terra), quando deixarmos de enxergá-lo estamos atrasados, ele já transpôs a linha horizonte (oito minutos atrás). E então, em que momento o sol se põe? A melhor resposta novamente será dependente do referencial adotado.

Em paralelo, não se deve olvidar da historicidade e a circularidade da compreensão e o reconhecimento de que, ao longo do tempo, diferentes significações podem ser sobrepostas à interpretação de casos semelhantes, não havendo nenhuma delas de ser reputadas como erradas ou indevidas, visto que captadas cada uma delas de acordo com a sua contextualidade e referencial cultural. A capacidade de revisão de um argumento é sempre infinita e o tempo sempre trará novas maneiras de encarar, por consecutivas superações, uma mesma questão submetida a exame, fator que denota a provisoriedade da resposta correta<sup>9</sup>. Cruz (2011) bem explana a presente

---

<sup>9</sup> Nesse sentido é a exposição de Grau (2011, p. 199): “[...] a noção jurídica deve ser definida como a ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre) [...]”.

colocação ao abordar as sucessivas configurações atribuídas à instituição da família. Assim, observa que, em gerações anteriores, seria elemento essencial à sua caracterização tanto a pessoa do marido como da mulher. Todavia, a Constituição de 1988 veio a ampliar tal conceito para abraçar também a ideia de família monoparental (art. 226, § 4º). Ao final, na atualidade, tal como já se depreende do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277<sup>10</sup>, a constituição da família pode resultar de uma união homoafetiva, ou seja, por um casal do mesmo sexo.

Por isso é que deverão ser consideradas corretas tantas respostas quantas se contenham dentro de um espaço demarcado de alternativas, que se revelem razoáveis *in concreto*.

Não obstante, ainda que não se possa compactuar com a teoria da univocidade, a discricionariedade administrativa e a margem de liberdade na conformação dos conceitos jurídicos indeterminados não se encontram imunes ao controle judicial, muito embora o julgador não esteja sempre em condições de firmar, com total convicção e sem resistências, se a decisão da autoridade pública está ou não em harmonia com o ordenamento. E assim o é, porque, entre as áreas de certeza jurídica positiva e negativa, mensuradas a partir da concepção social dominante, em que se reconhece, respectivamente, uma atuação em compasso ou não com o Direito, há uma zona circundante, em que pairam dúvidas quanto às condições de possibilidade da prescrição normativa, sendo relegada à Administração maior margem de liberdade.

Logo, na seara de revisão judicial, há se cogitar do julgador apenas como um “administrador negativo”, em analogia à expressão cunhada por Kelsen (1998) atinente ao “legislador negativo”. Com efeito, passa-se a defender a fiscalização do demérito do ato administrativo. Esse demérito resulta caracterizado, na hipótese de exercício da competência discricionária, como

---

<sup>10</sup> ADI n. 4277, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 Divulg. 13-10-2011, Public. 14-10-2011, Ement. VOL-02607-03, PP-00341, RTJ VOL-00219, PP-00212.

aquele desconforme aos ditames impostos pela ordem jurídica, nada mais representando senão arbitrariedade do agente público, de sorte que se o mérito não é diretamente controlável, o demérito e a antijuridicidade o serão inescapavelmente (FREITAS, 2009).

Nesse aspecto, é importante pontuar, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito e do processo de constitucionalização, que a conduta administrativa deve amoldar-se não ao texto da lei formal, mas ao ordenamento como um todo, ao conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, maiormente os de timbre constitucional (princípio da juridicidade). Impõe-se, portanto, uma filtragem constitucional<sup>11</sup> do Direito Administrativo no intuito de abandonar o dogma da onipotência da lei por uma leitura que perpassa toda a ordem de disposições da Constituição Federal.

Para Martins (2008), em situações em que não há consenso social sobre a melhor forma de se atingir o interesse público, sobressaindo um campo de incerteza, vicejará a discricionariedade e a escolha do administrador, se realizada dentro dos parâmetros de razoabilidade, devendo prevalecer sobre a opinião do magistrado, por força do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa, decorrente da separação de Poderes.

Sublinhe-se que essa primazia creditada à solução eleita no plano administrativo deve-se também ao fato de que é a Administração que detém a melhor expertise e os conhecimentos específicos envolvidos para, através do aparelhamento dos seus órgãos competentes, realizar juízos prospectivos de caráter técnico e tomar as decisões estatais mais corretas e sensíveis às necessidades do mundo exterior.

Por tais razões, nessas circunstâncias marginais e periféricas, a atuação administrativa não pode ser positivamente colocada sob o crivo do Judiciário, já que não lhe é facultado, a pretexto de haver encontrado uma solução

---

<sup>11</sup> Na terminologia empregada por Schier (1999).

que repute mais correta, suplantando avaliações administrativas inteiramente defensáveis, pena de afronta à relativa independência e autonomia entre os Poderes. Aliás, é o que prenota Lima (2003, p. 211-212, grifo do autor), ao recordar de uma passagem do sermão do padre Antônio Vieira (1608-1697):

[...] se os tribunais constitucionais e seus juízes [...] se vissem como a serviço das sociedades e da vontade constitucionalmente articulada, abandonassem eles talvez a tentação de serem deuses como lembra Antônio Vieira: “(...) porque nenhum se contenta com crescer dentro da espécie: a andorinha que subir a águia; a rêmora quer crescer a baleia; a formiga quer inchar a elefante; (...) desenganemo-nos que o crescer fora da própria espécie, não é aumento, é monstruosidade; ao menos benção não é” [...].

Assim, tão nocivo quanto a ausência de controle jurisdicional é o excesso deste, fazendo, frequentemente, o Judiciário as vezes de Poder Executivo. O que se anseia é a existência de uma sindicabilidade apta a atestar a legitimidade da escolha administrativa, em vista de sua compatibilidade com o Direito como um todo.

## 8. Considerações finais

O presente trabalho foi conduzido pela proposta de uma nova visão da hermenêutica jurídica, estranha às metodologias formalistas e positivistas. É momento de se abandonar o discurso ainda vigente de que a conformação da norma abstrata ao caso concreto é autômata e redutível a uma operação silogística, circunscrita à averiguação de um significado único e objetivo do direito posto (*voluntas legis*) ou do propósito subjetivo do legislador (*mens legis*). A interpretação do texto legal não é algo asséptico, representado pelo emprego de um conjunto de técnicas e métodos. O intérprete, por se encontrar inserido dentro meio social e histórico, é sempre integrante do objeto cultural a ser investigado, de modo que o resultado de sua compreensão já se

encontra pré-moldado a um horizonte de significados e intenções já aceites pelo mesmo dentro da sua realidade e de suas experiências.

Ponderou-se que o resultado de um esforço hermenêutico sempre revelará uma verdade contestável, já que continuamente haverá a possibilidade de se alterar a interpretação e a compreensão feita de um texto, mormente no terreno axiológico da consciência jurídica. Dessarte, a atividade interpretativa é de ordem construtiva e não reprodutiva de sentido ou parametrizada, havendo de se conferir uma margem de livre ação ao aplicador do direito, dentro dos limites traçados pelo comando legal.

Percebeu-se, na dinâmica do mundo jurídico moderno, que o grande desafio consiste em conciliar a obediência à legalidade com algum espaço de liberdade decisória ao agente público, para responder com mais eficiência na ordenação dos serviços públicos e no atendimento às múltiplas e imprevisíveis demandas sociais.

Foi possível também prenciar que a discricionariedade no nível da norma (estática) é consideravelmente superior à discricionariedade no plano singular (dinâmica). A propósito dos conceitos jurídicos indeterminados, demonstrou-se a existência de duas grandes vertentes teóricas entre os juristas: a da multivalência, para aqueles que pregam que estes podem franquear discricionariedade à Administração, quando de sua aplicação na esfera factual; e a da univocidade, para os convencidos de que, diante deles, só há se falar em labor interpretativo, que leva a uma única resposta válida frente às nuances da hipótese prática. Ora bem, obtemperou-se que a escolha legítima realizada pelo agente competente, de antemão, já se encontra afunilada pelas fronteiras fornecidas pela própria fórmula aberta do enunciado legal, mas não engessada a uma solução unívoca, devendo ser superada a lógica do tudo ou nada (*tertium non datur*). Assim, imperioso foi reconhecer que a atividade interpretativa sobre termos imprecisos pode não resultar em uma definição exata do seu sentido, restando uma zona cinzenta em que é forçoso o reconhecimento de certa margem de liberdade

decisória para Administração, não se podendo demarcar onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. Nessa oportunidade, constatou-se o vínculo íntimo entretido entre liberdade na interpretação e a discricionariedade administrativa, porquanto em ambas se faz presente a alma do exegeta como positivador e vivificador do Direito, mesmo diante de enunciados descritos exaustivamente. Bem por isso, sustentou-se que as competências vinculada e discricionária não podem ser encaradas como noções fixas e díspares, havendo entre ambas mera diferença quantitativa e não qualitativa, porquanto nenhuma das duas está imune a um processo de mediação hermenêutica.

Inferiu-se que, nas circunstâncias marginais em que pairam dúvidas e não há consenso social, não pode a avaliação administrativa plenamente legítima e plausível ser colocada sob o crivo positivo do Judiciário, a pretexto de suplantá-la por outra que repute melhor, pena de afronta à relativa independência e autonomia entre os Poderes. Na revisão judicial, há de se fiscalizar o demérito do ato administrativo, representado como aquele arbitrário e desarmônico com os ditames impostos pela ordem jurídica.

## Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159,

de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)> Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. Original alemão publicado em 1960.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original alemão Reine Rechtslehre (1934).

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-261.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de processo civil, v. 1).

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 215-254.





Reexame  
Fático-Probatório  
nos Recursos  
Extraordinários  
*Lato Sensu.*

Nathália dos Santos  
Paes de Barros\*\*

1. INTRODUÇÃO; 2. CRITÉRIOS PARA A CONSTATAÇÃO DO REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO NOS RECURSOS EXCEPCIONAIS; 2.1. CRITÉRIO TÉCNICO-PROCESSUAL; 2.2. CRITÉRIO DE ETAPAS DE RACIOCÍNIO; 2.2.1. Questões antecedentes à relação fato-prova: reavaliação de provas; 2.2.2. Questões posteriores à relação fato-prova: pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos e da consequência jurídica; 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

## 1. Introdução

Tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça está sumulado o entendimento – frequentemente aplicado nos julgamentos – de descabimento do recurso especial e do extraordinário voltados para o reexame de matéria fático-probatória.

A verificação, na prática, de quais hipóteses consubstanciam questões de direito aptas a serem analisadas pela via dos recursos excepcionais tem contornos não tão bem definidos como pode parecer à primeira vista, rendendo decisões conflitantes sobre a aplicação das súmulas nos tribunais para casos semelhantes e fomentando o amplo tratamento doutrinário sobre o tema.

No STF, tem-se a Súmula nº 279, de 13 de dezembro de 1963, com os dizeres: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”, e, no Superior Tribunal de Justiça, foi editada a Súmula nº 7, de 28 de junho de 1990, que por sua vez traz: “a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”<sup>1</sup>.

---

<sup>\*\*</sup> Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul desde 2005; Pós-Graduada pela PUC-SP em Direito Processual Civil (2013); Pós-Graduada pela UNISUL em Direito Tributário; Pós-Graduada pelo INPG/UCDB em Direito Processual Civil.

<sup>1</sup> Na mesma linha, não se pode olvidar também da Súmula 454 do STF, de 1º de outubro de 1964, que afirma: “Simple interpretação de cláusulas contratuais não dá lugar a recurso extraordinário” e da Súmula STJ nº 5, de 10 de maio de 1990, com praticamente o mesmo teor, porém, voltada ao recurso especial.

Não é tranquila a tarefa de se constatar estar-se ou não diante de uma questão de direito ou de fato, especificamente quando se tem em vista o mister de interposição dos recursos extraordinário e especial, como vem pontuando o processualista José Carlos Barbosa Moreira desde suas primeiras obras de comentários ao Código de Processo Civil, remontando à ordem constitucional anterior (Moreira, 2000; Wambier, 2009).

Soma-se a isso o uso indiscriminado das referidas súmulas pelas cortes superiores, com o intuito muitas vezes desviado da proposta inicial, tornando-se um mecanismo voltado apenas a reduzir o número de recursos especiais e extraordinários a terem seu mérito julgado, por conta do excesso de volume enfrentado, sem parâmetros consistentes (OMMATI, 2007). Este cenário gera ainda mais obstáculos à atividade de discernir questões passíveis de serem examinadas na via extraordinária *lato sensu* sob a ótica das citadas súmulas, já que muitas decisões têm se valido dos citados impedimentos para casos indevidos.

Deve-se ressaltar desde já que não tem este artigo o escopo de adentrar no campo da distinção entre questão de fato e de direito sob o prisma do critério ontológico, mas sim compilar os principais mecanismos usados pela doutrina e jurisprudência para diferenciar os casos de incidência ou não das citadas súmulas, buscando facilitar, assim, a correta interpretação destas e, conseqüentemente, permitir ao operador do direito averiguar quando se está de fato diante de um juízo de admissibilidade adequado no que concerne ao reexame fático-probatório.

Para serem compreendidos os contornos da vedação ao reexame de fatos e provas nos recursos excepcionais, deve-se atentar à sua origem. O nascedouro de tais óbices sumulares está interligado com a função primordial que detêm tais espécies recursais, i.e., de zelar pela incolumidade do direito objetivo federal e constitucional. O que inclui, no caso do STJ, a uniformização da interpretação da legislação federal no Brasil, e, para o STF, velar pela integridade da Constituição Federal de 1988, sendo sua a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal (PESSOA, 2006).

Nesse contexto, o óbice encartado nas Súmulas 7/STJ e 279/STF não se vê presente em outras espécies recursais, *verbi gratia*, na apelação e no recurso ordinário constitucional (art. 105, inc. II, Constituição Federal de 1988), para citar caso de recurso dirigido a tribunal superior. Portanto, está o impedimento do reexame intimamente ligado à natureza dos recursos excepcionais, consoante sua competência, definida constitucionalmente.

Relembra Mancuso (2007) que os recursos extraordinário e especial são também denominados excepcionais, terminologia que atine ao alcance de seu efeito devolutivo, ou à abrangência de cognição que permitem. O autor destaca que: “[...] o espectro de sua cognição não é amplo, ilimitado, como nos recursos comuns (máxime a apelação), mas, ao invés, é restrito aos lindes da matéria jurídica. Assim, eles não se prestam para o reexame da matéria de fato [...]” (p. 161).

Explana ainda Mancuso (2007, p. 161):

A limitação da devolutividade do recurso especial aos temas jurídicos federais debatidos no acórdão recorrido, ou seja, a ausência de devolutividade em relação à apuração da *verdade fática* da causa, constitui o núcleo essencial que caracteriza esse recurso como sendo de natureza extraordinária, diferenciando-o dos demais, exceto do apelo extremo do qual se originou.

Parte-se do pressuposto de que a matéria atinente aos fatos foi dirimida pelas instâncias ordinárias (MANCUSO, 2007). Assim, o que pode ser objeto dos recursos excepcionais é a matéria jurídica definida no artigo 102<sup>2</sup>, inciso

---

<sup>2</sup> Art. 102- Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: (...) a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Acrescentado pela EC 45-2004).

III, alíneas (matéria constitucional) e no artigo 105<sup>3</sup>, inciso III, alíneas (matéria federal), ambos da Constituição Federal de 1988, onde estão delimitadas as hipóteses de cabimento<sup>4</sup> dos recursos extraordinário e especial, respectivamente.

Restringe-se, portanto, o que pode ser objeto de tais recursos, a questões jurídicas, mais especificamente a afronta à Constituição Federal vigente e ao direito federal, respectivamente. Isso dá ensejo a que se conclua que a matéria fático-probatória – assim como a questão de lei local, pelo mesmo motivo – não pode ser objeto precípua das citadas espécies recursais (CARNEIRO, 1990).

A doutrina é pacífica em colocar as previsões constitucionais de cabimento dos recursos excepcionais (art. 102, inc. III, e art. 105, inc. III) como intimamente ligadas ao impedimento relativo ao reexame de provas contido nas súmulas: “[...] não cabe recurso extraordinário com o objetivo de o tribunal superior reexaminar prova, tendo em vista que esse pleito não se encaixa em qualquer das hipóteses de cabimento desses recursos.” (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 274).

Assim, considera Saraiva (2002, p. 316) a vedação a reexame fático-probatório como consequência lógica das hipóteses de cabimento do recurso especial, elencadas na Constituição Federal vigente, trazendo à tona o pensamento por detrás da inviabilidade de reexame fático nos recursos excepcionais:

---

<sup>3</sup> Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Alterado pela EC 45-2004). c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

<sup>4</sup> Wambier (1998, p. 67) anota: “Como se sabe, a afronta à lei ordinária federal e à Constituição Federal são, respectivamente, os únicos possíveis fundamentos do recurso especial e do recurso extraordinário. Temos reiteradamente sustentado (...) que os demais “fundamentos”, alistados pela CF, respectivamente nos arts. 103 e 105, embora lhes tenha o legislador constitucional atribuído status equivalente, na verdade são hipóteses de cabimento, de valor praticamente (e perdoem-nos a ousadia...) exemplificativo.”



Justamente por ser um recurso que visa a verificar a correta interpretação da lei federal, não cabe a ele a discussão a respeito da verdade fática apurada pelas instâncias ordinárias, porquanto, nesse aspecto, inexistente questão federal a ser apreciada.

Conclui Saraiva (2002, p. 320), que, dessa forma,

[...] tem-se que, na investigação probatória, a busca pela verdade fática é inerente ao desenvolvimento do processo. Entretanto, essa atividade está restrita aos julgadores ordinários, a quem compete realizar amplamente a justiça, e não às Cortes Extraordinárias, cuja função é controlar a fundamentação das decisões de outros órgãos jurisdicionais.

Portanto, pode-se apontar como origem das vedações encartadas nas aludidas súmulas a natureza dos recursos excepcionais, assim entendida aquela definida pela Constituição Federal de 1988, a saber, recursos de fundamentação vinculada às hipóteses de cabimento, com a função principal de manter a higidez do ordenamento jurídico. Esta noção ajudará a guiar a interpretação dos verbetes.

## 2. Critérios para a constatação do reexame fático-probatório vedado nos recursos excepcionais

### 2.1. Critério técnico-processual

O discernimento entre questões de fato e de direito para fins de interposição dos recursos excepcionais ensejou que a doutrina criasse um critério técnico-processual, uma vez que o critério ontológico não resolvia o problema (Wambier, 1998).

A denominação do critério advém da classificação das questões em fáticas e jurídicas, conforme sejam ou não examináveis pela via do recurso extraordinário ou especial. A necessidade desse parâmetro específico foi constatada mesmo por doutrinadores da seara da filosofia do direito, visto que a distinção pode ser observada sob prisma diferente do ontológico (WAMBIER, 2008, p. 365; 1998, p. 56).

O critério vale-se do expediente de se verificar o lado para o qual recai a atividade de raciocínio do julgador, para então subdividir as questões trazidas no recurso conforme o grau de envolvimento de fatos e do direito.

A divisão separa os extremos e a zona cinzenta, exsurgindo daí três tipos de questões. Nos extremos opostos, têm-se: a) as questões puramente fáticas e b) as propriamente jurídicas. Já no campo intermediário e mais complexo, têm-se: c) os pontos “problemáticos”<sup>5</sup>, que se confundem com a própria subsunção<sup>6</sup> da norma ao fato, isto é, a avaliação do erro ou do acerto do processo subsuntivo (WAMBIER, 1998, 2008).

As questões puramente fáticas seriam aquelas que, manifestamente, não poderiam ser discutidas em sede de recurso especial ou extraordinário. Nelas, o foco de atenção do órgão julgador será, para usar os termos de Wambier (2009, p. 41), “não predominantemente, mas unicamente, os fatos subjacentes à demanda”. É o caso de ser necessário às cortes superiores perquirirem, por intermédio de reexame de provas dos autos (laudos, depoimentos, *verbi gratia*), de quem foi a culpa em acidente de veículos.

---

<sup>5</sup> O termo “problemático” foi usado pela autora não no sentido de dificuldade quanto à constatação de ser ou não questão de fato ou de direito, mas sim de “pontos problemáticos a serem resolvidos” pelo julgador.

<sup>6</sup> Oliveira, em sua obra *Recurso Especial* (2002, p. 276), traz conceito esclarecedor de subsunção: “Segundo a escola alemã da subsunção, a decisão judicial é fruto de um raciocínio silogístico, mercê do qual o juiz fixa as premissas, maior que é a norma jurídica aplicável à espécie e menor que são os fatos, para, tão somente, depois efetuar o enquadramento (subsunção) da situação de fato ao direito, extraindo, por conseguinte, os respectivos efeitos jurídicos e conclusão.”



No outro extremo, estar-se-ia diante de uma questão quase que exclusivamente de direito se já estiverem resolvidos tanto (i) os aspectos fáticos, ou seja, quais fatos ocorreram e como; quanto (ii) o “mecanismo de subsunção”. Assim, se estiverem ultrapassadas estas duas etapas, a atenção do julgador focar-se-á na “exata compreensão da regra de direito”, que, segundo a autora, insere-se no conjunto das “questões propriamente jurídicas (= de direito)” (WAMBIER, 2009), em que não há dúvidas sobre a não incidência das súmulas.

Coloca-se assim não haver questionamentos sobre se tratar de questão de direito, para fins de interposição dos recursos excepcionais, o caso em que a alegada ilegalidade se dá posteriormente à qualificação jurídica dos fatos; ou seja, quando se afirma no recurso que o acórdão perfez correta qualificação dos fatos, mas fixou uma consequência jurídica (momento posterior) equivocada, pertencente a outro instituto jurídico. Neste caso, se cuidará indubitavelmente de questão de direito para o mister pretendido, pois nem a ocorrência dos fatos nem o “mecanismo de subsunção” estão em questionamento (WAMBIER, 2009, p. 38).

Por conseguinte, há questões que não se mostram duvidosas no quesito (des)necessidade de reexame fático-probatório, pois ou certamente não autorizam a interposição de recurso especial ou extraordinário, ou, sem maiores indagações, permitem a impugnação por estas vias.

Saindo da zona de certeza, têm-se as questões que envolvem a pretensão de *alteração da qualificação jurídica dos fatos*. Neste caso, “[...] o foco sobre o qual deve recair a atenção do julgador está justamente no momento de incidência do direito [...]”, na subsunção da norma ao fato, exigindo exame mais apurado (Wambier, 1998, p. 54).

Conforme a abordagem de Wambier (2009, p. 38), é evidente estar-se diante de questão de direito quando já se ultrapassou a etapa da qualificação jurídica; contudo, na medida em que a fase do julgamento relevante para

a questão posta no recurso é justamente a qualificação jurídica (*nomen juris*) dos fatos da demanda, há que se investigar mais a fundo, vez que há envolvimento de fatos.

Está-se aqui sobre o terreno das questões em que se faz necessário verificar se os fatos precisam ou não ser revolidos à luz das provas para se concluir pela alteração da qualificação jurídica feita pela instância inferior. Assim, esta última espécie de questões contém os casos menos tranquilos a respeito de se cuidar de questão de fato ou de direito; são casos em que o “[...] encaixe entre fato e norma, a subsunção, é o que está no foco de atenção do julgador [...]” (WAMBIER, 2009, p. 42).

Para a autora, a complexidade maior de se constatar haver ou não reexame fático-probatório emerge nesse tipo de questão porque o foco pode se dar de dois modos: (i) com dúvida ou (ii) sem dúvida a respeito de que fatos ocorreram ou como ocorreram.

Vale destacar que, de acordo com o critério ontológico ou substancial, a discussão sobre qualificação jurídica ou subsunção é questão de direito por excelência, já que “[...] a incidência da norma no mundo real é o que necessária e inexoravelmente está na base de todo o raciocínio jurídico [...]” (WAMBIER, 1998, p. 42). Ou seja, sob o critério ontológico, mesmo que haja dúvida a respeito de como os fatos tenham ocorrido, está-se diante de *quaestio juris*.

O mesmo não se verifica abaixo do ângulo técnico-processual, que tem em vista os recursos excepcionais. Por esta ótica, são justamente os casos que tratam da qualificação jurídica dos fatos os que apresentam maior dificuldade, conforme Wambier (1998, p. 56): “este critério tem a função justamente de atuar nestes casos mais delicados em que, para se corrigir a ilegalidade da decisão impugnada é necessário que se refaça o processo de subsunção dos fatos à lei ou de incidência da lei no mundo empírico [...]”

Mais à frente se explanará com mais pormenor como se utilizar do critério técnico-processual para se desvendar se a questão envolvendo a subsunção enseja ou não reexame fático-probatório.

Por outro lado, há outra espécie de questão que, muito embora envolva as provas, também permite o exame do mérito do recurso extraordinário e especial sem recair nas citadas súmulas. Trata-se da atividade denominada reavaliação das provas, que atine ao fenômeno abstratamente considerado, cuidando-se de expressão cunhada pela jurisprudência (WAMBIER, 1998). Será também abordada com mais detalhe à frente.

Passa-se a expor os tipos de questões conforme a classificação proposta por Marinoni, que no artigo intitulado Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário, se propõe a resolver o problema da distinção entre questões de fato e de direito para o mister em destaque.

## 2.2. Critério de etapas de raciocínio

Marinoni (2005) esquematiza o tema do reexame fático-probatório nos recursos excepcionais adotando uma visualização que se pode denominar de “etapas de raciocínio”, já que, conforme a fase lógica do raciocínio do julgador em que a questão esteja inserida, será ou não vedada sua análise pelos recursos extraordinários, ou seja, ensejará ou não reexame fático-probatório.

Inicialmente, deve-se constatar o que configura o reexame vedado pelas súmulas em apreço. O reexame de prova, vedado nos recursos excepcionais, está atrelado ao de convicção, pois

[...] o que não se deseja permitir, quando se fala em impossibilidade de reexame de prova, é a formação de nova convicção sobre os fatos, [ou seja,] não se quer que os recursos extraordinário e especial viabilizem um juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas. (2005, p. 17, grifo do autor)

Em outros termos, o que se impede, por meio da proibição do reexame de provas, é “[...] analisar se o tribunal recorrido apreciou adequadamente a prova para formar sua convicção sobre os fatos [...]” (MARINONI, 2005, p. 18). O processualista traz um julgado do STF que bem distingue de que modo a convicção está atrelada ao reexame vedado. Este envolve a força de convicção concreta da prova no caso específico, o que não se confunde com a análise em abstrato de sua eficácia como meio de prova, passível de exame nos recursos excepcionais (reavaliação de prova)<sup>7</sup>. Nessa linha, pertinente a colocação de Oliveira (2002, p. 288): “[...] a avaliação da prova, efetuada pelo órgão prolator da decisão recorrida à luz do princípio da persuasão racional, não pode ser reavaliada pela instância extraordinária.”

Consoante se mencionou, o método propõe que se classifiquem as questões conforme a etapa do raciocínio do julgador em que se encontrem, tomando como ponto de partida as questões que envolvem a relação entre o fato e a prova, o que está intimamente ligado à convicção do julgador sobre os fatos, formada com base na prova dos autos. A relação fato-prova é intangível por meio de questionamento nos recursos excepcionais, por ensejarem o vedado reexame fático-probatório.

Deve-se imaginar uma linha temporal, em que no meio se situam as questões sobre relação fato-prova, ao passo que as questões anteriores e posteriores a esse marco não importam em reexame fático-probatório.

Assim, com base nesse raciocínio, não se fala em reexame de fatos para (i) questões que antecedem a “relação fato-prova” nem a (ii) questões que lhe são posteriores. Ou seja, as questões que se situam em momento prévio àquelas acerca da convicção sobre os fatos, bem como aquelas que

---

<sup>7</sup> Entendeu-se no AgRg STF nº 69.756, 1ª. Turma, Relator Min. Rodrigues Alckmin, pela “[...] inexistência de questão federal relativa à eficácia, em tese, de determinado meio de prova, mas tão somente de apreciação da força de convicção delas concretamente [...]”, o que configura reexame não admissível em sede de recurso extraordinário (MARINONI, 2005, p. 18).



ocorrem depois do fenômeno, não importam em reexame de fatos para fins de aplicação das citadas súmulas; podem, assim, ser examinadas pelo STJ ou STF nos recursos excepcionais.

Passa-se a tratar das questões com amparo em tal classificação, que leva em conta a linha temporal de raciocínio do julgador, pois esse paradigma permite que se visualizem todas as questões passíveis de serem examinadas pela via dos recursos extraordinários *lato sensu*.

### 2.2.1. Questões antecedentes à relação fato-prova: reavaliação de provas

As questões *precedentes* à relação fato-prova seriam aquelas atinentes à reavaliação da prova, mencionadas anteriormente, isto é, aos critérios jurídicos voltados ao uso da prova e à formação da convicção, à prova considerada abstratamente quando da verificação da violação à norma federal ou constitucional.

Embora tenha o Código de Processo Civil fixado o princípio da persuasão racional como regra, existem casos de valoração em abstrato dos meios de prova, que é previamente efetuada pelo legislador, visando a barrar a utilização de meios de prova tidos como não idôneos à comprovação do fato, conforme pontua Oliveira (2002).

Aqui se atine à questão federal ou constitucional relacionada com o direito probatório, ao “[...] valor abstrato de cada uma das provas e dos critérios que guiam os raciocínios presuntivo, probatório e decisório.” (MARINONI, 2005, p. 18).

Eis o exemplo levantado por Athon Gusmão Carneiro (1990, p. 11): “se a lei federal exige determinado meio de prova no tocante a certo ato ou negócio jurídico, decisão judicial que tenha como provado o ato ou negócio por outro meio de prova ofende ao Direito Federal”.

Mancuso (2007, p. 172), por sua vez, vale-se do Agravo Regimental no Recurso Especial STJ nº 420.217/SC<sup>8</sup>, que muito bem discrimina reexame e reavaliação de prova:

O discrimen entre reexame e valoração da prova ficou bem extremado neste outro julgado do STJ: “A valoração da prova refere-se ao valor jurídico desta, sua admissão ou não em face da lei que a disciplina, podendo ser ainda a contrariedade a princípio ou regra jurídica do campo probatório, questão unicamente de direito, passível de exame nesta Corte. O reexame da prova implica a reapreciação dos elementos probatórios para concluir-se se eles foram ou não bem interpretados, constituindo matéria de fato, soberanamente decidida pelas instâncias ordinárias, insuscetível de revisão no recurso especial”.

São questões que, embora girem em torno da prova, o fazem em momento anterior ao da relação desta com os fatos da demanda, de modo abstrato, sem considerar os fatos em concreto (OLIVEIRA, 2002). É o que a jurisprudência normalmente denomina de “reavaliação da prova”. Está inserido neste contexto o direito probatório, como, *v.g.*, as regras atinentes à produção de prova, ao ônus probatório etc. Nos termos de Wambier (1998, p. 56, grifo da autora):

A esse propósito, a jurisprudência, em nosso sentir, criou distinção interessante, que, por assim dizer, abre uma brecha na regra enunciada na Súmula, que decorre da natureza e da função dos recursos extraordinário e especial.

Essa distinção consiste em separar os planos do *mero reexame* das provas e da sua *reavaliação*.

São, de fato, fenômenos distintos.

A *reavaliação* das provas tem sido permitida predominantemente (e desemboca necessariamente na possibilidade de que haja requalificação – qualificação diferente – dos fatos) quando é desobedecida norma que *determina* o valor que a prova pode ter, em função do caso concreto.

---

<sup>8</sup> Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 04.06.2002, DJU 16.12.2002.



Se no juízo do reexame probatório há pura operação mental de conta, peso e medida, na reavaliação de prova cuida-se de operação que apura infração ou não a princípio probatório (Recurso Extraordinário STF nº 76.568/GB, 1ª Turma) (OLIVEIRA, 2002).

Destaca-se que, enquanto Wambier (1998) fixa-se na ótica de que a reavaliação da prova desemboca na qualificação errônea de fatos e, portanto, configura erro de direito (ilegalidade); Marinoni (2005) frisa a topologia da reavaliação de prova, a saber, ressalta que a questão está situada em momento diverso, anterior ao da qualificação jurídica, como visto, o que parece conferir maior didática à distinção.

A afirmação do autor não exclui a da autora, apenas se complementam. Com efeito, o fato de a reavaliação de prova encontrar-se em momento anterior enseja que o erro abstrato sobre um meio de prova culminará por contaminar o restante das etapas, inclusive a qualificação jurídica dos fatos.

Há duas linhas doutrinárias acerca do âmbito de abrangência do fenômeno reavaliação de prova, dicotomia que Wambier (1998) destaca. Segundo a autora, parcela da doutrina, mais restritiva, entende ser necessária, para que se fale em reavaliação de prova – e não em mero reexame –, uma norma expressa dispondo abstratamente sobre o valor da prova; de outro lado, para outros autores, bastaria o erro na valoração da prova, mesmo sem texto expresso de norma federal ou constitucional, para que se afaste a incidência da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7.

Para os mais conservadores, somente haveria erro de direito sobre a valoração da prova quando a lei federal dispuser abstratamente sobre o valor da prova; ou seja, as cortes superiores somente poderiam analisar a questão se a reavaliação for decorrente de malferimento à norma específica que trata do valor da prova.

Por conseguinte, a linha restritiva entende como reavaliação de prova somente os casos em que a questão posta no recurso girar em torno de violação

a previsão expressa da lei sobre a prova abstratamente considerada, como ocorre com o artigo 6º<sup>9</sup>, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, onde consta expressamente a inversão do ônus probatório nas hipóteses elencadas.

De outro lado, tem-se a linha mais liberal, que admite a reavaliação de prova como questão de direito “independentemente de previsão legal ou constitucional expressa sobre o valor da prova”. É a posição que parece seguir Marinoni (2005, p. 18), que aponta várias possíveis alegações em recurso especial ou extraordinário atinentes à “[...] valoração dos critérios jurídicos respeitantes à utilização da prova e à formação da convicção”, alguns sem a previsão legal específica. Equivale a dizer que não se restringe a reavaliação aqui aos casos em que a lei federal dispõe sobre o valor da prova.

O autor aponta que se inserem aqui as questões acerca da aferição de licitude da prova, da qualidade da prova necessária para a validade do ato jurídico ou para o uso de certo procedimento, do objeto da convicção, da convicção suficiente diante da lei processual e do direito material, do ônus da prova, e da idoneidade das regras de experiência e das presunções.

Valem ser citadas algumas hipóteses trazidas por Marinoni (2005), que esmiúça casos que facilmente poderiam ser confundidos com o reexame vedado pelas súmulas, atinentes ao momento anterior à relação fato-prova.

Nesse jaez, cita o autor como caso em que não há reexame de prova a alegação de violação à lei do mandado de segurança consistente na afirmação de que uma decisão judicial admitiu prova diversa da documental em ação mandamental, pois o que se pretende é a aferição do valor em abstrato da prova, distante dos fatos, e não o reexame da prova para “verificação da procedência da convicção fática”. Aliás, Roenick (1998, p. 341), em sua obra

---

<sup>9</sup> Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.



sobre o reexame da prova produzida com a inicial do *mandamus*, em sede de recurso especial, critica o entendimento jurisprudencial generalizado de que a alegação de violação ao artigo 1º, da Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951<sup>10</sup>, ensejaria sempre a aplicação da Súmula STJ nº 7, anotando o autor que não se cuida de reexame probatório verificar “se o direito alegado, fundado em determinada prova, era líquido e certo”.

Outra hipótese que Marinoni aponta como caso de revalorização de prova é a alegação, em recurso especial, de análise indevida dos pressupostos adequados para a formação da convicção de verossimilhança, conforme a espécie de tutela antecipatória escolhida. Em outros termos, se for requerida tutela antecipatória de *remoção do ilícito*, por exemplo, e a decisão recorrida deixar de concedê-la sob o argumento de que não há *probabilidade de dano* – o que atine a outra espécie de antecipação de tutela (tutela antecipatória inibitória, e não de remoção do *ilícito*) – é viável a discussão, já que se analisará o critério jurídico de formação da convicção de verossimilhança. Isto não se confunde com a discussão sobre ser inadequada a formação da convicção fática sobre a verossimilhança, que ensejaria o reexame. Assim, os critérios jurídicos de formação da convicção de verossimilhança podem ser reexaminados nos recursos excepcionais, mas não a convicção em si, só o que lhe antecede. De fato, esta análise é questão anterior à relação entre o fato (existência de ilícito) e a sua prova, sendo prescindível discutir se houve ou não a comprovação do ilícito para se chegar à conclusão de que houve violação à lei federal (MARINONI, 2005).

---

<sup>10</sup> Art. 1º - Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas-corpus, sempre que, ilegalmente ou com abuso do poder, alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrer-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (revogado pela Lei 12.016/2009, corresponde atualmente ao art. 1º desta norma, que tem o seguinte teor: “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.”)

Ainda na seara da antecipação de tutela, o autor aponta como questão de direito a alegação em recurso especial de que a decisão judicial foi mais exigente que o artigo 273, do Código de Processo Civil<sup>11</sup>, ao demandar convicção além da verossimilhança, já que o dispositivo não exige a verdade, que está ligada à procedência. Não há necessidade de se reexaminarem provas para se aferir a violação ao direito federal, apenas a constatação de que o acórdão mal interpretou a norma, exigindo verdade quando a lei demanda apenas verossimilhança. Novamente, está-se diante de questão que antecede a relação fato-prova, o que não se confunde com a tentativa de fazer concluir “que as provas produzidas fizeram surgir convicção de verossimilhança”, que, ao revés, enseja o reexame vedado (MARINONI, 2005, p. 22)<sup>12</sup>.

Igualmente, pode ser revista pela via do citado recurso a decisão que entendeu somente poder um fato ser demonstrado por prova documental (art. 366 e art. 401, do Código de Processo Civil) ou pericial, vez que não há necessidade de reexame de prova ou reelaboração da convicção nesta análise. Assim também, quanto ao valor da prova pericial, poderia ser discutida no recurso especial a violação ao artigo 336, do Código, que, segundo Marinoni (2005), ao afirmar que o juiz não está adstrito a esta espécie de prova, prescreve de forma implícita que a decisão somente pode não se valer do resultado da perícia excepcionalmente.

Da mesma forma – o que pode soar óbvio, segundo Marinoni (2005) –, o debate sobre admissão de prova ilícita (violação ao art. 5º, inc. LVI, da

---

<sup>11</sup> Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

<sup>12</sup> Não se confundem as situações acima retratadas com a alegação em recurso especial de que os fatos contidos no acórdão recorrido constatarem – ou não, conforme requerente ou requerido seja o recorrente – verossimilhança e *periculum in mora*. Esta também é questão de direito que, portanto, não enseja o reexame; contudo, enquanto aquelas são questões anteriores à relação fato-prova, esta atine à qualificação jurídica dos fatos, sendo-lhe posterior.



Constituição Federal de 1988) não é merecedor do óbice da Súmula STF nº 279; mas, ressalva Oliveira (2002), aludindo a uma alegação de afronta, em recurso especial, ao artigo 332<sup>13</sup>, do Código de Processo Civil: desde que para tanto não se tenha que analisar o material probatório produzido.

Também é discutível no âmbito extraordinário *lato sensu*, para Marinoni (2005), a decisão judicial que exige prova sobre fatos que dela não dependem, conforme artigo 334, do Código de Processo Civil<sup>14</sup> – fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos como incontroversos, ou com presunção legal –, já que neste caso o juiz não precisa formar convicção sobre eles “enquanto fatos individuais”. Neste ponto, se se pretende discutir a conclusão de uma decisão acerca da existência de uma presunção absoluta (art. 334, inc. IV, Código de Processo Civil) a partir de um fato incontroverso, não se está diante do óbice do reexame fático-probatório (MARINONI, 2005, p. 28-9)<sup>15</sup>.

Neste ponto, vale transcrever excerto de notícia publicada no *site* do STJ<sup>16</sup>, em que o Ministro daquela corte, Félix Fischer, trata tanto da reavaliação de prova como da alteração da qualificação jurídica dos fatos como espécies de questões passíveis de serem examinadas pelas cortes superiores nos recursos excepcionais:

---

<sup>13</sup> Prescreve o dispositivo que meios de prova legais e moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código de Processo Civil, são hábeis a provar.

<sup>14</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos:

I – notórios;

II – afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III – admitidos, no processo, como incontroversos;

IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

<sup>15</sup> Porém, alerta Marinoni (2005) que, quando houver necessidade de prova sobre a notoriedade, e não sobre o fato em si, a discussão sobre a definição da notoriedade ensejaria renovação da convicção sobre esta, não permitindo que a questão seja discutida no STJ.

<sup>16</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7*: como o STJ distingue reexame e reavaliação da prova. Brasília, DF, 2012. Não paginado. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787)>. Acesso em: 3 jan. 2013.

Na ocasião, o ministro Fischer teceu algumas considerações acerca da diferença entre reexame e reavaliação de prova. Ele explicou que a reavaliação de elementos aceitos pelo acórdão do tribunal de origem é questão jurídica e que não se pode negar às instâncias superiores a faculdade de examinar se o direito à prova foi malferido ou se os juízes negaram o direito que as partes têm de produzi-la. Isto é, “não é só em consequência do erro de direito que pode haver má avaliação da prova. Ela pode decorrer também do arbítrio do magistrado ao negar-se a admiti-la”. (BRASIL, 2012).

Mais uma vez se nota a distinção entre reavaliação de prova e qualificação jurídica dos fatos, que se denominou como “erro de direito”, embora se possa assim chamar também o erro atinente à reavaliação de prova.

Constata-se ser muito tênue a linha que separa a reavaliação de provas do vedado reexame, entendido este fenômeno como intimamente ligado à incursão nas provas dos autos para alterar a convicção sobre os fatos.

Em suma, deve-se concluir que a reavaliação de provas estará presente quando o foco da discussão no recurso for a prova abstratamente considerada, caso em que não se falará em reexame fático-probatório, pois, embora se leve em consideração a prova dos autos, não se analisa a relação fato-prova, isto é, não se está em busca dos fatos por meio das provas.

### 2.2.2. Questões posteriores à relação fato-prova: pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos e da consequência jurídica

Avançando na linha do tempo e passando-se pelas questões que *antecedem* a relação fato-prova (atinentes à reavaliação de prova, de que se acabou de tratar) e pelas que se situam na própria relação fato-prova (que exigem o reexame fático-probatório), tem-se a terceira etapa, das questões *posteriores* à relação fato-prova, que, assim como as anteriores à relação fato-prova, não importam em reexame fático-probatório (MARINONI, 2005).

Cuida-se aqui das discussões a respeito da qualificação jurídica dos fatos, isto é, o *nomen juris* dado à situação fática encontrada no processo, bem como da fase imediatamente posterior, que alude às discussões sobre a consequência jurídica aplicável ao instituto descoberto pela qualificação jurídica (WAMBIER, 2009).

Com efeito, Wambier (1998) refere-se a esta última espécie de questão, que neste trabalho se integrou a essa linha cronológica de raciocínio: seria a *quaestio* situada após a qualificação jurídica dos fatos, atinente à consequência jurídica prevista no ordenamento como relacionada com instituto jurídico diverso daquele obtido com a qualificação jurídica correta do fato. Como bem coloca a autora (1998, p. 56): “talvez mais flagrante, mas não mais grave, seja esta espécie de afronta à lei”.

É a isso que Saraiva (2002, p. 327) alude quando afirma: “[...] se o aresto recorrido optar pela aplicabilidade de uma norma federal que não corresponda ao exato enquadramento formulado pelo julgador, estar-se-á diante de violação que não configura, em si, reapreciação dos fatos.” O enquadramento referido é a qualificação jurídica, que não é questionada no caso, estando-se a focar em fase posterior, qual seja, de aplicação de norma diversa da utilizada pelo julgado anterior para a mesma qualificação jurídica.

Pode-se, assim, subdividir as questões posteriores à relação fato-prova em dois tipos: uma subsequente à outra na ordem de raciocínio do julgador.

Pois bem. Primeiramente, trataremos da pretensão de alteração da qualificação jurídica dos fatos feita pelo julgador. Se esta estiver acompanhada de dúvida sobre como os fatos ocorreram, enseja reexame fático-probatório.

Portanto, para se descobrir se se está diante de questão reexaminável pela via dos recursos excepcionais, nestes casos não tão óbvios, quando está em foco a subsunção, propõe que não será de direito, para fins de cabimento dos recursos em exame, a questão em que a ilegalidade (*lato sensu*) não seja

vislumbrável pelos elementos descritos no acórdão. Assim, será questão de fato, segundo este método, a pretensão de reavaliação de “[...] como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido.” (WAMBIER, 1998, p. 56).

É o caso do exemplo citado por Athos Gusmão Carneiro (1990, p. 12), em que a controvérsia consistia no questionamento sobre se determinada manifestação de vontade por instrumento público deveria ser qualificada como reversão de doação, doação condicional ou doação *causa mortis*: “[...] a qualificação jurídica do ato de vontade determinará qual a lei incidente e, pois, sua eficácia.”. O questionamento não estava sobre a formação da convicção sobre a ocorrência do fato, mas apenas sobre sua qualificação jurídica.

Demarcou-se, portanto, um importante ponto para definir o que vem a ser questão de direito para fins de cabimento dos recursos excepcionais, nestes casos menos evidentes, quando se ataca no recurso a qualificação jurídica dos fatos. O marco a ser observado é a presença, *no acórdão recorrido*, da descrição dos elementos fáticos necessários à compreensão da tese federal ou constitucional.

Assim, em sede de recurso especial e extraordinário, as cortes superiores somente poderiam corrigir a qualificação jurídica efetuada pela instância inferior quando a dúvida recair somente sobre a subsunção em si, isoladamente, por estarem os fatos delineados no acórdão. A questão que envolve a alteração da qualificação jurídica dos fatos não configurará reexame fático-probatório se não houver que se perquirir sobre os fatos.

A diferença entre a visão de Marinoni (2005) e Wambier sobre a questão atinente à qualificação jurídica é apenas o modo de visualização, chegando os autores à mesma conclusão. Com efeito, enquanto o autor classifica de antemão tais questões como de direito por já partir da premissa de que os fatos estão descritos no acórdão, Wambier (1998) alude a ambas as possibilidades conjuntamente – se há ou não dúvida sobre os fatos – para

só então separá-las. Ou seja, Marinoni pressupõe que, quando se fala em questão sobre qualificação jurídica dos fatos, trata-se dela isoladamente, como a única questão do recurso, independente de questionamento sobre a relação fato-prova.

Se a qualificação jurídica não for o único objeto da dúvida, ou do questionamento recursal, abrangendo este também a relação fato-prova, ter-se-á que examinar a prova dos autos para possibilitar conclusão diversa sobre a ocorrência do fato. Logo, estar-se-á diante de questão cujo reexame é vedado nestas espécies recursais.

Assim, imagine-se um acórdão da instância local que decide não ter havido redução remuneratória por servidores públicos, o que restou constatado e exposto na fundamentação do *decisum*, por meio do cotejo entre holerites do mês anterior e do mês posterior à alteração legislativa da fórmula de cálculo de determinada parcela remuneratória. Pela sistemática descrita, a não ocorrência do fato “decesso da remuneração total” não pode ser objeto de revolvimento pelas cortes superiores, pois o acórdão afirmou que o fato ocorreu. Portanto, a questão posta no recurso não pode depender da alteração de tal conclusão do acórdão, ainda que se objetive a alteração da qualificação jurídica do fato. Somente se pode pretender ver analisado o mérito do recurso que almeje dar outra qualificação jurídica ao fato se não se pretender alterar o fato em si, isto é, se já se partir da premissa fática assentada no acórdão, já que os tribunais superiores não se prestam a averiguar a justiça da decisão, por não serem meras terceiras instâncias, como bem coloca Oliveira (2002).

Não pode, assim, ser examinado o mérito de um recurso extraordinário que, sob a roupagem de burla ao artigo 37, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 (princípio da irredutibilidade salarial dos servidores públicos), depende, ainda que não declaradamente, da alteração da conclusão do acórdão sobre a não ocorrência da redução, o que exigiria, implícita ou explicitamente, nova análise das provas constantes dos autos. Nesse sentido:

[...] mesmo que o órgão prolator da decisão tenha incorrido em erro na apreciação da prova, desde que a norma jurídica aplicada seja aplicada ao quadro fático avaliado, não se afigura admissível o recurso especial. (OLIVEIRA, 2002, p. 280).

Nas palavras de Wambier (1998, p. 56, grifo da autora):

Parece-nos que a questão será predominantemente fática, do ponto de vista técnico, se, para que se redecida a matéria, *houver necessidade de se reexaminarem provas, ou seja, de se reavaliar como os fatos teriam ocorrido, em função da análise do material probatório produzido.*

Já a pretensão recursal de mera alteração da qualificação jurídica dada ao fato, isto é, que parta do arcabouço fático-probatório fixado no acórdão, não enseja reexame. Seria a hipótese de se atacar a conclusão do acórdão de que teria havido redução remuneratória global, e, portanto, ofensa ao art. 37, XV, da CF (pretensão de alteração da qualificação jurídica), em um caso no qual o fato narrado na decisão foi apenas a redução de *parcela* remuneratória, deixando-se explícito no bojo do acórdão que se manteve intacta a remuneração global. Por conseguinte, valendo-se dos fatos descritos no acórdão, pretende-se alterar a qualificação jurídica dada àqueles, o que, *per se*, não é vedado pelos óbices sumulares.

Assim, o que deve nortear a distinção é a necessidade ou não de se investigarem os fatos, o que pressupõe análise das provas dos autos. Com efeito, as cortes superiores, no que tange à competência definida nos artigos 102, III, e 105, III, da CF/88, não têm a função de corrigir erros atinentes à constatação dos julgadores sobre os fatos, mas apenas sobre as normas, que qualificam os fatos. Nesse sentido, *in verbis*:

[...] Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão

recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados. (STJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999, p. 36.).

Deve-se ter em mente, assim, não se estão presentes fatos na discussão, e sim se há dúvida sobre a sua ocorrência, por não estarem explicitados no acórdão. A utilização dos fatos descritos na decisão para se alterar sua qualificação, como se viu, é questão de direito; há questão de fato, ao revés, quando há necessidade de se discutir se a prova leva à ocorrência ou não dos fatos.

Nesse passo, a terminologia da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, “reexame de prova” está tecnicamente correta, pois é o revolvimento da prova que enseja a questão de fato, “[...] visto que é lícito ao Superior Tribunal de Justiça efetuar atividade cognitiva, em sede de recurso especial, da situação fática retratada na decisão recorrida, desde que confrontada com legislação federal.” (OLIVEIRA, 2002, p. 281).

Ainda neste contexto, para Oliveira (2002), no caso de decisão concessiva ou denegatória da antecipação de tutela, a alegação em recurso especial de que os fatos contidos no acórdão recorrido configuram ou não verossimilhança e *periculum in mora* refere-se à qualificação jurídica dos fatos; não há reexame fático-probatório porque o tribunal superior pautará sua cognição sobre a subsunção da lei federal (art. 273 do CPC) aos fatos já delineados no acórdão.

Para o autor, também se inclui, na categoria de questões sobre qualificação jurídica dos fatos – portanto, passível de exame pela via dos recursos excepcionais – a qualificação ou interpretação jurídica de cláusula contratual. Isto não se confunde com o que é expressamente vedado pela Súmula STF nº 454, e pela Súmula STJ nº 5: a simples interpretação de cláusula contratual. É o mesmo raciocínio a ser seguido no caso da Súmula STF nº 279

e da Súmula STJ nº 7, como se vê no exemplo trazido pelo autor, que informa ser possível a pretensão, em recurso especial, de alterar a natureza jurídica da cláusula contratual interpretada pelo tribunal de origem como moratória, para compensatória.

O julgado abaixo, do STJ, é didático ao diferenciar caso de ofensa à Súmula STJ nº 7 de hipótese em que é possível o reexame da matéria, em questão envolvendo a qualificação jurídica dos fatos. Traz, igualmente, como critério estarem os fatos descritos no acórdão para que se afaste a aplicação da súmula:

*Recurso especial. Não ofende o princípio da Súmula 7 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados. (AgRg nos EREsp 134108/DF, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ 16/08/1999, p. 36). (grifo nosso).*

Assim, segundo o julgado, que se coaduna com os critérios doutrinários antes descritos, é possível alterar a qualificação dada aos fatos em sede de recurso especial; o que não se permite é concluir diversamente sobre a ocorrência dos fatos.

Mais um exemplo de afastamento da súmula em caso de alteração na qualificação jurídica dos fatos é o do Agravo Regimental no Recurso Especial STJ nº 1.293.221/RS<sup>17</sup>, de cuja ementa se transcreve o seguinte excerto:

[...] 2. Recurso da entidade de previdência privada. 2.1. Violação ao artigo 535 do CPC não configurada. Acórdão da Corte local, complementado no julgamento de embargos declaratórios, que

---

<sup>17</sup> Relator Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 06.09.2012, DJe 28.09.2012.

enfrentou, de modo fundamentado, todos os aspectos essenciais à resolução da lide. 2.2. Pretensão de incorporação do abono salarial único nos proventos da aposentadoria complementar. 2.2.1. *A análise da controvérsia prescinde de interpretação de cláusula contratual e reexame de prova, motivo pelo qual não incidem, na espécie, as Súmulas 5 e 7 do STJ. Fatos incontroversos delimitados no acórdão recorrido. Não há divergência sobre o teor das normas coletivas* (que concedem abono único aos bancários ativos em determinados períodos), *mas apenas acerca da definição da natureza jurídica da citada verba* para fins de incorporação ou não no benefício previdenciário complementar. (grifou-se).

Não se pode deixar de pontuar que, apesar de se constatarem critérios aptos a resolver o dilema do reexame fático-probatório, não são raras as decisões monocráticas que negam seguimento aos recursos com invocação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, mesmo em casos que certamente não seriam considerados questões de reexame fático-probatório, se seguidos os critérios acima aludidos.

Encontram-se decisões que se valem da justificativa de que a corte *a quo* julgou com base em provas, como se isto pudesse ser critério capaz de diferenciar questões de fato e de direito para os fins das súmulas. Destaca-se que se constatou menos a utilização de critérios equivocados na decisão e mais fundamentações deficientes, no que concerne à aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7, o que fere a exigência do artigo 93<sup>18</sup>, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 e o artigo 458<sup>19</sup>, inciso II, do Código de Processo Civil.

---

<sup>18</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>19</sup> Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...].

Relata a doutrina também, com menos frequência, julgados que, inversamente, entenderam ser questão de direito, e não reexame, casos onde aparentemente se fez necessário revolver o conjunto de provas dos autos, sem que os fatos estivessem alinhavados no acórdão recorrido. Ommati (2007, p. 96/7) traz como exemplo o Recurso Especial nº 268.249/DF<sup>20</sup>, em que se sopesou um fato (preterição na ordem de chamada de concurso público) não considerado pelas instâncias inferiores, o que se revela pela forma como iniciou o ministro Félix Fischer em seu voto: “da análise dos documentos acostados à inicial”.

### 3. Considerações finais

Pôde-se verificar que nem sempre é tarefa fácil descortinar quais hipóteses envolvem reexame fático-probatório a impedir o conhecimento dos recursos excepcionais.

Uma pesquisa simples de jurisprudência no *site* do STJ ou do STF revela um elevado número de decisões monocráticas que negam seguimento por aplicar as citadas súmulas. Muitas delas carecem de uma motivação específica e aprofundada que justifique o não conhecimento sob este fundamento. Felizmente, como visto, também há muitos julgados que definem verdadeiros nortes aos operadores do direito, coadunando-se com os critérios doutrinários aqui vistos.

Quem opera junto às cortes superiores vê uma atuação muitas vezes superficial quanto à aplicação dos referidos óbices sumulares. Talvez esse agir decorra do sempre invocado volume excessivo de processos com que tais tribunais deparam, frequentemente acompanhado do discurso de se restringir cada vez mais o acesso do jurisdicionado mediante a via recursal. Assim, o cenário de incertezas quanto ao cabimento ou não dos recursos extraordinários,

---

<sup>20</sup> Recurso Especial nº 268.249-DF. Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator: Felix Fisher, j. 25.06.2002. DJ 19.08.2002.

à luz do reexame de fatos e provas, parece advir não apenas da dificuldade de discernimento entre questões de fato e de direito – que, como se viu, não se restringe ao plano ontológico, permeando igualmente a seara técnico-processual –, originando-se também do aumento do que se denomina de jurisprudência defensiva, que nem sempre se preocupa com a fundamentação das decisões denegatórias de recurso nem com a consistência dos julgados.

Apesar disso, também se observou ser perfeitamente possível traçar critérios para nortear a distinção entre questão de fato e de direito no que concerne ao reexame fático-probatório. A doutrina e a jurisprudência viram a necessidade de apontar um critério técnico-processual, assim designado por se voltar especificamente à impugnação das decisões pela via extraordinária, já que o critério ontológico não tem serventia nessa seara.

Viu-se que o envolvimento dos fatos sempre ocorrerá, já que o fenômeno do direito se dá quando da incidência da norma no mundo dos fatos. Contudo, o que deve nortear a aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7 é a verificação do que necessita ser reexaminado, revolido, para que se altere a conclusão jurídica da instância anterior, em função da natureza excepcional dos recursos extraordinário e especial, conforme definida na Constituição Federal.

Para tanto, Marinoni vale-se da ordem cronológica, por assim dizer, das etapas de raciocínio do julgador, para distinguir as questões, consoante o objeto de discussão que o recurso reclama, o que, combinado aos parâmetros de Wambier, resultam em quatro tipos: (i) a questão anterior à relação fato-prova (reavaliação de prova), que leva em conta a prova abstratamente considerada (v.g., discussão sobre o ônus probatório); (ii) a questão atinente a alterar a convicção do julgador, que envolve a relação fato-prova em si e, portanto, implica no vedado reexame; (iii) a questão imediatamente posterior à relação fato-prova, relacionada com a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos (caso que demanda a averiguação de constarem ou não os fatos relevantes no acórdão) e; (iv) a questão também posterior à relação

fato-prova, quando já ultrapassada a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos, alusiva à aplicação da consequência jurídica adequada ao instituto jurídico encontrado por intermédio daquela.

Consoante o norte trazido por Marinoni (2005), que aqui se denominou de etapas de raciocínio, percebeu-se que todas as vezes que, para se constatar a ofensa à norma no recurso, tiver que ser revolvida a relação fato-prova, que atine diretamente à convicção sobre os fatos, haverá reexame fático-probatório, vedado pelas citadas súmulas. Assim, dar-se-á o reexame fático-probatório quando se pretender em tais recursos viabilizar um “juízo que resulte da análise dos fatos a partir das provas” (MARINONI, 2005).

A *contrario sensu*, afastam a aplicação da Súmula STF nº 279 e da Súmula STJ nº 7 as questões anteriores e as posteriores à relação fato-prova. Ambas ensejam a ilegalidade, o erro de direito, e não atinem diretamente à formação da convicção mediante a prova dos autos, mas estão situadas em momentos diversos.

No que concerne à última espécie de questões, *i.e.*, quando estiver em jogo a pretensão de alterar a consequência jurídica, não haverá dúvidas de que se cuida de questão de direito, pois se presume ter passado da etapa de subsunção da norma ao fato.

Para o penúltimo tipo, contudo, referente à pretensão de alteração da qualificação jurídica, deve se averiguar se há ou não a necessidade de se examinarem as provas dos autos para se concluir pela ocorrência ou não do fato, se tal fato for relevante à *quaestio* jurídica.

Afastam-se do reexame, portanto, tanto as questões sobre reavaliação de prova, como aquelas sobre qualificação jurídica dos fatos que partam da premissa fática estabelecida pelo acórdão, além das questões que ultrapassaram essa etapa de qualificação jurídica, recaindo na fase de aplicação da consequência jurídica ao instituto descoberto pela qualificação.

Pode-se concluir, então: ainda que a alegação da parte recorrente verse sobre fatos, se estes forem incontroversos e estiverem descritos no acórdão, cuidar-se-á de questão de direito a pretensão de alteração da sua qualificação jurídica, que afasta a aplicação das citadas súmulas.

Assim, a relevância dos fatos para a compreensão da questão jurídica e, igualmente, a importância dos fatos para o acórdão recorrido não ensejam necessariamente o reexame fático-probatório vedado pelas súmulas.

Por fim, podem ser condensados em breves linhas os seguintes parâmetros: não será verificado o vedado reexame quando se discute apenas o direito probatório (reavaliação de prova), bem como nas hipóteses em que a questão jurídica *não* esteja atrelada à dúvida sobre *se* ou *como* os fatos relevantes se deram.

## 4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Presidência da República. *Legislação*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 3 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 7: como o STJ distingue reexame e reavaliação da prova*. Brasília, DF, 2012. Não paginado. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/porta1\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787](http://www.stj.gov.br/porta1_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104787)>. Acesso em: 3 jan. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta1/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

CARNEIRO, A. G. Anotações sobre o recurso especial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, nº 654, p. 7-15, abr. 1990.

CARNEIRO, A. G. *Recurso especial, agravos e agravo interno: exposição didática: área do processo civil, com invocação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAVALCANTE, M. C. *Recursos especial e extraordinário*. São Paulo: Dialética, 2003.

DIDIER JÚNIOR, F.; ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais* 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 3.

MANCUSO, R. C. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9. ed., rev., ampl. e atual. com a Reforma do Judiciário (EC 45/2004). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Série Recursos no Processo Civil, v. 3).

MARINONI, L. G. Reexame da prova diante dos recursos especial e extraordinário. *Revista Jurídica*, Sapucaia do Sul, v. 53, nº 330, p. 17-33, abr. 2005.

MOREIRA, J. C. B. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2000. v. 5.

NAGIB, M. F. U. A competência recursal extraordinária do STF e do STJ. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 2, nº 7, p. 141-173, jul. 2007.

NERY JÚNIOR, Nº Questões de ordem pública e o julgamento do mérito dos recursos extraordinário e especial: anotações sobre a aplicação do direito à espécie (STF 456 e RISTJ 257). In: MEDINA, J. M. G. et al. (Coord.). *Poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 966-973.

OLIVEIRA, G. K. L. *Recurso especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Recursos no Processo Civil, v. 9).

OMMATI, J. E. M. Crítica à distinção entre reexame e reavaliação de prova na jurisprudência do STJ. *Panóptica*, Vitória, ano 1, nº 5, p. 93-102, jan. 2007.

PESSOA, R. D. Juízo de mérito e grau de cognição nos recursos de estrito direito. In: NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 495-520. (Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos, v. 10).

ROENICK, H. H. C. A Súmula nº 7 do STJ e o reexame em sede de recurso especial da prova produzida com a petição inicial do mandado de segurança. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, nº 73, p. 336-341, jul. 1998.

SANTOS, C. Competência do Superior Tribunal de Justiça recurso especial e recurso ordinário. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, São Paulo, v. 20, nº 151, p. 9-31, ago. 1996.

SARAIVA, J. *Recurso especial e o STJ*. São Paulo: Saraiva, 2002.

WAMBIER, T. A. A. Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 23, nº 92, p. 52-70, out./dez. 1998.

WAMBIER, T. A. A. Recurso especial e ações de família. *Revista de Processo*, ano 34, v. 176, p. 36-49, out. 2009.

WAMBIER, T. A. A. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. reform. e atual. da obra controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, T. A. Jurisdição constitucional do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 37, nº 212, p. 13-23, out. 2012.

Breve Crítica à Utilização  
Temerária do § 1º - A, do  
Art. 557 do Código de  
Processo Civil, quando da  
não Fundamentação da  
Decisão pelo Relator.\*

Samara Magalhães  
de Carvalho\*\*

## Resumo

O presente trabalho propõe-se a fazer uma breve crítica à utilização indiscriminada do § 1º - A, do art. 557 do CPC, pelos Relatores nos Tribunais sem que haja uma adequação da decisão monocrática que dá provimento de plano ao recurso em pauta sem demonstrar as exigências previstas na norma, utilizando-se, assim, da textura aberta da norma e de sua zona de penumbra para julgar da forma que lhes for mais conveniente, desvirtuando o instituto e ferindo diversos princípios constitucionais.

## 1. Introdução

Existe, atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes bastante estruturado. As bases dessa normatização estão no artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC) e na própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), que atribui ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a função de uniformizar a interpretação constitucional e a interpretação da legislação federal, respectivamente.

O presente artigo não tem o intuito de criticar a relevância que o uso dos precedentes tem tido na evolução do direito jurisprudencial brasileiro, nem tampouco do art. 557, § 1º-A, do CPC, que ampliou os poderes decisórios do Relator. Pelo contrário, o fato é que encontramos no §1º-A, do art. 557, do CPC, uma ferramenta que se bem utilizada proporciona celeridade da prestação jurisdicional, ao minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados

---

\* Artigo apresentado como exigência do curso de pós-graduação em *Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais* pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-RIO. 2013

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010; Pós-Graduanda em Controle de Constitucionalidade e Direitos Fundamentais pela PUC/RIO; Especialista em Direito Tributário pela UNISUL/LFG (2009); Especialista em Direito Público, Área Constitucional pela UNP/Rio Grande do Norte (2007).

e reduzir o tempo de julgamento dos recursos, dando efetividade ao princípio da economia processual<sup>1</sup>.

Todavia, tal ferramenta mal utilizada, e é o que se pretende criticar no presente trabalho, tem o efeito oposto, pois acaba por postergar a solução da lide com a interposição do Agravo ao colegiado e o que deveria ser exceção passa a ser regra, vez que não se tem por parte do jurisdicionado confiança no julgamento monocrático do relator, ferindo diversos princípios constitucionais e processuais.

Em muitos julgados os relatores aplicam o §1º-A, do art. 557 do CPC, valendo-se para tanto da zona de incerteza da norma que traz em sua redação a possibilidade de dar provimento de plano ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com a jurisprudência dominante dos tribunais superiores, mas o aplicam sem o menor cuidado de fundamentar e demonstrar a adequação do precedente utilizado como paradigma e a decisão objeto do recurso em pauta.

Percebe-se que em muitos casos o Relator se utiliza da textura aberta da norma e das incertezas daí decorrentes, para julgar da forma que melhor lhe aprouver, utilizando-se, para tanto, da chamada zona de penumbra<sup>2</sup>, que, no caso da norma do art. 557, trata-se justamente do entendimento quanto ao que seria estar em *“manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”*, onde a referência aos precedentes jurisprudenciais tem sido o único fundamento da decisão.

Destacar-se-á, por outro lado, que as dificuldades para o julgamento com base em precedentes são naturais, na medida em que se está a operar com uma cláusula aberta; todavia, tais dificuldades não podem ser escudo

---

<sup>1</sup> Segundo a doutra jurista processualista Ada Pellegrini Grinover (*Teoria Geral do Processo*, p.79), o denominado princípio da economia processual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais

<sup>2</sup> Conceito aplicado por HART, H.L.A. *O conceito de Direito*, p. 147



para se empregar uma ferramenta de agilidade processual sem que haja uma verdadeira adequação do caso concreto à norma, sem motivar a decisão, ou seja, sem cumprir as exigências do dispositivo legal, ainda que a norma tenha uma zona que permita ao magistrado atuar com certa discricionariedade.

## 2. Evolução dos poderes do relator na redação do art. 557 do CPC

Ao longo dos anos o sistema recursal brasileiro passou por várias alterações legislativas, a maioria tendo como escopo diminuir a lentidão na prestação jurisdicional, dando efetividade ao princípio econômico, da teoria geral dos recursos, segundo o qual se deve obter o máximo do processo com o mínimo dispêndio de tempo e de atividade, respeitando-se, claro, as garantias das partes e as regras legais que regem o processo civil<sup>3</sup>.

Cita-se como principais exemplos das inovações processuais tendentes a dar maior celeridade à prestação jurisdicional: a repercussão geral no recurso extraordinário, as súmulas vinculantes e impeditivas de recursos, o julgamento de recursos por amostragem, a redução do cabimento dos embargos infringentes e, ainda, a instituição do regime de retenção do agravo como regra.

No contexto da evolução dos institutos processuais tendentes a diminuir a lentidão na prestação jurisdicional, bem como atender o bom senso, o senso comum de justiça e a ordem jurídica que rejeitam as hipóteses onde casos iguais são decididos de maneira distinta, pelo sentimento de injustiça que daí pode resultar<sup>4</sup>, foram também ampliados os poderes do Relator, que passou a ser competente para, em determinadas hipóteses, julgar o mérito dos recursos, dispensando-se seu envio ao Colegiado do Tribunal.

---

<sup>3</sup> Conceito aplicado por NERY JUNIOR, Nelson<sup>9</sup> Teoria Geral dos Recursos, p. 35.

<sup>4</sup> REIS, Palhares Moreira. A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 79.

E, ainda, no tocante à ampliação dos poderes do relator, tem-se a norma do artigo 557, do Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que, em sua redação original, apenas permitia ao Relator o indeferimento de recursos de agravo manifestamente improcedentes<sup>5</sup>. No mais, os poderes consistiam em relatar e preparar o recurso para a decisão coletiva, podendo convertê-lo em diligência, se insuficientemente instruído<sup>6</sup>.

Debateu-se, quando do surgimento dessa orientação por norma do regimento interno do Tribunal Superior Eleitoral, se a mesma seria ou não contrária à Constituição, pois delegava ao relator uma competência que, em tese, seria do Órgão Colegiado do Tribunal. Todavia, a posição que predominou é que, sendo o relator um órgão do Tribunal, este poderia, através do regimento interno, delegar essa competência decisória ao relator, desde que não houvesse impedimento de se levar ao conhecimento do colegiado o caso e a revisão da decisão monocrática proferida pelo relator<sup>7</sup>.

No ano de 1995, a Lei nº 9.139 alterou a redação do dispositivo, ampliando os poderes do relator, permitindo-o negar seguimento a qualquer recurso (e não mais apenas ao recurso de agravo) manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à jurisprudência do respectivo Tribunal ou Tribunal superior<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> Art. 557. Se o agravo for manifestamente improcedente, o relator poderá indeferi-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído.

Parágrafo único. Do despacho de indeferimento caberá recurso para o órgão a que competiria julgar o agravo.

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.765/1998 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis, p. 320-329.

<sup>7</sup> REIS, Palhares Moreira. A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 118.

<sup>8</sup> Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995) Parágrafo único - Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 5 (cinco) dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso. Interposto o agravo a que se refere este parágrafo, o relator pedirá dia. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Já no ano de 1998, a Lei nº 9.756/1998 novamente reformou o artigo 557, do CPC, que além de manter as prerrogativas existentes, autorizou o relator a dar provimento a qualquer recurso, nos casos em que a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (§ 1º -A):

*Art. 557, § 1º-A: “Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.*

Não entrando no mérito acerca dos muitos debates doutrinários provocados com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.756/98 no Código de Processo Civil, interessa ao objeto deste artigo registrar a crescente influência da jurisprudência na aplicação do direito ao caso concreto, não mais como fonte secundária do Direito, mas, por vezes, como único fundamento da decisão judicial.

Assim sendo, da leitura da redação do artigo 557, do CPC, percebe-se que ao longo do tempo as sucessivas reformas legislativas tiveram como consequência a ampliação das hipóteses de julgamento monocrático pelo relator, vinculado-se tal julgamento à utilização de precedentes jurisprudenciais (seja na forma de súmula ou posição dominante), tanto que no sistema atual o relator é investido de poderes decisórios para julgar monocraticamente qualquer tipo de recurso (podendo dar-lhe ou negar-lhe provimento), nos casos previstos pelo artigo 557, ao invés de enviá-lo à decisão colegiada, exatamente porque presume-se que o colegiado decidirá daquela forma que o relator decidiu.

Ocorre que, ao lado desse maior poder conferido aos relatores pela norma do art. 557, com a consequente ampliação das hipóteses de cabimento do instituto, o julgamento monocrático dos recursos tem sido muitas vezes utilizado de forma temerária, como se fosse a regra e não a exceção, onde o

Relator muitas vezes vincula o julgamento do recurso a precedentes que nem sequer são comprovadamente dominantes, o que fere de morte o instituto, bem como, o princípio da legalidade.

Sobre as inovações da Lei nº 9.756/98 e a vinculação das decisões aos precedentes, afirma José Carlos Barbosa Moreira<sup>10</sup>:

Vamos aqui limitar-nos a uma reflexão irônica. Quanta tinta se tem gasto (a imagem, reconhecemos, é obsoleta na era da informática, em que ninguém mais usa tinta para escrever...) no debate entre os partidários e os adversários da reforma constitucional destinada a atribuir eficácia vinculante a proposições inspiradoras de precedentes nos mais altos tribunais do país! Pois bem: sem precisão de emenda, a vinculação, para fins práticos, em boa medida vai-se insinuando, pé ante pé, sorrateiramente, como quem não quer nada, e não apenas em benefício de teses “sumuladas”, *senão até das simplesmente bafejadas pela preferência da maioria dos acórdãos*. (Grifo nosso).

Em continuidade, sobre a nova redação do art. 557, do CPC, e a questão relativa à adequação do caso concreto às jurisprudências anteriores, vejamos a lição do referido autor:

Nesta última hipótese de incidência do art. 557, mais que nas outras, pode causar graves injustiças a eventual afoiteza do relator em negar seguimento ao recurso: *nem sempre constitui sinal seguro de inconsistência a mera discrepância entre a tese defendida pelo recorrente e da proposição constante de súmula; (...)* Deve o relator examinar com cuidado especial as razões do recurso: é sempre possível que haja aí argumentos novos, não considerados quando da inclusão da tese contrária na súmula – à qual, no regime em vigor, não se reconhece eficácia vinculante. *Preferível suportar algum peso a mais na carga de trabalho dos tribunais a contribuir para a fossilização*

---

<sup>10</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Algumas inovações da Lei 9.756 em matéria de recursos civis*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, p. 329.

*da jurisprudência. A lei do menor esforço não é necessariamente, em todo e qualquer caso, boa conselheira.*<sup>11</sup> (Grifo nosso).

No mesmo sentido, de que ferem a legalidade as decisões que se utilizam do art. 557, do CPC, sem que sejam cumpridas as exigências previstas na norma, transcreve-se a ementa do REsp nº 617.471<sup>12</sup>, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. IMPOSTO DE RENDA. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO A RECURSO “MANIFESTAMENTE INADMISSÍVEL, IMPROCEDENTE, PREJUDICADO OU EM CONFRONTO COM SÚMULA OU COM JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO RESPECTIVO TRIBUNAL, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, OU DE TRIBUNAL SUPERIOR” (CPC, ART. 557, CAPUT) APRECIÇÃO DO RECURSO PELO ÓRGÃO COLEGIADO.

1. O caput do art. 557 do CPC autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.
2. *Ofende o art. 557, caput, do CPC a decisão monocrática que se limita a afirmar a conformidade da decisão impugnada com o entendimento dos Tribunais, deixando de proceder à indispensável demonstração da existência de orientação sedimentada no âmbito daquela Corte ou de Tribunal Superior a respaldar a tese adotada.*
3. Recurso especial provido. (grifo nosso)

Percebe-se, pois, a necessidade do Relator fundamentar as razões do julgamento monocrático, devendo este seguir o estabelecido no preceito legal que determina, em outras palavras, que seja feito um paralelo entre a ação em pauta e o precedente utilizado como paradigma, posto que, se o julgamento monocrático não for utilizado de forma fundamentada, ao invés

<sup>11</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. V. 5º, arts. 476 a 565, p. 203.

<sup>12</sup> STJ-1ª Turma., REsp 6177.471-SE, relator Ministro Teori Zavascki, j. 3.6.04, deram provimento, v.u., DJU 21.6.04, p. 177

de solucionar o conflito entre as partes de forma célere, o relator, além de atuar contra lei, postergará ainda mais a prestação jurisdicional.

### 3. Regra de textura aberta: § 1º, A, do art. 557, do CPC - da discricionariedade do Relator e da necessidade de adequação precedente

O êxito do Direito na vida social da coletividade depende da capacidade de se reconhecer atos, coisas e circunstâncias particulares como são os casos das classificações gerais que o direito faz, e a forma que o Direito se utiliza para ditar tais padrões são basicamente duas: pela legislação ou pelo precedente, sendo que, no primeiro caso, tem-se pouca indeterminação ao se estabelecer classificações, ao contrário do que ocorre com os precedentes<sup>13</sup>.

Conforme as próprias palavras de Herbert L.A. Hart em seu livro “O conceito de Direito”:

Têm-se usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para a comunicação de tais padrões gerais de conduta, com antecipação das ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. *Um deles faz um uso máximo* o outro faz *um uso mínimo de palavras gerais* a estabelecer classificações. *O primeiro é exemplificado por aquilo a que chamamos legislação* e o segundo pelo precedente<sup>14</sup>. (Grifo nosso)

<sup>13</sup> “O chamado precedente (*stare decisis*) utilizado no modelo judicialista, é o caso já decidido, cuja decisão primeira sobre o tema (*leading case*) atua como fonte para o estabelecimento (indutivo) de diretrizes para os demais casos a serem julgados. A norma e o princípio jurídico são induzidos a partir da decisão judicial, porque esta não se ocupa senão da solução do caso concreto apresentado. Este precedente, com o princípio jurídico que lhe servia de pano de fundo, haverá de ser seguido nas posteriores decisões como paradigma”, conceito de REIS, Palhares Moreira. A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 66).

<sup>14</sup> HART, H.L.A. *O conceito de Direito*, p. 137.

Nesse contexto, da necessidade do Direito se utilizar de padrões para estruturar a sociedade, a jurisprudência, fonte secundária do Direito, modo pelo qual os tribunais interpretam e aplicam as leis, caso a caso; é reiteradamente, um dos meios de integração do Direito, sempre esteve presente como um dos procedimentos de aplicação do direito, desde o tempo da República Romana, mesmo não tendo força obrigatória, é um parâmetro de orientação para os tribunais com vistas à aplicação uniforme do direito aos casos concretos<sup>15</sup>.

Por inúmeras razões que variam, por exemplo, do anseio geral por celeridade processual à necessidade de se dar efetividade ao princípio da igualdade, no sentido de que, situações semelhantes não devem ter resultados jurídicos diversos, com decisões judiciais diametralmente opostas, é que o Direito busca essa padronização, seja na legislação, seja no uso dos precedentes como método de julgamento, o que, por sua vez, constata-se pelo maior número de súmulas editadas, a instituição das súmulas vinculantes, do recurso repetitivo, entre outros exemplos.

Nesse diapasão, a evolução histórica do artigo 557 do CPC, dando maior autonomia ao Relator e aumentando as hipóteses de sua utilização, demonstram que de fato o processo civil brasileiro está cada vez mais conectado a essa padronização, com o uso da jurisprudência como forma de solucionar as lides.

Por outro lado, o emprego da jurisprudência como forma de solucionar a lide não é uma tarefa simples, vez que a comunicação de regras gerais por exemplos dotados de autoridade, que são os precedentes, traz consigo indeterminações de uma espécie mais complexa. O reconhecimento do precedente como um critério de validade jurídica significa coisas diversas em diversos sistemas e no mesmo sistema em períodos diversos. Por tal razão, a utilização do precedente é, em certos pontos, ainda altamente controversa: na verdade, mesmo os termos-chaves usados na teoria, “*ratio*

---

<sup>15</sup> REIS, Palhares Moreira. A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, p. 39

*decidendi*” “*factos materiais*”, “interpretação”, têm uma penumbra própria da incerteza<sup>16</sup>.

E a questão que se enfrenta neste artigo decorre do fato do §1º-A, do art. 557, do CPC, ser um texto aberto, que, ao autorizar o magistrado à possibilidade de utilização do precedente para julgar o recurso, afastando-se da regra geral que é o julgamento colegiado do recurso, no caso em que, segundo sua redação, a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com o precedente, deixa em aberto inúmeras possibilidades interpretativas a cargo do relator, vez que não se pode determinar *ab initio* quais são os recursos em que esse preceito pode ou não ser utilizado.

O conceito de textura aberta foi elaborado pela primeira vez pelo filósofo Friedrich Waismann. Trata-se de uma indeterminação da linguagem presente nas chamadas afirmações empíricas. A constatação ou verificação dessas afirmações nunca pode ser feita de forma conclusiva, justamente por sempre existir margem para dúvida acerca do que a afirmação realmente quis dizer<sup>17</sup>. Quem levou a expressão “textura aberta” para o campo da Teoria do Direito foi Herbert L.A. Hart, como uma forma de expressar a possibilidade de imprecisão presente no conteúdo das leis.

Como as regras descrevem situações concretas sem grandes minúcias, já que devem ser genéricas para conseguir enquadrar várias situações, constantemente teremos dúvida acerca de seu conteúdo e do que se quis dizer. Por exemplo: os casos A e B são regulados por tal regra? A presença de uma característica específica no caso A faz com que este ainda seja enquadrado sob os limites de tal regra? São dúvidas comuns que surgem devido a uma constante “penumbra de dúvida” existente nesse esforço de se colocarem fatos concretos sob enunciados gerais<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> HART, H.L.A. *O conceito de Direito*, p. 147.

<sup>17</sup> STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*, p.23.

<sup>18</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*, p.134.

Uma possível solução para isso seria o detalhamento pormenorizado de cada regra, no entanto, isso é impossível, já que o legislador nunca poderá antecipar todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Assim, a “textura aberta” no Direito é, em alguma medida, inevitável<sup>19</sup>.

Sobre a textura aberta e a padronização de comportamento, vejamos a lição de Hart:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como textura aberta<sup>20</sup>.

E, ainda sobre textura aberta e o Direito, afirma o autor:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis (...) <sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> RHART, H. L. A. O conceito de direito, p. 151.

<sup>20</sup> Ibid, p. 140.

<sup>21</sup> Ibid, p. 148-149.

Do ponto de vista jurídico, Hart constata que há situações de fato simples nas quais as expressões gerais são facilmente empregadas, existindo, todavia, aquelas situações nas quais a facilidade não se faz presente. As situações fáticas não se apresentam ao aplicador previamente catalogadas, nem as regras aplicadas avançam, reclamando seus casos de utilização<sup>22</sup>.

Assim, quando a norma expressamente possibilita a solução do conflito pela utilização do precedente, como é o caso do artigo 557, do Código de Processo civil, ela apresenta uma textura aberta, arrisca-se dizer, em um nível extremo, vez que as dúvidas que geram são muitas e de todas as ordens, por exemplo: não se é possível determinar de antemão qual será o precedente usado, qual a jurisprudência que deve prevalecer, se o precedente realmente é adequado ao caso concreto, quais serão as especificidades do caso concreto, entre outras inúmeras dúvidas.

No caso do §1º-A, do art. 557 do CPC, a zona de certeza do dispositivo encontra-se na norma na qual o legislador autoriza o Relator a dar provimento de plano ao recurso, o que por si só afasta a regra geral, que é o julgamento colegiado dos recursos em segundo grau de jurisdição. Já a zona de incerteza da norma, a textura aberta, a zona de penumbra, diz respeito justamente à hipótese em que tal conduta é permitida, que são nos casos em que *“a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”*.

Trata-se de uma textura aberta porque, como afirmado alhures, não se pode definir de antemão quando o preceito poderá ser utilizado, vez que cada decisão objeto de recurso posto a julgamento pode ou não ser contrária a vários outros julgamentos, pode ou não ser parcialmente ou manifestamente contrária ao paradigma e ainda, o precedente que contraria a decisão pode ou não ser dominante e, nesse ponto, é que se

---

<sup>22</sup> Ibid, p. 139.



encontra a grande margem de discricionariedade do relator, vez que caberá a ele decidir se o recurso pode ser julgado monocraticamente, porque a decisão recorrida viola MANIFESTAMENTE uma súmula ou a jurisprudência DOMINANTE dos Tribunais Superiores ou se, por outro lado, deve enviar o recurso para o colegiado.

Tem-se que, diante dessa margem de dúvida, caberá ao magistrado interpretar a regra da forma que julgar mais apropriada ao caso concreto com o qual estiver lidando, ou seja, caberá ao relator decidir se a decisão recorrida contraria outra decisão que se tornou dominante ou até mesmo uma súmula, e nesse ponto é que se tem, destaca-se, a textura aberta do dispositivo legal, vez que, haverá casos simples, nos quais os termos gerais da norma não necessitarão de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação do §1º-A, do art. 557 do CPC, parecerá não ser problemático ou ser “automático”, são os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.

Todavia, o problema da aplicação do dispositivo em análise e as hipóteses em que se percebe sua má utilização, encontram-se nos casos em que não se está diante de uma hipótese clara de confronto com o precedente. São nesses casos que o §1º-A, do art. 557 do CPC, tem sido utilizado de forma inadequada, sem que sejam observadas pelo relator as imposições da norma, que são: *a necessidade de que a decisão recorrida esteja em manifesto confronto com súmula ou com a jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores.*

*Mas o que é manifestamente contrário a uma súmula ou a jurisprudência dominante no caso concreto?*

O artigo 557, do CPC, ao mesclar a linguagem de autoridade com o exemplo dotado de autoridade, dá uma carta branca ao relator, que pode reformar sozinho uma decisão que já foi proferida por outro magistrado, este que, de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, teve

entendimento contrário a uma súmula ou à jurisprudência *dominante* dos Tribunais Superiores, porque o Relator do recurso entende que a decisão viola o precedente, sem que ele tenha, em tese, a obrigação de fundamentar sua decisão, adequando sua decisão de reforma ao precedente utilizado e mostrar quais as razões pelas quais a decisão recorrida é manifestamente contrária ao que restou decidido reiteradamente pelos tribunais superiores, justificando a aplicação do preceito legal.

Temos então, que o que se critica nesse artigo são os casos nos quais o Relator se utiliza da zona de incerteza da norma, da zona de penumbra, que é ontológica no conceito de precedente, para julgar da forma que lhe for mais conveniente, e isso expõe casos onde o relator, ao aplicar o dispositivo e dar provimento de plano ao recurso, invoca precedentes que pouco se adéquam à lide, onde a razão de decidir do paradigma é diversa da decisão recorrida, ou mesmo nem sequer citam a jurisprudência dominante que teria sido violada pela decisão recorrida, e assim, ao não fundamentarem sua decisão, agem de forma temerária, violando inúmeros princípios como, por exemplo: o da legalidade, do livre convencimento motivado, do devido processo legal, da ampla defesa etc.

Dessa forma, aquele que, até então, era o vencedor da demanda, passa a ser o sucumbente sem nem ao menos precisar em que exatamente a decisão que lhe era favorável violou a jurisprudência dominante, se é que o precedente invocado realmente se trata de jurisprudência dominante, se a razão de decidir do paradigma é a mesma da lide em questão, entre outras dúvidas que se proliferam nos julgamentos monocráticos dos recursos mal fundamentados.

Restará então ao vencido ingressar com Agravo Interno, porém, em que pese à garantia de acesso ao Órgão colegiado, em regra, o recorrente não será avisado do dia do julgamento, nem tampouco poderá fazer sustentação oral a fim de alertar os demais desembargadores sobre as particularidades do caso



concreto, o que demonstra, por sua vez, o perigo do julgamento monocrático pelo Relator quando deficiente a análise do precedente à lide proposta.

Destaca-se que existem acórdãos da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerando que a nova redação do art. 557 “*implica revogação de dispositivos processuais antecedentes relativos à própria apelação, aos embargos infringentes e à ação rescisória*” e, além disso, “*constitui inequívoca restrição ao princípio da ampla defesa*” (STJ-2ªT., REsp 299.872-MG, rel. Min. Peçanha Martins, j.6.6.02, deram provimento, v.u., DJU 2.9.02, p. 157)<sup>23</sup>.

A esse respeito, no mesmo sentido da crítica aqui tecida, observa José Carlos Barbosa Moreira<sup>24</sup>:

Em nosso país, quem examinar os acórdãos proferidos, inclusive pelos tribunais superiores, verificará que, na grande maioria, a fundamentação dá singular realce à existência de decisões anteriores que hajam resolvido as questões de direito atinentes à espécie *sub judice*. Não raro, a motivação reduz-se à enumeração de precedentes: o tribunal dispensa-se de analisar as regras legais e os princípios jurídicos pertinentes – operação a que estaria obrigado, a bem da verdade, nos termos do art. 458, nº II, do Código de Processo Civil, aplicável aos acórdãos nos termos do art. 158 – e substitui o seu próprio raciocínio pela mera invocação de julgados anteriores. Escusado aditar que outro tanto vale, a *fortiori*, para os juízos de primeiro grau. (Grifo nosso).

A aplicação do Direito através de precedentes em todas as suas formas, embora acompanhada por algumas diretivas gerais, como no caso do preceito ora analisado, onde a norma prevê expressamente que o recurso será provido

<sup>23</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; com a colaboração de BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 775.

<sup>24</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos*, p. 58.

quando a decisão recorrida for manifestamente contrária ao precedente, pode deixar em aberto uma série de possibilidades, e, por isso, de dúvidas, relativamente à adequação do caso ao paradigma invocado.

Nesse ponto, é de suma importância que o Relator se atente à chamada “*ratio decidendi*”, que significa em latim a razão de decidir, que é a razão ou fundamento da decisão judicial analisada, demonstrando assim, o fundamento jurídico do seu entendimento.

“Na verdade, a *ratio decidendi* de um caso constitui precisamente o precedente para o futuro, isto é, a regra dotada de autoridade que permite a decisão de igual modo de um caso futuro em que se revela um conjunto semelhante de factos”<sup>25</sup>.

Entendemos, pois, que no uso do precedente como forma de dar concretude ao princípio da igualdade, da ampla defesa, do devido processo legal, bem como, da efetividade e da economia processual, é fundamental a necessidade de adequação do caso em análise ao precedente invocado, relacionando no que a razão de decidir do caso paradigma foi violada na decisão recorrida, demonstrando que se tratam de casos semelhantes e que devem ter a mesma solução jurídica, não bastando para utilização do dispositivo legal que o relator apenas cite um precedente fazendo referências genéricas entre os casos.

Nesse sentido: “A existência de um único precedente não autoriza o julgamento monocrático pelo relator” (STJ - 3ª T., AI 664-251 – AgRg, Min. Gomes de Barros, j. 6.3.07, DJU 7.5.07). Bem como: “*Será dever do relator abster-se de julgar de plano sempre que não veja uma situação manifesta, isto é, límpida e indiscutível*” (RSTJ 151/185)<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Sobre essa material, consultar o livro de Rupert Cross, *Precedent in English Law*. 3 ed., Oxford, 1977, In HART, H.L.A. *O conceito de Direito*, p. 147.

<sup>26</sup> NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; com a colaboração de BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p.776.

Por isso, em contraste com a indeterminação do precedente, a atuação dos relatores deve ser clara, as razões para o provimento monocrático do recurso devem ser fundamentadas, demonstrando-se de que forma a decisão recorrida viola o precedente.

Dessa forma, a parte que teve sua decisão favorável reformada pelo relator, poderá adotar a melhor medida no caso, seja a resignação por compreender a regra geral comunicada pelo precedente invocado, seja interpondo agravo ao colegiado, por entender haver distinção e diferenças juridicamente relevantes entre o precedente e a decisão recorrida.

Nesse sentido, de que a utilização da jurisprudência como solução da lide pode gerar inúmeras dúvidas, destaca-se, mais uma vez, o entendimento de Hart<sup>27</sup>:

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas.

O poder discricionário que assim é dado ao Relator pelo texto aberto do §1º-A, do art. 557 do CPC, é muito amplo; de tal forma que, o magistrado ao entender, por bem, aplicar no julgamento do recurso a possibilidade de provimento monocrático, tal ato se constitui, na verdade, de uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional.

---

<sup>27</sup> HART, H.L.A. O conceito de Direito, p. 139.

Dessa forma, o fato do §1º-A, do art. 557, CPC, ser uma regra de textura aberta, conferindo maior discricionariedade de atuação, não exime o relator de aplicar o dispositivo de forma fundamentada, de acordo com o devido processo legal, pois quando se está a tratar de regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem pode oferecer, sob pena de, ultrapassando o limite da discricionariedade, proferir decisões arbitrárias e desarrazoadas.

É necessário que se entenda que, sendo a função judicante destinada à prestação jurisdicional do indivíduo, a liberdade de convencimento do magistrado não pode ser levada aos extremos, uma vez que a sua missão é a de dirimir os conflitos de interesses das partes, assim sendo, ao proferir a decisão, deverá o relator do recurso indicar em seu voto os motivos que lhe formaram o convencimento e que deverão estar nos limites estabelecidos na Constituição e nas leis pertinentes, sob pena de gerar ainda mais conflitos ao invés de solucioná-los.

Quanto à necessidade de fundamentação do voto pelo Relator, Hart entende que:

*O mais importante destes factores, que mostram que, ao agirmos, aplicamos uma regra, consiste em que, se o nosso comportamento for posto em causa, estamos dispostos a justificá-los por referencia à regra: e a genuinidade da nossa aceitação da regra pode ser manifestada não só nos nossos reconhecimentos gerais dela, passados e futuros, e na conformidade com a mesma, como também na nossa crítica ao nosso próprio desvio ou ao dos outros relativamente a ela*<sup>28</sup>. (Grifo nosso).

Há, como exposto, casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, no qual a decisão do relator é facilmente justificada,

---

<sup>28</sup> HART, H.L.A. O conceito de Direito, p. 153.

todavia, nos casos mais complexos, o relator deverá exercer um poder discricionário e, por isso, faz-se necessário que sua decisão, com suporte no §1º-A, do art. 557, do CPC, seja bem fundamentada, traçando-se um paralelo entre os casos: por quais razões a decisão precisa ser reformada, em quais pontos ela contraria o precedente, dando então segurança jurídica na aplicação do preceito.

O relator ao escolher fazer uso ou não do julgamento pelo §1º-A, do art. 557 do CPC, deve ter em mente, portanto, a finalidade inicial da norma, o seu sentido, que entendemos que é o de promover a isonomia e permitir um julgamento célere, desburocratizando a pauta das sessões de julgamento, não necessitando para que se efetive a padronização das condutas sociais e a aplicação do Direito que se aguarde o julgamento colegiado do recurso.

## 4. Conclusão

O direito processual brasileiro, após inúmeras evoluções, vem cada vez mais buscando mecanismos para responder os anseios da sociedade quanto ao Direito, buscando normas que conciliem celeridade com justiça. Nesse contexto é que se encontra a norma do §1º-A, do art. 557, do CPC, que, ao permitir ao Relator dar provimento de plano ao recurso quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dos tribunais superiores, demonstra a intenção do legislador de desburocratizar as sessões dos Tribunais, sem ferir o devido processo legal.

Todavia, para não perder o foco da razão de ser do dispositivo, é preciso que os relatores se atentem para os requisitos previstos na norma, e isso quer dizer aplicação do princípio do livre convencimento motivado, ou seja, da necessidade de fundamentação da decisão, relacionando em que o caso sub judice tem de semelhante com o precedente, bem como, em que a decisão recorrida viola o paradigma utilizado.

Agindo assim, evitam-se decisões temerárias e concretiza-se a função do instituto, que ao diminuir a pauta das sessões de julgamento confere ao jurisdicionado segurança jurídica e efetividade jurisdicional com celeridade.

## Referências Bibliográficas

FERRAZ, Leslie Shériida. *Efetividade das reformas processuais: decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – uma análise empírica.* – Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R., CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*, 14ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

HART. H.L.A. *O conceito de Direito*. 4ª edição Serviço de Educação e Bolsas. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, Jurisprudência, Precedente: uma escalada e seus riscos*. Caxias do Sul: Plenum, nº 4, jul. 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. V. 5ª, arts. 476 a 565*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; com a colaboração de BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 40 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

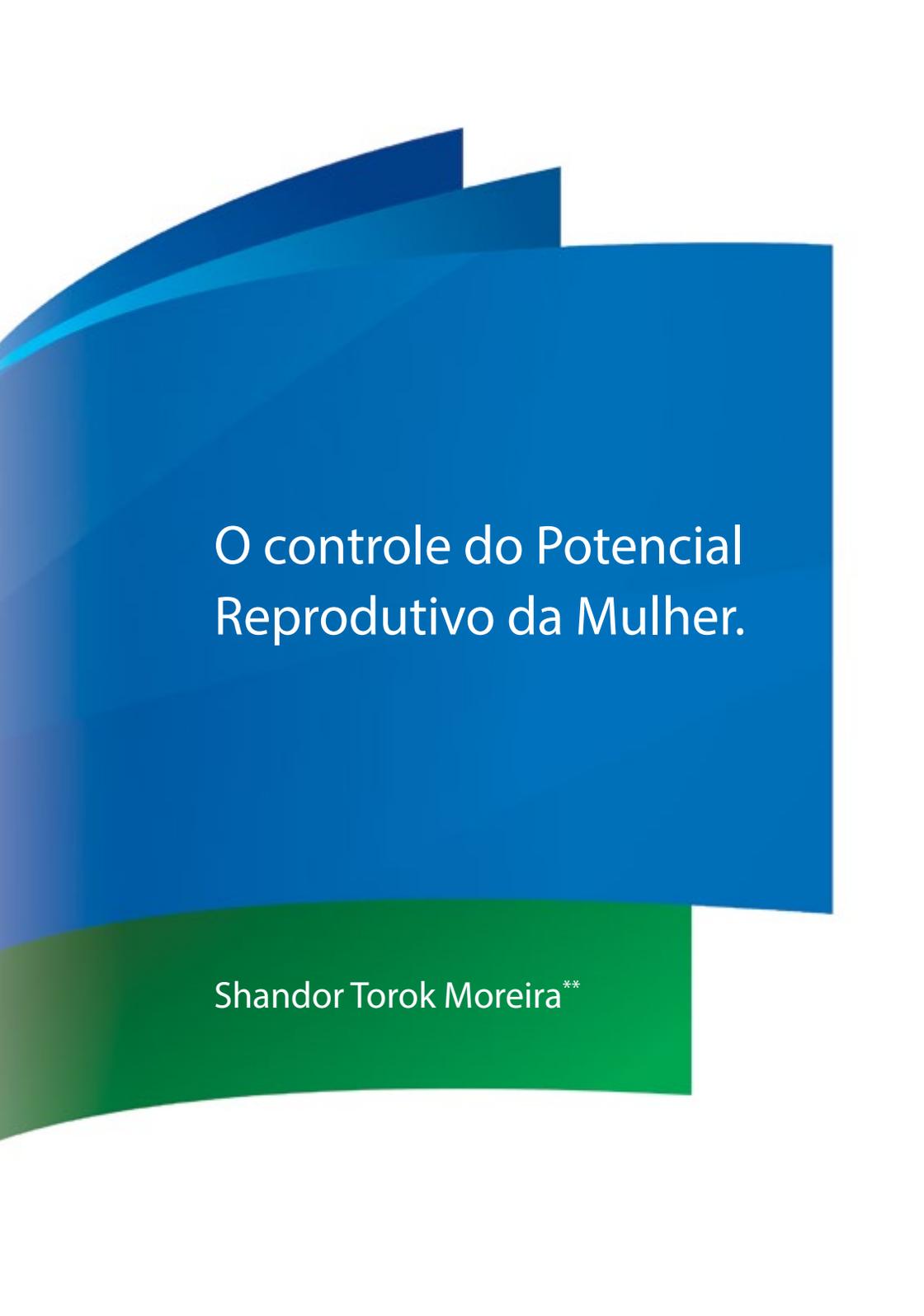
NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6.ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos Recursos Cíveis*, v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REIS, Palhares Moreira. *A Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal*, Brasília – DF: Editora Consulex, 2008.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a medium blue curve, and a large, solid blue rectangular area that frames the title. At the bottom, there is a green curved shape that frames the author's name.

# O controle do Potencial Reprodutivo da Mulher.

Shandor Torok Moreira\*\*

## Sumário

1. Introdução. 2. Escolher: não só um problema moral. 3. (Des)igualdade: uma inverdade repetida mil vezes se torna verdade. 3.1. Para que sejam iguais, mulheres devem poder escolher. 4. Escolha: um desdobramento da privacidade. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

## Resumo

O objeto deste artigo é a desigualdade entre os gêneros no Brasil. Esta desigualdade é trabalhada focando-se na questão do controle dos potenciais reprodutivos das mulheres. O direito de escolher prosseguir com eventual gestação é apresentado como integrando o âmbito dos direitos fundamentais à igualdade e à privacidade. A abrangência usualmente atribuída aos referidos direitos é utilizada para ilustrar a inserção do direito na política. Esta inserção sugere que a construção da abrangência de direitos ultrapassa simples questão de técnica de interpretação jurídica, refletindo disputa política entre distintas visões de mundo.

## 1. Introdução

Em pobre e pequeno município do interior do Brasil vive Norma, mulher afrodescendente e pobre. O município onde foi socializada, como tantos outros, presta pífios serviços públicos de educação e saúde, ou seja, Norma nunca teve acesso às informações necessárias para planejar sua família e aos necessários contraceptivos. Seu companheiro se nega a usar preservativos porque o padre disse que era pecado. Quando empregada, Norma se esforça em diárias domésticas percebendo remuneração menor que a de outras

---

\*\* Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2007; Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Puc-Rio;

mulheres brancas e menor que a dos homens. Norma é mãe de duas pequenas crianças (João de 3 anos e Luiza de 1 ano) e acaba de descobrir que está grávida. Sabendo que não tem condições de sustentar e criar outra criança, desesperada e sem ter a quem apelar, Norma tenta pôr fim à sua indesejada gravidez utilizando um cabide e ingerindo chá artesanal, supostamente portador de efeitos abortivos, indicado por amiga sua. Infelizmente, ao tentar pôr fim à sua gestação, Norma provoca grave hemorragia interna e se intoxica graças ao chá que ingeriu. Após peregrinação pelos hospitais da região Norma falece no carro de conhecido da família.

A partir de pesquisas sobre o aborto no Brasil, este artigo desenvolve argumento acerca do grave problema de saúde correlacionado com o tema. Afirma-se que o debate moral sobre a questão<sup>1</sup> não deve ser travado abstraindo-se do cotidiano brasileiro. Aportando o trabalho de filósofos e juristas estrangeiros e nacionais procura-se demonstrar como a questão do gênero no Brasil é vivenciada como questão ontológica, circunstância que obstrui que a questão do controle sobre os potenciais reprodutivos do corpo feminino seja compreendida como integrante do direito fundamental à igualdade. O mesmo procedimento é adotado para enfatizar que o controle sobre o potencial reprodutivo da mulher também integra o âmbito do direito fundamental à privacidade, aproveitando-se este tópico para problematizar os argumentos elaborados em conceituado manual de direito constitucional brasileiro sobre o direito à privacidade.

O artigo está organizado em três partes. Na primeira, apresenta-se o resultado de pesquisa relacionada com o objeto deste artigo consistente na Pesquisa Nacional de Aborto realizada em 2010, inferindo daí consequências decorrentes da criminalização do aborto no Brasil. Na segunda parte argumenta-se que o discurso sobre a igualdade dos gêneros no Brasil é falacioso e que para serem iguais mulheres devem controlar os potenciais reprodutivos de seus corpos. Na terceira parte o tema é abordado pela ótica do direito à privacidade.

---

<sup>1</sup> Sobre este debate consulte-se: Thompson, 2012

## 2. Escolher: Não só um problema moral

O debate acerca do direito ao aborto carrega consigo inconciliável debate moral. No Brasil, a polêmica que envolve o tema atrai a atenção dos “espectadores” sendo capaz de definir os rumos das campanhas dos candidatos nas eleições presidenciais. O ingresso da temática do aborto na esfera pública brasileira parece enfrentar sérias resistências impedindo, assim, a movimentação do poder comunicacional e o aquecimento do debate político acerca do tema, possibilitando, assim, a tematização e o conflito democrático acerca de visão de mundo patriarcal (Habermas, 1991a, 1991b, 1992 e 1996).

Quando surgem debates midiáticos acerca do aborto *pari passu* debate-se quando tem início a vida. Todavia, não se costuma qualificar o debate com a consideração parcimoniosa das práticas sociais acerca do tema. Ainda que o próprio debate moral possa ser travado em termos da disputa entre Bentham e Kant, entre consequencialistas e uma determinada leitura do imperativo categórico, o enfrentamento reflexivo e autocrítico do tema não pode abstrair da realidade social.

No Brasil são realizados em média 1 milhão e 400 mil abortos anuais. Mais de 50 mil adolescentes deram entrada nos hospitais públicos no período de 1993/1998 para tratar de complicações causadas pelo abortamento. A morte por aborto se constitui como a terceira causa de mortalidade materna no Brasil. As complicações por aborto são a quinta causa de internação das mulheres nos serviços públicos<sup>2</sup>. Segundo recente pesquisa (Diniz & Medeiros, 2010), 15% das mulheres entrevistadas em universo de 2002 mulheres já realizaram aborto conforme se infere desta tabela extraída da referida pesquisa:

---

<sup>2</sup> Dados obtidos no sítio eletrônico da ONG Sempreviva organização feminista <<http://www.sof.org.br>> Acesso em: 2 jan. 2011.

**Tabela 1. Realização de aborto segundo característica sociais - mulheres de 18 a 39 anos. Brasil urbano, 2010.**

Você já fez aborto alguma vez?		Não	Sim	%	C (95%). pp.
Todas as mulheres		2.002	296	15%	2
Idade	18 e 19	191	11	6%	1
	20 a 24	483	36	7%	1
	25 a 29	488	84	17%	2
	30 a 34	452	79	17%	2
	35 a 39	388	86	22%	2
Escolaridade	Até a 4ª série do fundamental	191	44	23%	2
	5ª a 8ª série do fundamental	429	80	19%	2
	Ensino Médio	974	115	12%	1
	Ensino Superior	408	57	14%	2
Religião	Católica	1.168	175	15%	2
	Evangélica ou protestante	551	72	13%	1
	Outras religiões	81	13	16%	2
	Não tem religião/não respondeu	202	36	18%	2

Fonte: Pesquisa Nacional de Aborto, microdados da amostra, Brasil 2010.

Nota: Intervalos de confiança C a 95%, em pontos percentuais (pp.)

Milhares de mulheres de carne e osso, representadas pela personagem Norma da introdução, falecem anualmente no Brasil em razão da infeliz conjugação de abortos clandestinos mal sucedidos, serviços públicos de saúde precários e desinformação. Em meio ao insolúvel debate moral sobre o direito de escolha é importante repisar o dado fático: mais de 1 milhão e 400 mil abortos são realizados anualmente no Brasil e milhares de mulheres morrem por conta de complicações decorrentes de abortos. Qualquer jovem de classe média consegue, se assim desejar, descobrir quais são as clínicas clandestinas de aborto que operam em sua cidade. Logo, admitindo-se que

investigadores profissionais são mais hábeis na busca por informações que adolescentes de classe média, pode-se inferir que é alta a probabilidade de existir ativo mercado de corrupção em vigor. Além disso, a criminalização impede a regulação estatal e, assim, expõe milhares de mulheres a serviço prestado por profissionais em busca de lucro em mercado clandestino sem nenhuma fiscalização sanitária.

Diante dos costumeiros fatos sociais brasileiros, verifica-se que a criminalização do aborto<sup>3</sup> é ineficaz como fator de desestímulo da prática e contribui com a consolidação de grave problema de saúde pública (a terceira maior causa de mortalidade materna no país relaciona-se com abortos – naturais e clandestinos). Os graves problemas que envolvem a criminalização do direito de escolha sugerem que qualquer debate parcimonioso acerca do tema deve ser travado tendo este cenário em mente.

Enfrentar esta celeuma como se este fosse somente abstrato dilema de filosofia moral sendo possível racionalmente chegar à resposta correta parece

---

<sup>3</sup> O Código Penal brasileiro veicula os seguintes signos normativos:

**Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento**

Art. 124 Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

**Aborto provocado por terceiro**

Art. 125 Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

**Forma qualificada**

Art. 127 As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Art. 128 Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I. se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II. se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

ser estratégia pouco preocupada com as práticas sociais brasileiras (Thaler & Susteim, 2008). Debater a questão como uma questão moral abstrata retira do debate a dura realidade de milhares de mulheres que morrem em razão de complicações decorrentes de abortos clandestinos que a criminalização é incapaz de impedir. Enquanto debates sobre o direito de escolha forem travados como se abortos fossem algo distante e estranho às práticas sociais nacionais, milhares de mulheres buscarão clínicas clandestinas<sup>4</sup> para resistirem à identidade que a sociedade tenta forçar sobre elas<sup>5</sup>. Sarmento (2006, p. 95/96) é da mesma opinião: “Nosso ponto de partida deve ser a constatação empírica de que a criminalização do aborto acaba empurrando todo ano centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene.”

### 3. (Des)igualdade: Uma inverdade repetida mil vezes se torna verdade.

Os gêneros na sociedade brasileira são vivenciados como questões ontológicas e não como questões epistemológicas. Nascer menina no Brasil significa que uma série de deveres sociais são atribuídos à recém-nascida em razão desta ter sorteado o “bilhete de loteria” do aparelho reprodutor feminino. A condição social feminina, a identidade feminina, é construída por muitos como algo inerente à sua própria natureza, à sua essência. Através desta operação de naturalização, diferenças salariais (como evidencia o último censo do IBGE<sup>6</sup>, 2010), a oferta de empregos degradantes ou pouco respeitados, a objetivação do corpo feminino, a violência doméstica, os estupro, a sistemática exposição à miríade de formas de abusos sexuais são

---

<sup>4</sup> Fomentando a corrupção para que sejam conhecidas, mas invisíveis aos olhos do Estado que supostamente deveria impedir seus funcionamentos.

<sup>5</sup> Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

manufaturadas como manifestação da própria natureza feminina. Tratando deste processo de naturalização MacKinnon (2010, p. 505) traça preocupante diagnóstico sobre a situação contemporânea dos gêneros:

Mulheres precisam ser mantidas pobres para que sejam compelidas a estarem disponíveis ao dinheiro dos homens que desejam comprá-las para sexo. Mulheres precisam ser vistas como objetos sexuais para que seu uso sexual seja normalizado como sendo sua função. Aquelas qualidades, ofertadas, são chamadas de feminilidade; dadas (ou em alguns contextos sociais vendidas) a um homem perpetuamente, como Simone de Beauvoir observou há mais de

<sup>6</sup> Taxa de desemprego Homens vs Mulheres:

	1992	1993	1995	1996	1997	1998	1999	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
<b>Masculina</b>	5.56	5.38	5.28	5.71	6.37	7.24	7.9	7.53	7.37	7.8	6.92	7.22	6.48	6.17
<b>Feminina</b>	8.04	7.44	7.29	8.81	9.96	11.58	12.11	11.89	11.58	12.32	11.79	12.32	11.1	10.9

Remuneração Média Homens vs Mulheres:

Ano	Homens	Mulheres
1992	827	509
1993	902	532
1995	1.151	721
1996	1.169	770
1997	1.155	759
1998	1.142	764
1999	1.053	728
2001	1.042	725
2002	1.016	714
2003	944	657
2004	946	656
2005	983	696
2006	1.055	751
2007	1.089	773

meio século, chama-se de casamento; vendidas a muitos homens chama-se de prostituição. As opções das mulheres precisam ser ceifadas pela discriminação para que, quando a prostituição surgir como única forma de serem remuneradas pelos homens se possa dizer que a escolha é dela. Em países capitalistas ocidentais onde a mídia define a consciência, muitas são enganadas (...). Atualmente gigantes empresariais lucram com o que costumava ser controlado somente pelo crime organizado. (Tradução livre<sup>7</sup>)

Todavia análise cuidadosa dos paradigmas que condicionam os “saberes” sociais que constroem o órgão sexual feminino como algo a ser dominado, que condicionam o olhar dos atores sociais levando ao preconceito de que, por exemplo, a criação da prole é assunto feminino perceberá que estes se assentam em pressupostos falsos, comprometidos com projeto político de dominação de alguns membros da sociedade sobre a maioria restante. É bastante ilustrativo o exemplo de Levit e Verchick (2006, p. 128 e s.), no sentido de que até o início da década de 1840 a associação médica estadunidense não expressava qualquer preocupação com o aborto, sendo que a maioria dos estados da referida nação permitiam abortos. Gradualmente, a referida associação passou a expressar oposição aos abortos, pois eles ofereciam riscos às mulheres e por sua disponibilidade poder induzir as mulheres a desconsiderarem as obrigações assumidas nos contratos matrimoniais. Conforme os referidos autores a partir de então diversos estados passaram a criminalizar abortos tendo como pano de fundo a preocupação racista quanto ao decréscimo no número de nascimentos entre as mulheres brancas das classes alta e média-alta quando comparados ao número de nascimentos entre mulheres negras.

---

<sup>7</sup> *“Woman need to be kept poor so that they will be compelled to be available for money to any man who wants to buy the for sex. That availability, that survival necessity, is called “consent”. Woman have to be seen as sexual things so their sexual use can be normalized as what women are for. Those qualities, displayed, are called femininity; given (or in some cultural settings sold) to one man for life, as Simone de Beauvoir observed over half a century ago, are called marriage; sold to many men, they are called prostitution. Woman’s options need to be precluded by discrimination so that, when they are found prostituting as the one thing men will pay them for, it can be called “her choice”. In Western capitalist countries where media dictates consciousness, many are fooled. (...) Legitimate corporate giants now cash in on what used to be controlled nearly exclusively by organized crime.”*

O direito constitucional com seu amplo catálogo de direitos fundamentais pode ser útil às mulheres no combate da dominação às quais estão submetidas. Todavia, no Brasil direitos fundamentais como a igualdade ou a privacidade têm sido resignificados de maneira indiferente a sujeição das mulheres. É interessante observar que muito mais do que uma questão de “técnica de interpretação jurídica” a questão parece estar ligada com os compromissos políticos, com a visão de mundo que condiciona os distintos atores jurídicos<sup>8</sup>. MacKinnon (2007, p. 284/285) demonstra que o direito contribui om a manutenção da perspectiva ontológica dos gêneros, pois ao adotar o masculino como paradigma e *standart* de construção do direito e de organização social (o homem branco e proprietário), o direito transforma dominação e poder em realidade legítima, em algo a *priori*, ocultando o fato de que a opressão e a exploração das mulheres não passa de um construto imposto por grupo dominante.

Smith (2007, p. 283) também destaca a importância do direito como mecanismo social de reforço do patriarcado<sup>9</sup>. Smith argumenta que a partir da derrubada de distinções odiosas como o não direito ao voto, o não direito à propriedade, o não direito a ocupar cargos públicos muitos tendem a imaginar que alcançamos *status* de igualdade entre homens e mulheres. Desta forma, desigualdades sem fundamento, como diferenças salariais, são explicadas a partir de supostas distinções entre as habilidades de mulheres e homens ou por fatores sociais que estão além do alcance do direito. Porém, o direito é afetado pelo patriarcado de formas muito sutis que não são erradicadas através da abolição de óbvias desigualdades entre os sexos. O patriarcado,

---

<sup>8</sup> Sobre a questão do papel das visões de mundo, das ideologias e das ideias no processo interpretativo e na política consulte-se: Béland, Daniel & Cox, Robert Henry (ed). *Ideas and Politics in social science research*. 2010. Oxford University Press, NY. Shapiro, Martin & Sweet, Alec Stone. *On Law, Politics, and Judicialization*. 2002. Oxford University Press. NY.

<sup>9</sup> A expressão patriarcado designa o poder dos pais. O patriarcado é sistema de práticas sócio-políticas em que homens subordinam as mulheres. A subordinação é produzida através de complexos padrões de força, de pressões sociais, de tradições, rituais e costumes. Tal dominação não ocorre somente em relações individuais mas permeia todas as instituições sociais.

de acordo com Smith, é uma visão ampla e abrangente do mundo e como instituição do patriarcado, o direito reflete esta visão. MacKinnon (2007, p. 284) tece o seguinte comentário acerca da visão feminista sobre o direito no contexto estadunidense:

Esta perspectiva alternativa enfrenta os abusos sofridos por mulheres em decorrência de diferenças sexuais como uma questão de gênero, abusos que a lei da igualdade sexual em sua obsessão sobre igualdade e diferença não consegue confrontar. Ela é baseada em realidade desvelada pelo feminismo com seu processo de conscientização, realidade sobre a qual quase não haviam conhecimentos sistemáticos antes de 1970: a realidade do abuso sexual. Ela combina a destituição feminina lastreada na sexualidade, a dependência forçada, a constante oferta de empregos degradantes e mal remunerados – o sentido vivo de classe para as mulheres – com a maciça quantidade de abusos sexuais aparentemente endêmicos à família patriarcal, os estupros e as tentativas de estupro sobre o qual nada é feito, a sistemática agressão doméstica de mulheres e a prostituição – a condição fundamental das mulheres – da qual a indústria pornográfica é um braço. Mantendo-se a realidade do gênero em vista torna impossível ver a questão do gênero como diferença, a não ser que a condição subordinada da mulher seja esta diferença. Esta realidade tem demandado uma nova construção do problema da desigualdade sexual, portanto um nova concepção legal do problema, tanto doutrinária, quanto jurisprudencial. (Tradução livre<sup>10</sup>)

<sup>10</sup> *“This alternative approach centers on the most sex-differential abuses of women as a gender, abuses that sex equality law in its sameness / difference obsession cannot confront. It is based on the reality that feminism, beginning with consciousness raising has most distinctively uncovered, a reality about which little systematic was known before 1970: the reality of sexual abuse. It combines women’s sex-based destitution and enforced dependency and permanent relegation to disrespected and starvation-level work – the lived meaning of class for women – with the massive amount of sexual abuse of girls apparently endemic to the patriarchal family, the pervasive rape and attempted rape about which nothing is done, the systematic battery of women in homes, and prostitution – the fundamental condition of women – of which the pornography industry is an arm. Keeping the reality of gender in view makes it impossible to see gender as difference, unless this subordinated condition of women is that difference. This reality has called for a new conception of the problem of sex inequality, hence a new legal conception of it, both doctrinally and jurisprudentially.”*

O sucesso da dominação masculina está ligado à manutenção de visão dos gêneros como algo ontológico e não epistemológico, pois o controle sobre os seres produz controle sobre a consciência, fundindo condições materiais com consciência impedindo, assim, qualquer possibilidade de transformação (MacKinnon, 2007, p. 284). Desta forma, discriminação social se transforma em igualdade no direito. Fatos sociais que encontram sua justificativa em cultura e prática social machista, através da mediação do direito, tornam-se legítimos e, portanto, deixam de ser entendidos como construtos. Pense-se no tipo ideal de trabalhador pressuposto pela Consolidação das Leis do Trabalho para se constatar que o referido sistema normativo é essencialmente machista. Partindo do pressuposto da normalidade masculina, ou seja, tomando como referência o homem e não a mulher, observando as necessidades mínimas para que um homem possa alienar sua mão de obra, observando, assim, as exigências de mercado que pensa a mão de obra que explora em termos masculinos e não femininos, a licença maternidade, ainda que com a recente alteração de seu prazo (consulte-se a Lei federal nº 11.770/2008), evidencia seu caráter de dominação e de exploração. No caso de milhares de mães pobres que por inúmeras razões não podem contar com o apoio de suas famílias, a coação legal para que retornem ao trabalho deixando para trás, sabe-se lá com quem (é sabido que creches públicas no Brasil são mero faz de conta), seus filhos de apenas 6 meses é medida extremamente brutal e opressora, não só com a mãe, mas também para enorme contingente de pequenos cidadãos<sup>11</sup> Ou seja, as qualidades e necessidades valorizadas pelo marco normativo acima referido – os padrões para a correta e consistente correlação entre o direito e a vida – são definidas pela perspectiva masculina.

---

<sup>11</sup> Não defendo com este exemplo que a criação da prole seja assunto exclusivamente feminino.<sup>9</sup> A expressão patriarcado designa o poder dos pais. O patriarcado é sistema de práticas sócio-políticas em que homens subordinam as mulheres. A subordinação é produzida através de complexos padrões de força, de pressões sociais, de tradições, rituais e costumes. Tal dominação não ocorre somente em relações individuais mas permeia todas as instituições sociais.

### 3.1. Para que sejam iguais, mulheres devem poder escolher

A capacidade de gestar a prole é a maior diferença fisiológica entre homens e mulheres. Porém, o controle sobre o próprio corpo e sobre sua liberdade reprodutiva é direito que ultrapassa a questão da mera liberdade e da segurança pessoal. O controle sobre a liberdade reprodutiva está ligado a aptidão da mulher ser autônoma, evitar subordinação, obter e manter emprego, seguir o processo educacional, participar em atividades esportivas e fugir de violências sexuais. Logo, a liberdade reprodutiva é parte constitutiva do direito à igualdade entre homens e mulheres<sup>12</sup>.

Ao tratar do aborto pelo prisma do direito à igualdade Sarmento<sup>13</sup> parece aderir à visão que considera a implementação da igualdade entre homens e mulheres e, assim, a questão do aborto, como empreitada que deve: i) eliminar o “entulho machista”, normas preconceituosas que refletem a visão de mundo do patriarcado e; ii) criar uma doutrina jurídica que exponha as relações de poder entre os sexos. A despeito do valoroso objetivo do referido autor, em razão da importância da empreitada em questão, ao invés de descrever a tarefa à frente como limpeza positiva e criação de doutrina jurídica sob a perspectiva do gênero<sup>14</sup>, seria melhor assumir as implicações políticas, sociológicas e epistemológicas da questão, nos termos expostos por Smith (2007, p. 281):

---

<sup>12</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

<sup>13</sup> Sarmento, 2006, p. 134

<sup>14</sup> Há décadas esta “doutrina” existe nos Estados Unidos e na Europa. Curiosamente no Brasil importa-se seletivamente o que é produzido nas grandes universidades estadunidenses e europeias. Espera-se que o referido apelo não enseje eventual “reinvenção da roda” pelos acadêmicos do direito brasileiros. Para ampla descrição da influência do feminismo no direito consulte-se: (Levit; Verchick, 2006, p. 1-56).

Em A Estrutura das Revoluções Científicas, Thomas Kuhn explica tais críticas externas como mudanças de paradigma que representam o pensar revolucionário. (...) A crítica externa pode questionar toda a estrutura e, portanto, a crítica externa é a mais ameaçadora e a mais difícil de entender e aceitar. (...) Quando Nietzsche declarou que “Deus está morto”, sua crítica era externa à ideia da religião. Por óbvio, ambas as críticas foram vistas com hostilidade e descrença por aqueles defendendo o status quo.<sup>15</sup>

Muito mais do que um problema do direito positivo ou de uma doutrina do direito, a desigualdade entre homens e mulheres é questão ampla e abrangente para a qual, aí sim, o direito pode contribuir. O direito não é o carro chefe neste debate. A contribuição do direito pressupõe intérprete cuja pré-compreensão seja formada por olhar crítico que lhe permita identificar as estruturas do patriarcado em atuação no direito. Não se trata só de remover o entulho machista ou de criar uma doutrina jurídica. Trata-se de projeto amplo que deve se lastrear em racionalidade capaz de auto-crítica e, portanto, não dogmática. Com efeito, quem disse que a maioria da sociedade vê o entulho como tal?

Sem dúvidas as últimas décadas são testemunhas de significativos avanços quanto à concessão de direitos tendentes a igualar as mulheres – de uma pequena classe social – aos homens<sup>16</sup>. A consagração do sufrágio universal<sup>17</sup>, o reconhecimento do direito à propriedade, a paulatina abertura do mercado de trabalho (os cargos de chefia ainda são predominantemente

---

<sup>15</sup> “In *The Structure of Scientific Revolutions*, Thomas Kuhn explains such external critiques as paradigm shifts that represent revolutionary thinking. (...) External critique can challenge the entire framework, and thus, external critique is also the most threatening and the hardest to understand and accept. (...) When Nietzsche declared that “God is dead,” his critique was external to the idea of religion. Needless to say, both critiques were viewed with hostility and disbelief by those defending the status quo.”

<sup>16</sup> O reconhecimento da plena capacidade civil das mulheres, a possibilidade destas exercerem todos os desdobramentos do direito à propriedade só beneficia as mulheres que integram camada social de proprietários de bens.

<sup>17</sup> Anoto que democracia pressupõe algo muito mais amplo que o direito de participar do processo de eleger representantes definidos pelas elites dirigentes. Veja-se: Habermas, 1996.

ocupados por homens, mas os dados divulgados parecem apontar no sentido do equilíbrio), representam medidas promotoras de igualdade entre mulheres dos estratos superiores da pirâmide social.

Não obstante, o discurso predominante no sentido de que homens e mulheres são iguais é falacioso. A falácia que contamina tal discurso esconde-se no fato de que a construção do conceito de igualdade parte dos pressupostos masculinos, mantendo o conceito de igualdade preso à manopla masculina. Sendo assim, é fundamental para se compreender o conceito de igualdade que não se adote somente o homem como o beneficiário ideal deste direito fundamental, sob pena de se manter o atual estado de sujeição das mulheres.

A partir do momento em que se procura avaliar a realidade do ponto de vista feminino constatam-se as profundas desigualdades existentes entre homens e mulheres. As maiores vítimas de estupro são as mulheres; são as mulheres que mais sofrem com violência doméstica; a alienação forçada do mercado de trabalho instigador da prostituição atinge mais as mulheres; empregos degradantes ou pouco respeitados (faxineiras, expositoras que usam trajes sumarássimos e etc) são ofertados em maioria para as mulheres, e; são os corpos femininos que são transformados em objetos sexuais.

Da perspectiva feminina é fácil constatar a enorme desigualdade entre homens e mulheres no que diz respeito ao controle reprodutivo dos corpos femininos, pois o controle sobre este potencial foi retirado das mulheres, por Congresso Nacional sempre composto em sua esmagadora maioria por homens, e posto nas mãos dos próprios homens. Qualquer intérprete sincero é incapaz de questionar, por exemplo, que o artigo 128 do Código Penal foi elaborado tendo em vista exclusivamente a realidade masculina. O inciso primeiro do referido artigo é muito claro a esse respeito. Não interessa a intensidade do sofrimento da mulher, o aborto só não será punido somente se não houver outro meio de salvar a vida da gestante. Considerando os inúmeros relatos de estupros conjugais que se tem atualmente (na época em que tal artigo foi editado sexo era dever conjugal, ou seja o estupro dos maridos não era subsumido no tipo penal do estupro) fica

claro que o bem sendo protegido no inciso II não é a identidade da mulher e, sim, a honra masculina. A mulher pode “comer o pão que o diabo amassou”, porém seu sofrimento, seu desespero e sua dor somente serão interrompidos se, e somente se, não houver outro meio para lhe salvar a vida. Ou seja, deve-se chegar ao ponto limite onde a própria vida esteja ameaçada para que se cogite interromper o desespero. Tal dispositivo normativo menospreza o direito das mulheres ao seu bem-estar e à saúde. Será que se fossem os homens que engravidassem este dispositivo seria tão indiferente ao bem estar? O inciso II do referido artigo é escandaloso. Em época em que sexo entre marido e mulher era tido como débito conjugal, o bem jurídico sendo protegido pela norma não era a dignidade e a identidade da mulher, e sim a honra do marido burguês.

A seguinte passagem de Gomes (2003, p. 14 e s.) ilustra bem como as normas no Brasil sempre foram pensadas a partir do paradigma masculino:

Na Exposição de Motivos de seu projeto de Código Civil, Coelho Rodrigues, que se opusera à sua introdução por ocasião da elaboração da lei do casamento civil, declara que teve a ideia de autorizar a dissolução do vínculo no caso de adultério, mas recuou diante de certas perspectivas. (Nota de roda-pé do autor: Interessante registrar, como boa amostra do seu espírito malicioso, que, tendo chegado à conclusão de que o adultério do homem, embora menos grave, deveria também autorizar o divórcio, pondera: “se não estou muito enganado, no dia da exequibilidade da lei, que o fizer, noventa por cento, pelo menos, das senhoras casadas da nossa sociedade poderão propor a dissolução de seu casamento, o que equivaleria à dissolução da própria sociedade. (Projeto do Código Civil, p. 37)) (...)

Esse privatismo doméstico parece ser a nota dominante em nossa legislação. Explica-se por certas particularidades de nossa organização social, destacadas por sociólogos e estudiosos do meio brasileiro e pelo atraso de sua evolução. As forças íntimas de nossa civilização elaboram-se no campo, como demonstra, com maior força persuasiva, Oliveira Viana.

Até ter sido abolida a escravidão, pouco antes, por conseguinte, de ser iniciada a elaboração do Código Civil, a estrutura de nossa

sociedade, no conceito de Sérgio Buarque de Holanda, tem a sua base fora das cidades. A influência da organização social do Brasil Colônia faz-se sentir até ao fim do século XIX, e é nos primeiros anos do século XX que começa a discussão do projeto de Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Natural, assim, que repercutisse, na sua preparação, aquele primitivismo patriarcal que caracterizou o estilo de vida da sociedade colonial. Razões históricas e ecológicas modelaram-na de forma que preponderasse, na organização social, a ordem privada, como bem o demonstrou Nestor Duarte.

A igualdade entendida de maneira substantiva, ou seja, a partir da perspectiva das mulheres e não abstratamente, pressupõe a satisfação das necessidades das mulheres. Neste ponto, pode-se perceber como o conceito de igualdade abstrato que se aprende nos bancos universitários é definido pelo padrão masculino. Como homens não podem engravidar, os assuntos ligados à realidade das mulheres deixam de integrar o âmbito de realidade abrangível pelo conceito de igualdade, pois este é construído a partir do tipo ideal masculino. Esta operação permite que dominação e exploração passem a ser entendidas simplesmente como diferença.

O exemplo Laurence Tribe que Sarmento (2006, p. 135) traz à baila é bastante interessante. A lei não obriga nos Estados Unidos – como também não o faz no Brasil – que um pai doe algum órgão ou mesmo sangue ao filho, ainda que isto seja indispensável para manutenção da vida deste. E, note-se bem, trata-se de vida já nascida, protegida mais intensamente pelo ordenamento do que a vida pré-natal. Há, assim, dois pesos e duas medidas.

O direito de escolher interromper gestação é instrumento necessário para que mulheres possam sobreviver e resistir ao cenário social de enormes desigualdades. Apesar de ser instrumento possivelmente custoso em termos subjetivos, o controle sobre os potenciais reprodutivos do próprio corpo é condição fundamental para que mulheres possam sobreviver a vida cujos principais contornos muitas tiveram pouca possibilidade de definir (lembre-se de Norma). Neste sentido, MacKinnon (2007, p. 292) afirma:

Esta abordagem também reconhece que o que quer que seja feito ao feto é feito com uma mulher. Quem quer que controle o destino de um feto controla o destino de uma mulher. Seja qual for a condição de concepção, se o controle reprodutivo do feto é exercitado por qualquer um a não ser a mulher, o controle reprodutivo é retirado só da mulher, enquanto mulher. Evitar que uma mulher exercite a única escolha que uma sociedade desigual lhe concede equivale à implementação de uma desigualdade sexual. (...) Em outras palavras, a maternidade forçada é uma prática de desigualdade sexual.<sup>18</sup>

Desta forma, parece claro que o significado que tem sido construído para o direito à igualdade nada tem de asséptico. A negativa de compreender o direito das mulheres controlarem o potencial reprodutivo de seus corpos como parte integrante do núcleo essencial do princípio da igualdade reflete uma visão de mundo conservadora, uma posição política compromissada com específica forma de entender o mundo, nada tendo de definitiva ou imutável.

## 4. Escolha: Um desdobramento da privacidade

No item anterior procurou-se demonstrar que a devolução às mulheres do controle reprodutivo de seus corpos constitui parcela do direito fundamental à igualdade. Entretanto parece relevante apresentar argumento que é rejeitado por algumas teóricas do movimento feminista. O argumento de que a proteção à igualdade corresponde melhor às necessidades da tutela dos direitos da mulher parte da pressuposição de que discursos lastreados no direito à privacidade sempre serviram como instrumento de opressão das mulheres. Partindo da distinção entre esferas públicas e particulares argumentos

---

<sup>18</sup> *"This approach also recognizes that whatever is done to the fetus is done to a woman. Whoever controls the destiny of a fetus controls the destiny of a woman. Whatever the conditions of conception, if reproductive control of a fetus is exercised by anyone but the woman, reproductive control is taken only from women, as women. Preventing a woman from exercising the only choice an unequal society leaves her is an enforcement of sex inequality. (...) In other words, forced maternity is a practice of sex inequality".*

tradicionais sempre buscaram refutar a interferência do direito nas relações privadas, usualmente ligadas às mulheres (a família e a sexualidade).

Jean L. Cohen (1996 e 2012), por outro lado, afirma que a teoria feminista tem se engajado em investigações críticas e genealógicas das estratégias de poder subjacentes ao discurso da privacidade, mas que se o conceito de privacidade for adequadamente trabalhado este pode servir como importante argumento em prol da devolução às mulheres dos potenciais reprodutivos de seus corpos. Cohen argumenta que se abandonada a interpretação exclusivamente patrimonialista do discurso da privacidade, este pode ser reconstruído como importante instrumento de proteção e promoção de reconhecimento dentro da sociedade e, assim, como vetor de proteção da identidade das mulheres.

A desconfiança dos movimentos feministas acerca do discurso envolvendo a privacidade é compreensível, pois o aparentemente natural domínio privado da privacidade é um construto legal, uma definição cultural e o âmbito de relações de poder. Há muitos anos feministas lutam contra o discurso que pretende aprisionar certos temas ao âmbito das relações estritamente privadas, impassíveis, portanto, de qualquer escrutínio público. Entretanto, Cohen sugere (1996, p. 192) que a teoria feminista abandone sua desconfiança hermenêutica e tente construir o direito de privacidade com vistas ao bem que ele pode produzir:

Meu argumento é no sentido de que os paradoxos da privacidade não são incontornáveis – eles surgem de armadilha ideológica na qual ambas as críticas caem. Em síntese, ambas as abordagens assumem que aquilo que elas assumem ser a interpretação liberal dos direitos da privacidade é definitiva acerca de tais direitos e assim ambas tendem a rejeitar o discurso sobre a privacidade. (Tradução livre<sup>19</sup>)

---

<sup>19</sup> *“It is my claim that these “paradoxes of privacy” are not unavoidable – they stem from the trap of ideology into which both critiques fall. In short, both approaches assume that what they take to be the liberal interpretation of privacy rights is definitive about such rights, and thus both tend to reject privacy discourse.”*

Desta maneira, com lastro no argumento de Cohen, convém demonstrar como o inciso X<sup>20</sup> do artigo 5º da Lei Fundamental pode ser interpretado de maneira a contribuir para o reconhecimento de que o direito de escolha constitui importante mecanismo de proteção da identidade da mulher.

Todos somos indivíduos encarnados. Nossa interpretação simbólica dos nossos corpos, nossa identificação imaginária dos nossos corpos e das nossas identidades e nosso senso de controle sobre nossos corpos são elementos centrais de nossa construção básica de identidade (Cohen, 1996, p. 205). Sendo certo que nossos corpos não são extrínsecos a nós, nossos corpos são, na verdade, nosso meio de estar no mundo, nossas identidades estão profundamente amarradas aos nossos corpos e às nossas visões sobre nossos corpos.

Como é evidente, a gravidez produz mudanças drásticas nos planos físico, emocional e simbólico da existência corporal da mulher. A gravidez indesejada impõe substancial mudança na existência corporal da mulher, pois além de perder o controle sobre suas funções corporais e da sua identidade<sup>21</sup> a gravidez impõe nova identidade e novo relacionamento sobre a mulher exigindo pesados investimentos por parte da mesma. Neste esteio, no que diz respeito a negativa do direito ao aborto Cohen afirma que:

A negativa deste Direito às mulheres produz o mal consistente na negação de que seu corpo e sua identidade são suas para imaginar e construir. Se a mulher é reduzida ao container do feto sua sexualidade e sua identidade são reduzidas à função maternal. Não surpreende que o debate sobre o aborto é tão vinculado a questões sobre discursos e sobre como a questão deve ser construída. Seja se as mulheres devem ser construídas como criadoras ou containers, seja se fetos

---

<sup>20</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>21</sup> Quem nunca ouviu que com a gravidez deixa-se de ser mulher a passa-se a ser mãe?

são enxergados como pessoas com o direito à vida ou como vida em potencia, pessoas em potencial, seja se vemos o aborto como simples continuação dos métodos contraceptivos e como a prevenção de que óvulo fertilizado se transforme em um bebê ou como assassinato - tudo isso depende em como a questão é montada e na definição da mulher e de seu papel na sociedade. (Tradução livre<sup>22</sup>)

A habilidade de interagir com outros e de manter identidade intacta depende muito da percepção de cada uma sobre o controle de seu corpo, sobre controle autônomo do próprio corpo e de sua integridade. No Brasil atual mulheres não têm controle sobre o uso reprodutivo de seus corpos. Na verdade, o referido controle foi deliberadamente retirado da mão das mulheres sendo entregue aos homens. Portanto, quando as mulheres reclamam o direito sobre seus corpos estão, na verdade, exigindo o direito de definirem suas identidades.

É curioso observar como os operadores de direito no Brasil são ambíguos com relação ao tema. Convém tomar como amostra o renomado manual de direito constitucional de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 380) a fim de ilustrar como o conceito de privacidade é construído:

A reclusão periódica à vida privada é uma necessidade de todo homem, para a sua própria saúde mental. Além disso, sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade. Estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios. A exposição diuturna dos nossos erros, dificuldades e fracassos à crítica e à curiosidade permanentes de terceiros, e ao ridículo

---

<sup>22</sup> *“The harm in denying women this right is that it denies to her the sense that her body and her self are hers to imagine and construct. If the woman is cast as the container for the fetus, her sexuality and her identity are reduced to the maternal function. Small wonder that the debate over abortion is very much a debate over discourses and how the issue should be framed. Whether women are to be construed as creators or as containers, whether fetuses are cast as persons with a right to life or as potential life, potential persons, whether we see abortion as continuous with contraception and as preventing a fertilized egg from becoming a baby or as killing – all this depends very much on how the issue is framed and on the definition of women and their place in society.”*

público mesmo inibiria toda tentativa de auto-superação. Sem a tranquilidade emocional que se pode auferir da privacidade, não há muito menos como o indivíduo se auto-avaliar, medir perspectivas e traçar metas.

Tratando da questão no âmbito estadunidense para, na sequência, tecer consideração mirando o Brasil prosseguem Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 380):

(...) Durante largo período, o direito à privacidade foi entendido com este objetivo: ensejar a pretensão de manter assuntos íntimos fora do domínio público. Em 1965, porém, a Suprema Corte atribuiu um significado mais dilatado a esse direito, que passou a ser visto como a ensejar ao indivíduo um espaço de autonomia, escoimado de qualquer restrição por parte dos Poderes Públicos.

No Brasil, não parece necessária essa mesma extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade, já que a proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado podem ser atalhadas com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade em geral (que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional) e mesmo pelo apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.

Curiosamente, apesar de aludir expressamente aos casos *Griswold v. Connecticut* e *Roe v. Wade* em nota de rodapé no final do primeiro parágrafo acima transcrito, o autor do trecho em questão (Mendes, Coelho ou Branco?) ao afirmar que o Brasil não carece da referida extrapolação do sentido clássico do direito à privacidade (justamente o conceito combatido pelas feministas) afirma que no Brasil existem outros mecanismos de proteção. Curiosamente, a “extrapolação” em questão foi justamente aquela que

caminhou decisivamente no sentido de que mulheres pudessem gozar plenamente de privacidade, extrapolação que, ao contrário do alegado no texto, não conta com qualquer proteção. Mostra-se interessante que o texto transcrito fala na proteção do indivíduo, pois, de fato, os homens têm suas privacidades protegidas por outros instrumentos. Todavia, a privacidade das indivíduos acerca do objeto deste artigo não pode ser atalhada com a invocação de princípios genéricos.

Além disso, o autor do trecho transcrito parece ter-se olvidado do que afirmou no primeiro parágrafo transcrito. Se o direito à privacidade é condição para a saúde mental e para o livre desenvolvimento da personalidade, como sujeitá-lo às incertezas e à loteria do princípio da proporcionalidade? O que quer dizer: “não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional”. Tal trecho é lacônico e nada efetivamente esclarece. No que diz respeito ao princípio da dignidade humana, qualquer operador do direito com alguma experiência em contencioso sabe que tal princípio é utilizado hodiernamente nos tribunais para justificar as mais descabidas pretensões. É excessivamente sumário citar a construção estadunidense acerca da privacidade, aludindo especificamente aos casos que consagraram a privacidade das mulheres, para, na sequência, rejeitar sua “extrapolação” no Brasil.

## 5. Conclusão

A questão do direito de escolha enfrenta enormes dificuldades para ingressar na esfera pública nacional, especialmente no âmbito controlado pelos grandes poderes midiáticos nacionais. Neste esteio, convém relembrar fato ocorrido na última disputa presidencial. Com efeito, após triste campanha de boataria, os dois candidatos que alcançaram o segundo turno, firmaram, orientados pela lógica consumeirista de conquistar mercados, pactos com as forças conservadoras da sociedade brasileira assumindo

valores tradicionais declarando-se, ambos, contrários à legalização do aborto<sup>23</sup>.

A ausência da temática feminina na esfera pública impede, por conseguinte, o movimentar das engrenagens aptas a formar razão comunicativa crítica capaz de viabilizar o esclarecimento e a conscientização social necessários para desmascarar as relações de dominação e exploração das mulheres em nossa sociedade. Nesse sentido, a dificuldade que o tema do controle do potencial reprodutivo feminino enfrenta para ingressar na esfera pública brasileira acarreta a formação de visão distorcida sobre o tema. A inexistência do debate público transforma o direito ao referido controle em algo aparentemente distante e afastado do cotidiano, quando na verdade ele é prática rotineira. Isto faz com que esta temática deixe de ser compreendida sob o pálio dos direitos fundamentais à igualdade e à privacidade. A falsa compreensão da condição feminina, a ideia *a priori* de que há igualdade entre homens e mulheres, ofusca a percepção das profundas desigualdades existentes entre homens e mulheres. Como afirma MacKinnon: “Desigualdade é difícil de ser vista quando tudo diz aos desiguais que o status quo é igualdade para eles”<sup>24</sup>.

## 6. Referências Bibliográficas

BÉLAND, Daniel; COX, Robert Henry (ed). *Ideas and Politics in social science research*. Oxford University Press, NY. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 1 nov. 2012

---

<sup>23</sup> Consulte-se a este propósito interessante artigo de Wanderley Guilherme dos Santos intitulado Serra, o messias da direita em <http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/serra-o-messias-da-direita>. Acesso em: 12 jan. 2011.

<sup>24</sup> “*Inequality is difficult to see when everything tells the unequal that the status quo is equality – for them.*”

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 1 nov. 2012

COHEN, Jean L., Democracy, Difference and the Right to Privacy. In: BENHABIB, Seyla. *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton, New Jersey, EUA: Princeton University Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Repensando a privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília, nº 7, Abril 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522012000100009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100009&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 12 nov. 2012.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 12 nov. 2012.

*Dossiê Aborto: Mortes Previsíveis e Evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005.

GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jurgen. Habermas, J. Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, MA: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. *The structural transformation of the public sphere*. Cambridge, MA: MIT Press. 1991a.

\_\_\_\_\_. *Moral consciousness and communicative action*. Cambridge, MA: MIT Press, 1991b.

\_\_\_\_\_. Further reflections on the public sphere. In: CALHOUN, C. (Ed). *Habermas and the public sphere*. ed. Cambridge, MA: MIT Press. 1992. pp. 421–60.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. *Censo 2010*. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>> Acesso em: 12 nov. 2012

LEVIT, Nancy; VERCHICK, Robert. *Feminist Legal Theory: A Primer*. New York and London: New York University Press, 2006.

MACKINNON, Catherine A. Toward Feminist Jurisprudence. In: CULVER, Keith C (Ed.). *Readings in the Philosophy of Law*. Canada, Calgary: Broadview Press, 2007

\_\_\_\_\_. Gender – The Future. *Constellations*. Volume 17, no. 4, 2010. Disponível em: <<http://web.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=72d991ab-b5af-4912-829e-a61ebdcccdf0d%40sessionmgr115&vid=2&hid=104>> Acesso em: 12 nov. 2012

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

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

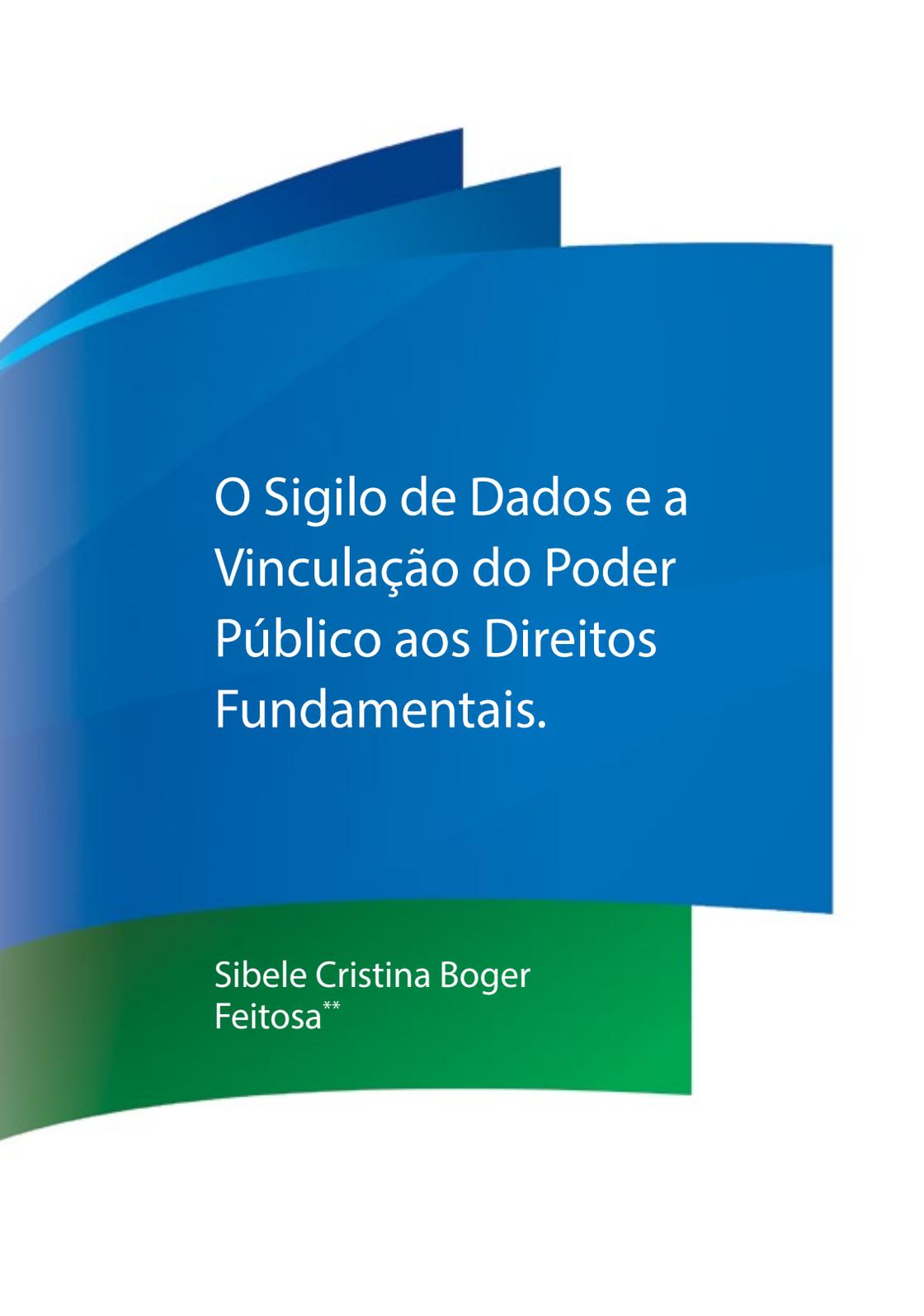
SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics, and Judicialization*. New York: Oxford University Press, 2002.

SMITH, Patricia. Feminist Jurisprudence and the Nature of Law. In: CULVER, Keith C. (Ed.). *Readings in the Philosophy of Law*. Canada, Calgary: Broadview Press, 2007.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Yale University Press. 2008. New Haven & London.

THOMSON, Judith Jarvis. Uma defesa do aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*. Brasília, nº 7, Abril 2012. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-33522012000100008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100008&lng=en&nrm=iso)>. access on 12 Nov. 2012.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. Serra, o messias da direita. In: *Portal Luis Nassif*. Disponível em: <<http://www.advivo.com.br/blog/luisnassif/serra-o-messias-da-direita>> Acesso em: 12 jan. 2011.

The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a large blue shape, and the bottom part is a green shape. The text is centered within these shapes.

# O Sigilo de Dados e a Vinculação do Poder Público aos Direitos Fundamentais.

Sibele Cristina Boger  
Feitosa \*\*

## 1. Introdução<sup>1</sup>

A Constituição de 1988 introduziu inovações significativas na seara dos direitos fundamentais<sup>2</sup>. A importância atribuída aos direitos fundamentais e o reforço do seu sistema jurídico são resultado da reação do legislador constituinte originário ao regime autoritário da ditadura militar e fruto do processo de redemocratização do país, fortemente influenciado pelo constitucionalismo do pós-guerra. A previsão expressa da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º, CRFB/88) e a vinculação dos Poderes Públicos aos seus preceitos podem ser apontadas como inovações expressivas veiculadas pela Constituição vigente.

Considerando o caráter compromissório da Constituição de 1988 e a impossibilidade do legislador regular todos os conflitos jurídicos, é corriqueira a situação em que a ausência de legislação exige do intérprete a conciliação harmônica de valores constitucionais que incidem ao mesmo tempo sobre determinado caso concreto, mas apontam para resultados distintos. Parte da produção científica pátria tem sido dedicada ao desenvolvimento de métodos aptos a solucionar o conflito entre princípios constitucionais, bem como à definição de parâmetros para a ponderação de valores e interesses<sup>3</sup>.

A questão referente ao sigilo a ser conferido pelo Estado aos bancos de dados públicos e à importância do crédito para o desenvolvimento do

---

\*\* Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2010.

<sup>1</sup> Tese apresentada e aprovada no XXVII Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em Belo Horizonte/MG em 2011.

<sup>2</sup> Dentre as principais inovações trazidas pela Constituição de 1988, Ingo Sarlet destaca a situação topográfica dos direitos fundamentais no início da Lei Maior, a previsão de direitos sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais, a ampliação do rol de direitos protegidos pelo constituinte e a positivação da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 66-67.

<sup>3</sup> Sobre o tema: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

mercado de consumo recai neste tipo de contraposição, como será analisado nos tópicos seguintes.

Estando intimamente relacionado ao direito à privacidade, o sigilo de dados constitui tema de crucial importância para a garantia da dignidade da pessoa humana, especialmente na sociedade capitalista atual, em que as mudanças tecnológicas e a evolução da informática permitem uma rápida troca de informações a respeito do indivíduo.

O objetivo precípuo do presente trabalho é analisar a possibilidade jurídica do Estado franquear à empresa de proteção ao crédito o acesso a informações pessoais constantes do banco de dados públicos, através da celebração de convênio com a finalidade de reduzir a quantidade de fraudes ocorridas no âmbito empresarial. A questão atrai a incidência simultânea do direito fundamental ao sigilo de dados e dos princípios relacionados à ordem econômica, valores constitucionais que apontam para direções opostas.

Tendo em vista a ausência de regulamentação específica, utilizaremos, em primeiro lugar, o método da ponderação de interesses e o princípio da proporcionalidade para equacionar o impasse. Em seguida, analisaremos a Lei 12.414/2011 e o princípio da analogia como metodologia complementar à interpretação constitucional anteriormente realizada.

O presente estudo está dividido em duas partes. Em um primeiro momento, serão apresentadas as premissas teóricas necessárias à compreensão do raciocínio a ser desenvolvido, sistematização que se fará da seguinte forma: (i) considerações a respeito da nova hermenêutica constitucional, em especial sobre a teoria dos princípios, ponderação de interesses e a importância dos direitos fundamentais no constitucionalismo contemporâneo; (ii) eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação do Poder Público aos seus preceitos; (iii) possibilidade de restrição ao âmbito normativo dos direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como limite.

Em um segundo momento, buscar-se-á harmonizar os princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto supracitado, a partir da construção de argumentação jurídica pautada nas seguintes premissas: (i) utilização do método da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade como parâmetros norteadores da interpretação constitucional a ser empreendida; (ii) análise da Lei Federal 12.414/2011 – Lei do Cadastro Positivo – e considerações sobre a técnica da analogia como método hermenêutico complementar.

## 2. A pré-compreensão do tema e a nova hermenêutica constitucional

A análise que se segue parte de consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado em que empresa de proteção ao crédito requer, ao Poder Público, o acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com vistas à redução do número de fraudes perpetradas nas tratativas empresariais.

Trata-se de questão de viés eminentemente constitucional, tendo em vista que sua solução exige a conciliação harmônica de dois grupos de bens jurídicos constitucionalmente protegidos – de um lado, o direito ao sigilo de dados e o direito à privacidade; de outro, os princípios relacionados à ordem econômica, em especial a livre iniciativa e o desenvolvimento nacional, este último apontado pelo legislador constituinte originário como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, II, CRFB/88). O equacionamento do conflito pressupõe a ponderação dos valores constitucionais aplicáveis ao caso concreto, razão pela qual se faz adequada uma breve apresentação de premissas teóricas inerentes à hermenêutica constitucional contemporânea, essenciais para a compreensão do raciocínio jurídico a ser delineado.

Antes da referida exposição, vale a pena ressaltar que a interpretação constitucional não tem a pretensão de definir verdades absolutas e atemporais. Como bem observado por Luís Roberto Barroso, “toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um”<sup>4</sup>. Não obstante, o resultado do processo exegético requer argumentação jurídica consistente e racional que possibilite a aferição do caminho percorrido pelo intérprete na busca de determinada conclusão, pressuposto que se buscará satisfazer no presente estudo.

A seguir, algumas sucintas considerações sobre as premissas teóricas necessárias à compreensão da tese a ser desenvolvida: a teoria dos princípios, a ponderação de interesses e noções básicas sobre a supremacia dos direitos fundamentais.

A teoria dos princípios<sup>5</sup>, um dos pilares da moderna dogmática constitucional, foi construída a partir da ideia de que as normas jurídicas se subdividem em duas categorias distintas: princípios e regras. Com a mudança de paradigma consagrada pelo Pós-Positivismo, a Constituição passa a ser considerada como um sistema jurídico composto por princípios e regras, de modo que a carga valorativa inerente aos princípios deixa de ter dimensão puramente axiológica e passa a gozar de normatividade<sup>6</sup>, pressuposto que anteriormente se limitava às regras.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. nº 222, p. 179-212, out./dez. 2000.

<sup>5</sup> Existe vasta produção acadêmica, inclusive na doutrina nacional, a respeito da diferença entre princípios e regras: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez.2006, p. 23-51; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>6</sup> A diferença entre princípios e regras e o postulado da normatividade dos princípios são premissas frequentemente utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido: “A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição”. (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 04 e 05/05/2011. Informativo 625, STF).

De acordo com as concepções doutrinárias de Ronald Dworkin e Robert Alexy<sup>7</sup>, as regras possuem caráter objetivo e veiculam “mandados de definição” que funcionam na modalidade do “tudo ou nada”. A aplicação das regras se dá através do mecanismo tradicional de subsunção, de modo que ocorrendo a situação prevista no seu relato, a regra será aplicável. Existindo conflito entre regras, apenas uma delas irá prevalecer.

De outro lado, os princípios são considerados “mandados de otimização” que possuem um maior grau de abstração e incidem sobre um conjunto indeterminado de situações. É inviável definir, *a priori*, as hipóteses contempladas em seu conteúdo. Os princípios são normas jurídicas dotadas de forte dimensão axiológica que veiculam valores a serem protegidos e finalidades públicas a serem perseguidas, razão pela qual, diferentemente das regras, sua aplicação não se dá sob a lógica do “tudo ou nada”. Tendo em vista a insuficiência do método subsuntivo para resolver conflitos entre princípios, a interpretação constitucional requer métodos exegéticos capazes de “lidar com o fato de que a Constituição é um documento dialético – que tutela valores e interesses potencialmente conflitantes – e que os princípios nela consagrados frequentemente entram em rota de colisão”<sup>8</sup>.

Nesse contexto, surge a ponderação de interesses como técnica apta a solucionar o conflito entre princípios através do que se convencionou chamar de “balanceamento e sopesamento” dos bens jurídicos incidentes sobre determinada situação concreta, premissa metodológica adotada de forma recorrente pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Autores responsáveis pela mudança de paradigma introduzida pela teoria dos princípios: DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1997; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004. p. 357.

<sup>9</sup> Nesse sentido: “Os dois vetores mostram-se, assim, inconciliáveis, de modo que a prevalência de um leva ao afastamento da eficácia normativa do outro para a solução da presente controvérsia. Em um cenário como este, e na linha do que já mencionado, a única opção metodologicamente válida é a utilização, por esta Corte Constitucional, da técnica da ponderação” (RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF).

De forma bastante resumida, o método ponderativo se divide em três principais fases: (i) preliminarmente, o intérprete deve identificar quais os princípios, valores ou interesses constitucionais relevantes para a solução do impasse e os possíveis conflitos entre eles; (ii) em segundo lugar, o aplicador do direito deve analisar as circunstâncias fáticas inerentes ao conflito e verificar como se dá a sua interação com os enunciados normativos<sup>10</sup> identificados na primeira etapa; (iii) por fim, o exegeta deve sopesar os princípios aplicáveis ao caso concreto, definir o peso a ser atribuído a cada um e decidir qual norma jurídica deve preponderar naquela situação específica. Esse processo de “balanceamento e sopesamento” dos bens jurídicos tem como parâmetro norteador o princípio da proporcionalidade, premissa consagrada na doutrina<sup>11</sup> e jurisprudência<sup>12</sup> como método de controle da discricionariedade dos atos do Poder Público, com vistas à melhor realização da vontade constitucional.

Por fim, é importante ressaltar a supremacia dos direitos fundamentais no constitucionalismo moderno e sua indissociável vinculação com as premissas teóricas já apresentadas. As ideias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais estão intimamente relacionadas, tendo em vista que surgiram com a finalidade comum de estabelecer limites aos Poderes Públicos.

---

<sup>10</sup> Nesse contexto, é importante que se compreenda a diferença entre norma e enunciado normativo. O enunciado normativo diz respeito à literalidade do dispositivo legal, na sua dicção abstrata. A norma é o resultado do processo exegético e representa a solução constitucionalmente adequada para solucionar o conflito.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>12</sup> Confira-se: “Todo esse caminho lógico a ser percorrido para a harmonização de comandos normativos indicando soluções opostas demanda do aplicador da Constituição a reconstrução do sistema de princípios e regras exposto no seu texto, guiado por um inafastável dever de coerência. (...) E é somente quando essa tentativa de definição dos limites próprios a cada norma fundamental se mostrar infrutífera, já que sobrepostos os respectivos âmbitos de proteção, que cabe ao intérprete fazer o uso da técnica da ponderação de valores, instrumentalizada a partir do manuseio do postulado da proporcionalidade”. (RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF).



Percebeu-se, ao longo da história, que a previsão de procedimentos relacionados à organização do poder e à repartição de competências entre os órgãos estatais é insuficiente para promover justiça, sendo indispensável que a Constituição albergue valores, direitos e liberdades fundamentais que limitem e ao mesmo tempo legitimem o exercício do poder estatal. Nesse contexto, os direitos fundamentais, além de representarem instrumentos de defesa do indivíduo em face da arbitrariedade estatal, passam a gozar de uma dimensão axiológica de suma importância capaz de lhes atribuir o status de fundamento material de todo o ordenamento jurídico<sup>13</sup>.

### 3. Eficácia dos direitos fundamentais e a vinculação do Poder Público aos seus preceitos

A questão referente à eficácia das normas constitucionais passou a ocupar papel de destaque no direito constitucional a partir da consagração do princípio da força normativa da Constituição. A perspectiva segundo a qual a Constituição não se reduz a um “simples pedaço de papel”<sup>14</sup> que reflete as relações de poder existentes, mas, ao contrário, possui uma pretensão de eficácia capaz de ordenar e conformar a realidade política e social foi desenvolvida por Konrad Hesse<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet: “Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí o seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo”. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 61.

<sup>14</sup> Expressão desenvolvida por Ferdinand Lassalle. LASSALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1985.

<sup>15</sup> HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

As ideias formuladas por Hesse foram fundamentais para se chegar ao consenso doutrinário de que inexistente preceito constitucional destituído de eficácia, sem prejuízo da possibilidade de se estabelecer “uma graduação da carga eficaz das normas constitucionais”<sup>16</sup>. Analisando as diferentes propostas doutrinárias sobre a questão, Ingo Sarlet conclui que todas as normas constitucionais apresentam certo grau de eficácia jurídica independente do coeficiente de densidade normativa, em virtude da normatividade inerente a todos os preceitos insertos na Carta Magna<sup>17</sup>.

No que tange à eficácia e aplicabilidade dos direitos fundamentais, a Constituição vigente prevê que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, §1º, CRFB/88). Embora não haja consenso acerca do significado e do alcance do referido preceito, é possível afirmar que o legislador constituinte pretendeu (i) evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais; (ii) reforçar a importância dos referidos preceitos em relação às normas constitucionais em geral e (iii) atribuir aos Poderes Públicos a incumbência de conferir a maior eficácia possível às normas que os introduzem<sup>18</sup>.

A eficácia e aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estão intimamente relacionadas à questão da vinculação dos Poderes Públicos aos seus preceitos. Nesse contexto, cumpre destacar, sem pretensão de aprofundamento do tema, que além de vincularem os Poderes Públicos, com

---

<sup>16</sup> NSARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 251.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 252-253.

<sup>18</sup> “Se, portanto, todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, no caso dos direitos fundamentais, à luz do significado outorgado ao art. 5º, §1º, de nossa Lei Fundamental, pode afirmar-se que aos poderes públicos incumbem a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais, já que não há como desconsiderar a circunstância de que a presunção da aplicabilidade imediata e plena eficácia que milita em favor dos direitos fundamentais constitui, em verdade, um dos esteios de sua fundamentalidade formal no âmbito da Constituição. (...) Negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade”. *Ibidem*, p. 271-272.

a denominada “eficácia vertical”, os direitos fundamentais também exercem eficácia vinculante no âmbito das relações jurídicas entre particulares. Cuida-se da eficácia privada ou horizontal dos direitos fundamentais, tema controverso e de vasta produção doutrinária no direito pátrio<sup>19</sup>.

Embora a Constituição de 1988 não tenha sido expressa quanto à vinculação das entidades públicas e dos particulares aos direitos fundamentais, tal postulado decorre da aplicabilidade imediata prevista no artigo 5º, § 1º, de modo que qualquer ato praticado deve levar em conta os direitos fundamentais como “baliza e referencial”<sup>20</sup>. Cumpre observar que a eficácia vinculante se verifica sob duas perspectivas: (i) dimensão negativa ou proibitiva: diz respeito à necessidade do Poder Público respeitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, de modo que eventuais ingerências se darão de forma excepcional, desde que existam motivos relevantes que as justifiquem; (ii) dimensão positiva: o Estado está obrigado a atuar com o objetivo de concretizar os direitos fundamentais da forma mais ampla possível.

É pacífico o entendimento de que os três tradicionais poderes estatais - Legislativo, Executivo e Judiciário – encontram-se adstritos aos direitos fundamentais. Para os fins do presente trabalho, é importante destacar que também a Procuradoria-Geral do Estado, como uma das funções essenciais à Justiça, deve observar os valores veiculados pelos direitos fundamentais ao exercer o seu *mister* constitucional de representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (artigo 132, CRBF/88).

Partindo da premissa de que as atividades desempenhadas pelos Procuradores do Estado têm como objetivo precípua o controle da juridicidade da Administração Pública, “com vistas a que a ação dos entes estatais seja

---

<sup>19</sup> Destacam-se, nesse contexto, as contribuições de SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; SILVA, Virgílio Afonso da. A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares, São Paulo: Malheiros, 2005; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>20</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1993. p. 279.

cada vez mais obediente à ordem jurídica<sup>21</sup> e considerando a importância dos direitos fundamentais para a preservação e consolidação do regime democrático brasileiro, resta claro que a eficácia vinculante dos referidos preceitos se estende também à Procuradoria-Geral do Estado<sup>22</sup>.

## 4. Possibilidade de restrição ao âmbito normativo dos direitos fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade como limite

O âmbito de proteção de determinado direito fundamental corresponde ao campo de incidência normativa, ou seja, ao bem jurídico protegido pelo ordenamento. Não obstante a aparente simplicidade da definição do conceito, a indeterminação semântica dos enunciados normativos aliada ao caráter axiológico dos direitos fundamentais faz com que a identificação do âmbito de proteção não seja tarefa simples.

Considerando que a ordem jurídica não pode conferir proteção ilimitada aos direitos fundamentais, tornou-se corrente o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram “absolutamente blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva ou objetiva”<sup>23</sup>, admitindo-se intervenções em seu âmbito de proteção.

---

<sup>21</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, volume XVI: Advocacia Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 7.

<sup>22</sup> Ao discorrer sobre o princípio da eficiência, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que sua aplicação não deve se restringir aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo necessária a extensão de sua carga valorativa às funções essenciais à Justiça, através de uma interpretação extensiva. Com maior razão, é possível afirmar que a eficácia vinculante dos direitos fundamentais se estende às funções essenciais à Justiça, mais especificamente à atuação da Procuradoria-Geral do Estado. *Ibidem*. p. 3-23.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 387.

A Teoria Externa<sup>24</sup>, concepção teórica adotada por parte substancial da doutrina pátria<sup>25</sup>, considera que o direito fundamental não possui um único objeto jurídico constitucionalmente definido e constrói sua argumentação com base em dois elementos: o direito *prima facie* e a restrição a tal direito.

De acordo com a referida concepção, o processo interpretativo consiste, em primeiro lugar, em identificar as posições jurídicas relacionadas aos direitos fundamentais em jogo, elementos que configurarão o conteúdo *prima facie* do referido bem jurídico. Em seguida, o intérprete deve questionar se o conteúdo *prima facie* do direito é passível de sofrer restrições por limites externos veiculados por outros direitos ou princípios constitucionais também incidentes sobre o caso concreto. Para tanto, o aplicador do direito deve sopesar o conteúdo *prima facie* identificado com os demais valores constitucionais contrapostos, valendo-se do método de ponderação de interesses para, através do princípio da proporcionalidade, definir o conteúdo do direito aplicável na situação concreta. Segundo Jane Reis Gonçalves Pereira, “são traçados, assim, os limites definitivos do direito, os quais, para essa concepção, são limites externos, já que resultam do ‘recorte’ do conteúdo inicialmente protegido do direito fundamental”<sup>26</sup>.

Tendo em vista a dificuldade do legislador disciplinar todas as possibilidades de colisão entre direitos fundamentais, é frequente a situação

---

<sup>24</sup> Nomenclatura utilizada por ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. De outro lado, a Teoria Interna entende que o legislador pode apenas configurar direitos fundamentais, seja concretizando o seu conteúdo ou detalhando suas formas de exercício, na medida em que a restrição efetiva apenas será admitida nas hipóteses em que a Constituição autorizar de forma expressa. Para a Teoria Interna a aplicação dos direitos fundamentais se dá através da identificação do seu conteúdo constitucionalmente definido e seu ajustamento ao caso concreto. Assim, resta excluída a possibilidade de limitações de origem externa, como é o caso das restrições decorrentes da colisão entre princípios.

<sup>25</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. Revista de Direito do Estado nº 4, out./dez.2006, p. 23-51.

<sup>26</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

em que a ausência de regulamentação conduz à necessidade de se resolver o impasse decorrente de dois bens jurídicos constitucionalmente tutelados que incidem, de forma simultânea, sobre o caso concreto, mas apontam em direções opostas. Considerando a inexistência de hierarquia entre os valores constitucionais, ideia decorrente do princípio da unidade da Constituição, o intérprete deve buscar uma solução que harmonize os preceitos em conflito.

Não obstante, as restrições ao âmbito normativo dos direitos fundamentais devem observar determinados limites. Ante a inevitabilidade de colisão entre os direitos fundamentais veiculados sob a forma de princípios, especialmente tratando-se de Constituições compromissórias como é o caso da Constituição vigente, e a necessidade de se estabelecer parâmetros a serem observados pelos aplicadores do direito, com vistas à solução dos referidos impasses, a doutrina constitucional contemporânea introduziu os princípios da proporcionalidade<sup>27</sup> e da proteção do núcleo essencial como limites a serem observados pelo Estado quando se trata de impor limitações aos direitos fundamentais.

De acordo com a posição amplamente acolhida em sede doutrinária<sup>28</sup>, o princípio da proporcionalidade, sob a perspectiva da proibição do excesso<sup>29</sup>, subdivide-se em três subprincípios: (i) adequação: o meio eleito deve ser apto

---

<sup>27</sup> Não obstante a existência de controvérsia a respeito da fungibilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a doutrina majoritária, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite a intercambialidade dos referidos preceitos. Note-se que o princípio da proporcionalidade se originou no direito germânico e tem como fundamento a cláusula do Estado de Direito. O princípio da razoabilidade, por sua vez, surgiu no direito americano a partir do caráter substancial da cláusula do devido processo legal.

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6ª edição rev. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>29</sup> Cumpre destacar a dupla dimensão do princípio da proporcionalidade: a) proibição do excesso: perspectiva segundo a qual o princípio da proporcionalidade tem por objeto o controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais, ou seja, verificar se a atuação do Poder Público corre o risco de afetar, de forma desproporcional, os direitos fundamentais; b) proibição de insuficiência: controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento dos seus deveres de proteção. No presente trabalho, enfocaremos o princípio da proporcionalidade sob a perspectiva da proibição do excesso.



à promoção do fim pretendido; (ii) necessidade: impossibilidade do objetivo almejado ser promovido, com a mesma intensidade, através de meios alternativos que restrinjam em menor escala o direito fundamental afetado; (iii) proporcionalidade em sentido estrito: ponderação entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do valor constitucional que com ele colide e que fundamenta a implementação da medida restritiva.

Além do princípio da proporcionalidade, a doutrina aponta como limite o princípio da proteção do núcleo essencial, segundo o qual os direitos fundamentais possuem um núcleo imodificável que representa uma parcela do direito imune à ação dos Poderes Públicos. Trata-se de um conteúdo mínimo indisponível à intervenção estatal, dentro do qual nenhuma restrição se afigura legítima.

## 5. Análise da consulta à luz do princípio da proporcionalidade

Assentadas as premissas teóricas necessárias à compreensão do raciocínio a ser desenvolvido, passa-se à análise do caso concreto que diz respeito ao sigilo de dados - direito fundamental previsto no artigo 5º, XII da Constituição da República de 1988 - e à intensidade da proteção que o Estado deve conferir a tal direito no que tange às informações pessoais constantes dos bancos de dados públicos.

Trata-se de consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado a respeito da possibilidade jurídica de celebração de parceria entre o Estado e empresa de proteção ao crédito com o objetivo de franquear a esta última o acesso a dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com o objetivo de reduzir o número de fraudes.

A abordagem do tema será feita, inicialmente, sob a perspectiva constitucional considerando que o equacionamento da questão exige a conciliação harmônica de dois grupos de bens jurídicos, ambos tutelados pela Constituição de República de 1988. Buscar-se-á solucionar o conflito através do “balanceamento e sopesamento” dos referidos bens jurídicos através da técnica da ponderação de interesses que pressupõe, em primeiro lugar, a identificação dos princípios ou valores constitucionais relevantes para a solução do impasse e a verificação da interação dos mesmos com as circunstâncias fáticas subjacentes.

Em primeiro lugar, destacam-se o direito ao sigilo de dados e o direito à privacidade, ambos direitos fundamentais consagrados pela Constituição da República (artigo 5º, incisos X e XII, CRFB/88) e que se relacionam com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CRFB/88). São direitos que se caracterizam por estabelecerem uma esfera de autonomia individual, demarcando um espaço dentro do qual não se deve interferir. José Afonso da Silva define privacidade como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”<sup>30</sup>. Assim, o conteúdo *prima facie* dos referidos direitos remete à conclusão de que o Estado deve preservar o sigilo das informações constantes dos bancos de dados públicos.

Por outro lado, o tema se relaciona com os princípios da ordem econômica, em especial a valorização da livre iniciativa, e com a necessidade de promover o desenvolvimento nacional, finalidade erigida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, II, CRFB/88). A consagração da livre iniciativa como princípio fundamental da ordem econômica (artigo 170, *caput*, CRFB/88) e da República Federativa do Brasil (artigo 1º, IV, CRFB/88) remete à premissa de que “o constituinte prestigiou

---

<sup>30</sup> NSILVA, José Afonso da. Comentário textual à Constituição. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 100.

uma economia de mercado, de cunho capitalista<sup>31</sup>, cujo desenvolvimento deve ser perseguido.

Além disso, a livre iniciativa, como desdobramento da liberdade<sup>32</sup>, introduz a ideia de que a intervenção do Poder Público na ordem econômica, sob a forma de ação ou omissão, não deve impedir que as atividades econômicas se desenvolvam de forma satisfatória. Sob essa perspectiva, poder-se-ia alegar que a negativa do acesso pretendido prejudicará a liberdade de iniciativa econômica, em razão do aumento do número de contratações fraudulentas.

As empresas de proteção ao crédito têm por objetivo reduzir a inadimplência e promover o desenvolvimento do mercado de consumo, através da formação de um banco de dados com informações a respeito de pessoas físicas e jurídicas, com vistas a conferir maior segurança às empresas que realizam negociações que impliquem em concessão de crédito.

Embora a celebração do convênio possa vir a contribuir com a redução da taxa de juros, conferir maior proteção ao consumidor<sup>33</sup> ao evitar que alguém se utilize de documento roubado para pleitear crédito e maximizar o desenvolvimento nacional, o aplicador do direito não pode desconsiderar os demais princípios constitucionais aplicáveis ao caso. Tratando-se de “mandados de otimização”, os princípios se aplicam em maior ou menor grau de intensidade, de acordo com a realidade fática subjacente. Assim, o intérprete deve sopesar os valores em jogo a fim de buscar a solução constitucionalmente adequada para o deslinde da questão, utilizando para tanto o princípio da proporcionalidade como parâmetro.

---

<sup>31</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1219.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica). 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 187.

<sup>33</sup> Note-se que o princípio da proteção ao consumidor pode figurar dos dois lados da equação. De um lado, o consumidor tem direito a que os seus dados não sejam disponibilizados a terceiros sem o seu consentimento. De outra parte, o acesso aos boletins de ocorrência pode resultar em uma maior proteção ao consumidor, na medida em que se evita a utilização de documento roubado por fins impróprios. Não obstante, o presente estudo será conduzido sob a perspectiva do direito à privacidade e dos princípios relacionados à ordem econômica.

Na primeira etapa do processo de verificação da proporcionalidade de uma restrição a direito fundamental, o intérprete deve analisar se esta atende ao subprincípio da adequação que exige que “toda restrição aos direitos fundamentais seja idônea para o atendimento de fim constitucionalmente legítimo”<sup>34</sup>. Nesse sentido, o hermeneuta deve verificar se os meios restritivos contribuem para se alcançar a finalidade pretendida e se este fim é consentâneo com o sistema constitucional.

O crédito é fator importante para o desenvolvimento do mercado de consumo, pois possibilita a aquisição de bens e serviços por vários consumidores que não poderiam comprar, caso não pudessem se valer da concessão do crédito ou da realização de venda a prazo. Os bancos de dados de proteção ao crédito têm como finalidade o armazenamento de informações a respeito do consumidor, com o objetivo de reduzir o risco de inadimplimento e conferir segurança às tratativas empresariais. A empresa interessada pode consultar o referido banco de dados e com base nas informações ali contidas decidir a respeito da concessão ou não do crédito.

É evidente que quanto maior o número de informações sobre o candidato a crédito, menor a probabilidade de fraudes e o risco de inadimplimento, fatores que prejudicam o desenvolvimento do mercado nacional. Assim, pode-se considerar superada a primeira etapa do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a medida requerida pela empresa de proteção de crédito é adequada, ao menos em princípio, ao fim por ela apontado, qual seja a redução de fraudes e do risco de inadimplimento com a promoção de maior segurança ao mercado de consumo e, em última *ratio*, com a potencialização do desenvolvimento nacional, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, II, CRFB/88).

---

<sup>34</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 324.

A segunda etapa do princípio da proporcionalidade consiste na verificação do subprincípio da necessidade, também conhecido como proibição do excesso, segundo o qual dentre várias medidas restritivas aos direitos fundamentais igualmente aptas para alcançar a finalidade pretendida, o intérprete deve optar por aquela menos lesiva ao direito fundamental afetado. Nesse sentido, a medida será “entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos oneroso que viabilize a consecução do fim”<sup>35</sup>. De acordo com o referido postulado, o intérprete deve verificar dois aspectos: (i) se os meios alternativos possuem um grau superior ou idêntico de aptidão para alcançar a finalidade pretendida; (ii) se as medidas que atingem o mesmo grau de satisfação afetam os direitos fundamentais em menor escala.

Quanto ao pretendido acesso aos dados de identificação civil, cumpre observar que ao pleitear a concessão de empréstimo ou realizar qualquer compra a prazo, o consumidor é obrigado a fornecer à empresa contratante alguns documentos, rol que abrange, necessariamente, seu documento de identidade com os respectivos dados de identificação. O consumidor interessado na concessão do crédito não se negará a fornecer a documentação exigida. Assim sendo, não se vislumbra benefício decorrente da consulta ao banco de dados das empresas de proteção ao crédito com o objetivo de obter informação já fornecida pelo próprio interessado em contratar.

Além disso, os dados de identificação civil não se prestam à finalidade de avaliar a situação financeira e a capacidade do consumidor de adimplir as obrigações eventualmente contraídas. Claramente, o fornecimento dos dados de identificação civil pelo consumidor implica em menor restrição ao direito fundamental à privacidade, na medida em que o titular das informações avalia a conveniência e oportunidade de repassar seus dados pessoais a terceiros.

No que tange ao acesso aos boletins de ocorrência policial onde se registram roubos de documentos, a fim de se verificar se o documento

---

<sup>35</sup> Ibidem, p. 339.

apresentado pelo consumidor no momento da contratação realmente lhe pertence ou foi obtido de forma ilícita, o acesso da empresa requerente aos bancos de dados do Poder Público não é a única forma de se obter a segurança pretendida. Em primeiro lugar, existem diversos meios através dos quais o titular dos dados poderá informar as empresas de proteção ao crédito a respeito do roubo ou extravio de seu documento.

Em particular, algumas empresas oferecem mecanismos virtuais que permitem a referida comunicação, como acontece com os registros de boletins de ocorrência *on line*. A título de exemplo, o Serasa oferece o serviço de cadastramento de documentos roubados, furtados ou perdidos com o objetivo de evitar fraudes envolvendo o nome e documento do cidadão. Através desse mecanismo, o consumidor comunica o Serasa do ocorrido e este se encarrega de avisar as empresas, lojas e estabelecimentos que se utilizam dos seus serviços<sup>36</sup>.

Por fim, quanto ao cadastro de veículos do DETRAN é possível vislumbrar que o acesso será útil sob duas perspectivas. Primeiramente, o acesso ao referido cadastro é uma forma de conhecer o número de veículos que o indivíduo possui, informação indicativa de seu patrimônio e de sua capacidade financeira. Não obstante, o objeto principal da empresa de proteção de crédito é coletar informações que digam respeito a obrigações inadimplidas, de modo que a pretensão de obter acesso a dados que informem a situação econômica ou financeira de pessoas físicas ou jurídicas esbarra na proteção conferida pelo legislador constituinte ao direito à privacidade. Guardadas as devidas proporções, seria o mesmo que pretender que a Secretaria da Receita Federal franqueasse o acesso às declarações de Imposto de Renda. Em que pese seja possível realizar um “cruzamento” de dados entre o patrimônio do consumidor e suas dívidas a fim de verificar se o patrimônio é suficiente para garantir o cumprimento das obrigações contraídas, o acesso ao cadastro de

---

<sup>36</sup> Para maiores detalhes, conferir [www.serasaexperian.com.br](http://www.serasaexperian.com.br)

veículos do DETRAN não é essencial à atividade desenvolvida pelas empresas de proteção ao crédito.

Em segundo lugar, pode-se vislumbrar que o objetivo do acesso pretendido seja obter informações a respeito de eventuais financiamentos de veículos não quitados. Todavia, o acesso ao cadastro de veículos do DETRAN não poderá revelar a existência de contratos inadimplidos, uma vez que tais informações não constam do cadastro do órgão de fiscalização de trânsito. Ademais, a instituição financeira financiadora já terá conhecimento de eventual inadimplemento, assim como as empresas de proteção ao crédito, tendo em vista que estas são informadas imediatamente a respeito de qualquer financiamento não cumprido.

Soma-se a tudo isso, o fato de que as empresas de proteção ao crédito desenvolvem suas atividades há anos sem acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN. Tal constatação prejudica a argumentação de que o acesso às referidas informações é indispensável e de que não existem outros meios, menos gravosos ao direito à privacidade, para a elaboração do banco de dados de “maus pagadores”.

Apresentados os motivos pelos quais entendemos que o convênio pretendido não supera o subprincípio da necessidade e considerando a premissa de que apenas se passa para o subprincípio subsequente se o anterior for satisfeito, já está suficientemente demonstrada a desproporcionalidade da restrição ao direito fundamental à privacidade e, por conseguinte, a impossibilidade jurídica de celebração do ajuste.

Todavia, admitindo a hipótese do leitor discordar da argumentação apresentada e entender que o acesso aos dados pleiteados é indispensável ao desenvolvimento do mercado consumidor, passa-se à análise do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, última etapa do processo de

solução de antinomias entre princípios constitucionais pautada no princípio da proporcionalidade.

Segundo o referido subprincípio, “uma restrição a direitos fundamentais é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada pela intervenção”<sup>37</sup>. Nessa etapa, o intérprete deve comparar o grau de restrição ao direito fundamental com a importância do valor que a ele se contrapõe e que serve de justificativa à restrição. Ou seja, é necessário verificar “se o atendimento à finalidade buscada pela medida restritiva compensa os prejuízos que desta advenham para os direitos fundamentais”<sup>38</sup>.

Trata-se de estabelecer uma “atribuição de peso” ou uma “relação de precedência”<sup>39</sup> entre os princípios aplicáveis e determinar qual deles prevalecerá em determinada situação hermenêutica. Para fins de identificação do bem jurídico preponderante, a doutrina especializada faz a seguinte distinção: (i) peso concreto: é definido a partir da comparação quantitativa entre a intensidade da restrição imposta ao direito fundamental e o grau de satisfação do princípio contraposto que serve de fundamento à restrição; (ii) peso abstrato: é determinado de acordo com a relevância axiológica que o princípio assume no sistema constitucional<sup>40</sup>.

Em primeiro lugar, o grau de restrição ao direito fundamental à privacidade é intenso e imediato. A celebração de convênio entre o Poder Público e empresa de proteção ao crédito, com o objetivo de franquear o acesso aos bancos de dados públicos, afeta o direito à privacidade dos indivíduos que teriam seus dados disponibilizados sem qualquer manifestação de vontade

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 346.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 346.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 347.

nesse sentido. Por outro lado, o pretendido desenvolvimento nacional é uma mera suposição, pois nada garante que o acesso aos bancos de dados públicos reduzirá a taxa de juros ou aumentará o número de obrigações adimplidas. Assim, o desenvolvimento nacional é uma conjectura incerta, cujos efeitos não são observáveis no curto prazo.

Quanto à determinação do peso concreto dos princípios contrapostos, entendemos que o desenvolvimento nacional vislumbrado, incerto e futuro, não é suficiente para compensar os prejuízos, intensos e imediatos, advindos da restrição ao direito fundamental à privacidade dos cidadãos. A celebração do convênio pretendido será excessivamente onerosa em vista dos duvidosos efeitos que gerará para o desenvolvimento das atividades econômicas.

Por fim, na última etapa da proporcionalidade em sentido escrito, o intérprete deve decidir pela preponderância do princípio que tenha maior relevância material na axiologia constitucional, decisão esta que deve levar em consideração o conceito de peso abstrato. Este está relacionado ao grau de fundamentalidade do direito que será proporcional à sua capacidade de realizar os valores inerentes ao constitucionalismo, dentre os quais se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>41</sup>. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, o postulado da dignidade da pessoa humana possui uma prevalência axiológica sobre todas as demais normas constitucionais e “deve servir como fiel da balança para a definição do peso abstrato de cada princípio jurídico estabelecido na Constituição Federal de 1988”<sup>42</sup>.

O direito à privacidade introduz a ideia da “existência de um âmbito próprio e reservado em face de atuação e conhecimento dos demais,

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 347-348.

<sup>42</sup> RE 363889/DF, Rel. Min. Dias Toffoli. Voto-vista do Min. Luiz Fux. Acórdão pendente de publicação – Transcrições do Informativo 631, STF.

indispensável à manutenção de uma qualidade mínima de vida humana”<sup>43</sup>. De outro lado, os princípios relacionados à atividade econômica visam, em primeiro plano, interesses patrimoniais. Embora o desenvolvimento nacional resulte, indiretamente, na melhoria da qualidade de vida dos cidadãos, o direito fundamental à privacidade possui um grau mais intenso de fundamentalidade, na medida em que contribui em maior escala com a promoção da dignidade da pessoa humana. Além disso, é corrente o entendimento doutrinário no sentido de que a norma que de forma direta proteja a dignidade da pessoa humana deve prevalecer sobre outra norma que apenas indiretamente promova o referido princípio<sup>44</sup>.

## 6. Análise da consulta à luz da Lei 12.414/2011

Feita a análise da questão sob a perspectiva constitucional, é elucidativo verificar se a questão já foi regulamentada em âmbito infraconstitucional e qual o resultado da ponderação empreendida pelo legislador democraticamente eleito. Para tanto, deve-se investigar a existência de legislação que verse sobre o grau de sigilo a ser conferido aos bancos de dados públicos, bem como se existe autorização legislativa para que o Poder Público restrinja o âmbito normativo do referido direito fundamental em prol de outro bem jurídico constitucionalmente tutelado.

Para tanto, cumpre analisar a Lei Federal 12.414 de 09 de junho de 2011, legislação que tem como objetivo criar o chamado “cadastro positivo de crédito”, com vistas a possibilitar uma melhor análise do risco de crédito, promover a redução da taxa de juros e reduzir a inadimplência no mercado de

---

<sup>43</sup> Considerações de Ingo Wolfgang Sarlet a respeito da decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Espanha no recurso de amparo nº 4015/96. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104.

<sup>44</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

consumo. A regulamentação a respeito da “formação e consulta a banco de dados com informações de adimplemento de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito” se iniciou em dezembro de 2010, com a Medida Provisória 518/2010, cujo conteúdo deu origem à Lei 12.414/2011, recentemente publicada.

O “cadastro positivo de crédito” tem como objetivo formar um banco de dados que reúna informações positivas sobre os consumidores, relacionadas à satisfação de suas obrigações financeiras e creditícias. É uma espécie de cadastro de “bons pagadores” que possibilita o registro do comportamento financeiro do consumidor, bem como seu conhecimento pelas entidades que realizam transações que impliquem risco financeiro, visando conferir maior segurança às negociações empresariais que se utilizem da concessão de crédito, reduzir a taxa de juros ante o menor risco de inadimplemento e, por fim, fomentar o desenvolvimento do mercado financeiro nacional.

Depreende-se da leitura da Lei 12.414/2011 que o legislador infraconstitucional se preocupou, em diversos momentos, com a preservação do direito à privacidade do interessado em obter um “cadastro positivo de crédito”.

Em primeiro lugar, a abertura do cadastro depende de autorização prévia do potencial cadastrado, mediante consentimento inequívoco (artigos 4º, *caput* e 8º, inciso I), requisito que se extrai da própria definição legal de cadastrado prevista no artigo 2º, inciso III da Lei 12.414/2011: “pessoa natural ou jurídica que tenha autorizado inclusão de suas informações no banco de dados”. Os cadastros não autorizados eventualmente abertos devem ser cancelados, sem prejuízo da aplicação de sanções pelos órgãos de proteção e defesa do consumidor da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nas suas respectivas áreas de competência (artigo 17).

Além de condicionar a formação do banco de dados à autorização formal do interessado, o legislador criou mecanismos que têm como objetivo conferir segurança ao cadastrado quanto ao tratamento a ser dispensado aos dados pessoais fornecidos. O cadastrado tem o direito de ser informado sobre a

identidade da pessoa jurídica responsável pela administração do banco de dados, bem como sobre as entidades que tiveram acesso aos seus dados no caso de compartilhamento (artigos 5º, inciso V; 6º, III e IV). Além disso, o legislador restringiu a utilização das informações disponibilizadas nos bancos de dados, de modo que elas apenas poderão ser compartilhadas com o objetivo de analisar o risco de crédito do cadastrado a fim de subsidiar negociações empresariais que impliquem em alguma espécie de risco financeiro (artigos 5º, VII; 7º), sendo vedado o compartilhamento dos dados pessoais para outros fins.

Acrescenta-se, ainda, que a lei faculta ao cadastrado a solicitação de cancelamento do cadastro, quando assim entender conveniente (artigo 5º, inciso I). Tal possibilidade deixa clara a preocupação do legislador com a voluntariedade do cadastro positivo, posto que ao mesmo tempo em que condiciona a abertura do cadastro à autorização prévia e expressa do interessado, admite a revogação do consentimento anterior, desde que haja solicitação do titular dos dados nesse sentido.

Em que pese a existência de críticas no sentido de que a exigência de autorização prévia para abertura do cadastro positivo não é suficiente para proteger a privacidade dos cidadãos<sup>45</sup>, fica claro que o direito fundamental à privacidade foi considerado como valor de extrema relevância pelo legislador infraconstitucional.

Tais considerações se reforçam na medida em que dois dos três dispositivos legais vetados tiveram como justificativa a violação ao direito à privacidade do cadastrado e ao caráter voluntário inerente à formação do cadastro positivo<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> “O tema é bastante polêmico e tem dividido as opiniões de órgãos e entidades de defesa do consumidor. Afinal, qual o outro lado da moeda? Se se trata de possível benefício ao consumidor, por que o “cadastro positivo” está longe de ser uma unanimidade? Basicamente por duas razões. Primeira: muitos não acreditam numa efetiva redução de juros ao tomador de empréstimo. Segunda: o tratamento de informações positivas representa, em última análise, ofensa à privacidade do consumidor. (...) Além disso, o aumento de número de informações pessoais pode representar ofensa à dignidade da pessoa humana, aos direitos da personalidade (privacidade e honra). Atualmente, a maior preocupação em torno do tema diz respeito justamente à existência de limites ao tratamento (coleta, armazenamento e difusão) de informações pessoais, considerando a grande facilidade que a evolução informática permite nesta área”. BESSA, Leonardo Roscoe. Cadastro Positivo. Disponível em: < <http://www.brasilcon.org.br/web/artigos/artigosver.asp?id=28> >. Acesso em: 08 ago. 2011.

<sup>46</sup> Mensagem de Veto nº 188 de 09 jun. 2011.

Note-se que o direito fundamental à privacidade foi privilegiado pelo legislador ordinário, em que pese o objeto da Lei 12.414/2011 ser a criação de banco de dados com informações relacionadas ao adimplemento de obrigações com vistas à formação de histórico de crédito que beneficie o próprio cadastrado. Ou seja, mesmo que o banco de dados seja formado por informações positivas e tenha como finalidade principal favorecer o titular dos dados no que tange à concessão de crédito, considerou-se imprescindível a proteção do direito à privacidade dos cidadãos.

Percebe-se que a argumentação constitucional anteriormente empreendida é corroborada pela ponderação realizada pelo legislador infraconstitucional que, ao editar da Lei 12.414/2011, deixou clara a sua preferência pela privacidade.

A leitura atenta da Lei 12.414/2011 leva à conclusão de que a referida legislação não dispõe a respeito do grau de sigilo a ser conferido aos bancos de dados mantidos pelo Poder Público. Tal constatação é avalizada pela própria lei do “cadastro positivo” que no artigo 1º, § único<sup>47</sup> remete a disciplina dos bancos de dados instituídos e mantidos por pessoas jurídicas de direito público interno à legislação específica, até o presente momento inexistente.

Constatada a ausência de regulamentação a respeito do sigilo a ser conferido aos bancos de dados públicos, torna-se possível a utilização da analogia como técnica apta a preencher a lacuna normativa. A interpretação analógica, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>48</sup>,

---

<sup>47</sup> Artigo 1º, parágrafo único, Lei 12.414/2011: “Os bancos de dados instituídos ou mantidos por pessoas jurídicas de direito público serão regidos por legislação específica”.

<sup>48</sup> Em recente julgamento sobre a união homoafetiva, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de lacuna normativa sobre a questão e “considerou cabível o mecanismo da integração analógica para que sejam aplicadas às uniões homoafetivas as prescrições legais relativas às uniões estáveis heterossexuais, excluídas aquelas que exijam a diversidade de sexo para o seu exercício, até que o Congresso Nacional lhe dê tratamento legislativo. (...) O Presidente aludiu que a aplicação da analogia decorreria da similitude factual entre a união estável e a homoafetiva, contudo, não incidiriam todas as normas concernentes àquela entidade, porque não se trataria de equiparação.” Informativo 625, STF (ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ), Rel. Min. Ayres Britto. Julgamento: 04 e 05/05/2011).

pressupõe que, existindo semelhança entre as hipóteses, o caso desprovido de regulamentação normativa deve receber o mesmo tratamento atribuído à situação regulada pela norma.

Ora, se o legislador exige autorização prévia do potencial cadastrado para a abertura de cadastro que objetiva armazenar informações positivas, é ilógico admitir que o Poder Público franqueie o acesso aos bancos de dados públicos à empresa privada de proteção ao crédito para formação de cadastro que tem como fim identificar os “maus pagadores”, sem qualquer autorização do titular dos dados nesse sentido.

Ante o exposto, seja pela argumentação constitucional pautada no princípio da proporcionalidade, seja pela interpretação analógica realizada com fulcro nas diretrizes estabelecidas pela Lei 12.4141/2011, chega-se a conclusão de que o direito à privacidade deve prevalecer em detrimento dos interesses patrimoniais e econômicos relacionados ao desenvolvimento do mercado nacional.

Por todas essas razões, concluímos pela impossibilidade jurídica da celebração de convênio entre o Poder Público e empresa de proteção ao crédito com o objetivo de fraquear o acesso aos bancos de dados públicos. O Estado, como instituição politicamente organizada e adstrita aos direitos fundamentais, deve proteger o direito à privacidade e preservar o sigilo dos dados constantes dos cadastros públicos. A materialização do ajuste pretendido pela empresa requerente será demasiadamente prejudicial ao direito à privacidade dos cidadãos quando comparada aos eventuais e incertos benefícios que gerará para o desenvolvimento do mercado nacional.

## 7. Conclusões

O presente estudo buscou solucionar a tensão entre o direito ao sigilo de dados e a preocupação do constituinte de garantir o desenvolvimento

econômico. A questão analisada diz respeito à consulta formulada à Procuradoria-Geral do Estado a respeito da possibilidade de celebração de convênio entre o Estado e empresa de proteção ao crédito visando à liberação do acesso aos dados de identificação do cadastro de Carteira de Identidade Civil, aos registros de boletins de ocorrência relacionados a roubo de documentos, bem como ao cadastro de veículos do DETRAN, com o objetivo de reduzir o número de fraudes cometidas no âmbito empresarial.

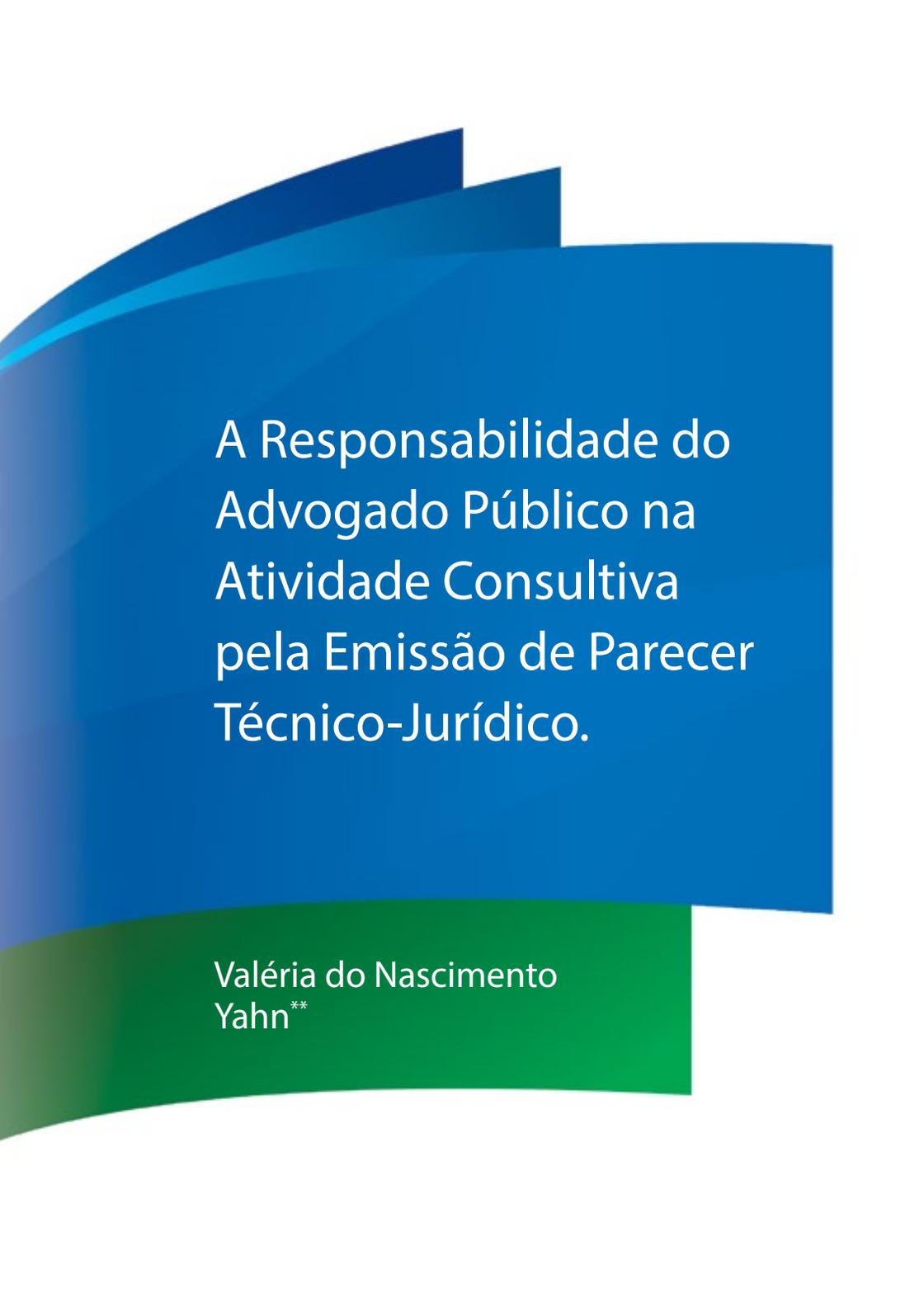
O trabalho foi conduzido sob duas perspectivas. Sob a ótica constitucional, o equacionamento do impasse se pautou pelo “balanceamento e sopesamento” dos referidos bens jurídicos, através do método da ponderação de interesses e do princípio da proporcionalidade, no que tange aos seus três subprincípios. Por outro lado, analisou-se a Lei 12.414/2011 sob a perspectiva da interpretação analógica, admitindo-se semelhança entre as hipóteses.

O estudo levou às seguintes conclusões:

1. Sob o enfoque constitucional, concluiu-se, em primeiro lugar que a medida pleiteada pela empresa requerente é apta a promover a finalidade pretendida, razão pela qual resta superado o subprincípio da adequação. Um maior número de informações contribui, em tese, para a maior segurança nas tratativas empresariais e potencializa o desenvolvimento da economia capitalista de mercado.
2. Sob a mesma perspectiva, entendeu-se que a situação concreta não ultrapassa o subprincípio da necessidade, tendo em vista a existência de meios menos onerosos ao direito fundamental à privacidade que promovem o objetivo almejado com a mesma intensidade.
3. Ainda sob a ótica constitucional, no que tange à última etapa, o caráter incerto e futuro do desenvolvimento do mercado nacional conduz à conclusão de que o atendimento da finalidade buscada não compensa os prejuízos acarretados ao direito fundamental à privacidade dos indivíduos, situação que esbarra no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

4. Quanto à interpretação analógica, concluiu-se que inexistente legislação infraconstitucional disposta sobre a proteção a ser conferida aos bancos de dados públicos. Em particular, a Lei 12.414/2011 apesar de não dispor sobre o sigilo a ser atribuído aos bancos de dados mantidos pelo Poder Público, disciplina a construção de bancos de dados com informações de adimplemento para a formação de histórico de crédito. Assim, a analogia surge como técnica apta a preencher a lacuna normativa.
5. A interpretação analógica conduz à impossibilidade do Estado permitir o acesso das empresas de proteção ao crédito às informações pessoais constantes dos bancos de dados públicos, pois, se o legislador exige a autorização do titular dos dados para a abertura de cadastro que objetiva armazenar informações positivas a respeito do indivíduo, com maior razão a autorização deve ser exigida para o compartilhamento de dados com vistas à formação de cadastro de “maus pagadores”.
6. Em síntese, seja pela argumentação constitucional pautada no princípio da proporcionalidade, seja pela interpretação analógica realizada com fulcro nas diretrizes estabelecidas pela Lei 12.414/2011, concluiu-se pela impossibilidade da celebração do convênio pretendido pela empresa requerente.





# A Responsabilidade do Advogado Público na Atividade Consultiva pela Emissão de Parecer Técnico-Jurídico.

Valéria do Nascimento  
Yahn\*\*

## Resumo

O presente artigo objetivou verificar a possibilidade de se imputar responsabilidade aos advogados públicos na atividade consultiva. Sublinhou-se que o advogado exerce papel relevante na ordem constitucional de 1988, na medida em que defende as instituições democráticas, devendo pautar a sua atuação de acordo com os princípios constitucionais, em especial, com o princípio da legalidade. Detalhando o assunto, demonstrou-se que a atuação consultiva dos advogados públicos é de suma importância para o Poder Público, pois visa a assessorar e orientar a Administração Pública, especialmente, o Poder Executivo, ofertando maior segurança jurídica aos atos administrativos por eles praticados. Na sequência, adentrou-se o estudo da responsabilidade dos advogados públicos, com ênfase para o exame da jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial, o Supremo Tribunal Federal. Evidenciou-se que a noção de irresponsabilidade dos advogados públicos não se coaduna com a noção de Estado Democrático de Direito, que preconiza que o indivíduo responde pelos atos ilícitos causadores de danos a terceiros. Salientou-se, contudo, que a responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres técnico-jurídicos é subjetiva e não objetiva, estando condicionada à demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, ou à demonstração de que o consultor jurídico cometeu erro grave, grosseiro ou inescusável. E, ainda, para que se configure a responsabilização do parecerista, deve haver nexo causal entre a sua conduta e o dano suportado pelo Poder Público. Por derradeiro, concluiu-se que somente haverá responsabilidade dos advogados públicos pareceristas quando houver demonstração de ato comissivo ou omissivo, praticado com dolo ou culpa, ou de erro grosseiro, erro grave ou inescusável.

---

\*\* Pós-Graduação em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), advogada e assessora jurídica na Procuradoria do Estado do Mato Grosso do Sul (PGE/MS).

## Sumário

1. Introdução. 2. Da função do advogado no Estado Democrático de Direito. 3. Do exercício da atividade consultiva pelos advogados públicos. 4. O tratamento do tema responsabilidade dos advogados públicos na jurisprudência do STF e do STJ. 5. Da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função de consultoria quando atuem com dolo ou culpa.

### 1. Introdução

O presente trabalho procurou enfocar o estudo da Responsabilidade do Advogado Público na atividade consultiva a partir da seguinte premissa: a interpretação deste assunto não pode ser feita de maneira isolada, dissociada das normas constitucionais e dos preceitos do Código Civil, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994), da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública (Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993) e, ainda, da orientação consolidada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Muito se discute sobre a possibilidade de se imputar responsabilidade aos advogados públicos pela emissão de pareceres técnico-jurídicos, principalmente, naquelas hipóteses em que ocorre dano ao Poder Público. Embora o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os *Mandados de Segurança n<sup>os</sup> 24.073-3/DF<sup>1</sup>, 24.584-1/DF<sup>2</sup> e 24.631-6/DF<sup>3</sup>*, tenha firmado o entendimento de que a responsabilização dos advogados públicos está condicionada à demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, ou, ainda, à

<sup>1</sup> STF, MS 24.703-3/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. Julg. 06/11/2002. Publ. 31.10.2003.

<sup>2</sup> STF, MS 24.584-1/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julg. 09/08/2007. Publ. 20/06/2008.

<sup>3</sup> STF, MS 24.631-6/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julg. 09/08/2007. Publ. 01/02/2009.

comprovação de erro grosseiro, grave ou inescusável, certo é que a questão da responsabilização dos consultores públicos está longe de ser pacificada.

O próprio Supremo Tribunal Federal causou agitação no mundo jurídico ao mudar o entendimento preconizado no Mandado de Segurança nº 24.073-DF (*leading case*), ao reconhecer, quando do julgamento dos Mandados de Segurança nº 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF, a possibilidade de o Tribunal de Contas da União imputar responsabilidade ao advogado público parecerista, na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993<sup>4</sup>.

Denota-se a importância do tema, vez que a discussão da questão restou reaberta no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6/DF, que passou a admitir a responsabilização dos advogados públicos pela emissão de pareceres. A partir daí abriu espaço, como não poderia deixar de ser, para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas e do Ministério Público em desfavor dos advogados públicos.

Nesse contexto, impende acentuar que as decisões dos Tribunais de Contas acerca do tema serão analisadas de maneira incidental, muito embora elas, juntamente com a atuação do Ministério Público, deem origem às principais questões jurídicas debatidas no âmbito dos Tribunais Superiores.

Partindo de uma análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o presente trabalho objetivou demonstrar que a responsabilização do parecerista deve se dar de forma excepcional, estando condicionada à comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa ou à demonstração de que o consultor jurídico cometeu erro grave, grosseiro ou inescusável<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Lei 8.666/93: Art. 38 (*omissis*) – Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

<sup>5</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro *standards*. p. 5-6.

Buscou-se, ainda, evidenciar que a premissa adotada nos Mandados de Segurança nº 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF, ou seja, de que a obrigatoriedade do parecer conduz à responsabilização do parecerista, não pode ser considerada como uma verdade absoluta, pois o problema da responsabilização do parecerista não parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e concretamente induziu a autoridade ao erro – se há, portanto, nexa causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável .

Por fim, é importante que se diga que o presente estudo não tem o condão de defender a irresponsabilidade dos advogados públicos, em sua atividade consultiva, pois a ideia de que os advogados públicos não podem ser responsabilizados por seus atos, sobretudo pelos pareceres que emitem, está superada no âmbito da jurisprudência do STF, já que não se perfaz com o Estado Democrático de Direito. Seu objetivo será delinear, tendo em conta o ordenamento jurídico, quais os elementos necessários para que se configure a responsabilização dos pareceristas públicos, tendo por referência a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

## 2. Da função do advogado no Estado Democrático de Direito

Como sabido, o advogado detém a técnica e o conhecimento necessário para solucionar os conflitos e assegurar a pacificação social, revelando-se indispensável para garantir o exercício da cidadania e, por consequência, da própria existência do Estado Democrático de Direito.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>6</sup>:

---

<sup>6</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. p. 123-124.

*“Não há democracia sem cidadania e não há cidadania sem advocacia”. (...) A advocacia dá lastro e sentido à participação cidadã, garantindo-se seu adequado exercício sempre que se demande conhecimento teórico e experiência prática adequado. Do mesmo modo, a advocacia atua como garantidora da *subsidiariedade* da ação do Estado sempre que esteja expressa na ordem jurídica e como impulsionadora, para introduzi-la onde seja necessária para expandir o campo da liberdade cidadã. No que toca à *consensualidade*, a advocacia garante a regularidade dos pactos firmados e age na defesa dos interesses neles envolvidos. Finalmente, no que se refere à *reflexividade*, sua missão é ainda mais importante, atuando, a advocacia, como consciência crítica do direito, seja na sua operação diuturna, seja na meditação teórica dos gabinetes.*

Vale dizer, o advogado exerce função que transcende a mera relação contratual privada com o seu cliente ou com o órgão e/ou entidade a que está subordinado, vez que sua atuação abrange a tutela das liberdades públicas e a proteção das instituições democráticas.

José Afonso da Silva<sup>7</sup>, enfatizando a importância das funções essenciais à justiça, em especial, a *advocacia*, aduz, em síntese, que: *“A advocacia não é apenas o pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento”*. Além disso, que *“O advogado no exercício do seu mister presta serviço público e desempenha função social”*, veja:

*“Nemo iudex sine actore”*. Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que o “juiz deve conservar [...] uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. p. 594 e 596-597.

de resolver”. A inércia [lembra Calamandrei] é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: imparcialidade”, que, sendo “virtude suprema do juiz, é resultante de duas parcialidades que se combatem” parcialidades do advogado das partes em disputa.

Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o *Advogado*, o *Ministério Público*, a *Advocacia-Geral da União*, os *Procuradores dos Estados* e do *Distrito Federal* (representação das unidades federadas) e a *Defensoria Pública*.

(...) *A advocacia não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É também necessária ao seu funcionamento. “O advogado é indispensável à administração da justiça”, diz a Constituição (art. 133), que apenas consagra aqui mais um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 4.215/63, art. 68) já o consignava. Nada mais natural, portanto, que a Constituição o consagrasse e prestigiasse, reconhecendo, no exercício de seu mister a prestação de um serviço público.*

Com base nela o novo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906, de 4.7.94) o consigna ao declarar:

*“Art. 2º. O advogado é indispensável à administração da justiça.*

*“§1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.” (Grifou-se)*

A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da justiça aludiu expressamente à figura do advogado, dispondo no *art. 133*, que: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”*

É de se verificar que o referido dispositivo constitucional consagrou, a um só tempo, o *princípio da essencialidade da advocacia* e da garantia da *invulnerabilidade pessoal do advogado*, ambos indispensáveis à defesa da ordem jurídica.

Nesse ponto, vale conferir trecho do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do *RHC 81.750/SP*<sup>8</sup>:

*Como se sabe, a Constituição de 1988, ao dispor sobre as funções essenciais à administração da Justiça, referiu-se, de modo expressivo, à figura do Advogado, e proclamou, no artigo 133, que “O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (grifei).*

Esse preceito constitucional *consagra* um princípio da *essencialidade* da Advocacia – e *institui* uma garantia – a da *inviolabilidade pessoal* do Advogado.

*O princípio da indisponibilidade* tem um sentido institucional. *Ele erige* a Advocacia à condição jurídica de instituição *essencial* à ativação da função jurisdicional do Estado *de órgão imprescindível* à formação do Poder Judiciário e, também, *de instrumento indispensável* à tutela das liberdades públicas.

A *proclamação constitucional* da inviolabilidade de Advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, *traduz* significativa garantia do exercício pleno dos relevantes encargos cometidos pela ordem jurídica a *esse indispensável* operador do direito.

Por sua vez, os arts. 2º §§ 1º e 3º; 7º, inciso I; 18, *caput*; 31, §1º, e 44, inciso I, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e o art. 2º, *caput*, do Código de Ética e Disciplina da OAB dispõem que:

Art. 2º - O advogado é indispensável à administração da justiça.

§1 – No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

(...)

§3º - No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.

Art. 7º - São direitos do advogado:

I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

<sup>8</sup> STF, RHC 81.750/SP. Rel. Min. Celso de Mello. 2ª Turma. Julg. 12/11/2002. Publ. 10/08/2007.

Art. 18 – A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.

Art. 31 – (*omissis*)

§1º - O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância.

Art. 44 – A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade: I – defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas;

Art. 2º – O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Observa-se da leitura dos dispositivos acima transcritos que o advogado exerce papel importante no Estado Democrático de Direito, vez que tem a função precípua de zelar as instituições democráticas e de atuar de acordo com os princípios constitucionais, em especial, com o princípio da legalidade, que é um dos pilares em que se sustenta o Estado Democrático de Direito.

Dito de outro modo, o advogado deve velar, no exercício profissional, pela constante observância dos preceitos constitucionais, sobretudo dos direitos e garantias fundamentais e das liberdades individuais. Sobremais, atribui-se ao advogado o dever de prestigiar a ordem jurídica, defendendo as instituições democráticas e o princípio da legalidade, que é apanágio do Estado de Direito<sup>9</sup>. Em síntese, o advogado deve basear a sua atuação na proteção dos interesses coletivos.

Demais disso, o advogado deve se mostrar digno ao mister que lhe foi incumbido constitucionalmente, devendo atuar sempre de acordo com as regras

---

<sup>9</sup> JÚNIOR, Cláudio Ricardo Lima. Análise tópico-jurídica da função pública do advogado. Um exame dos caracteres do Estado Democrático de Direito para uma teoria da ética no exercício da advocacia. p. 6.



éticas e morais<sup>10</sup>. Outrossim, deve pautar sua atuação de maneira razoável não infringindo os limites legais no exercício de sua atividade. Enfim, deve exercer a sua função de maneira adequada, embasada nos princípios constitucionais, na legislação de regência aplicável ao caso, na opinião abalizada da doutrina e tendo em conta os precedentes proferidos pelos Tribunais.

Nesse contexto, é importante frisar que o advogado público pelo significativo papel que exerce (defesa dos interesses indisponíveis – arts. 127 a 130 da CF/88; interesses cometidos ao Estado – arts. 131 a 132, da CF/88 e interesses dos necessitados – art. 134, da CF/88), *com muito mais razão*, deve desempenhar as suas funções de maneira adequada, pautada pela técnica jurídica e não pelas opções político-partidárias do gestor público.

Por conseguinte, resta iniludível que o advogado exerce um múnus público, sendo defeso patrocinar interesse proibido por lei, devendo pautar a sua atuação balizada pela razoabilidade, moral, ética e técnica jurídica, sob pena de responder por eventuais danos causados aos seus clientes e a terceiros.

### 3. Do exercício da atividade consultiva pelos advogados públicos

Como dito no item anterior, a *Advocacia Pública* possui matiz constitucional, estando encartada entre *as funções essenciais à Justiça*. Os artigos 131 e 132 da Constituição Federal dispõem expressamente sobre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, nos seguintes termos:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e

---

<sup>10</sup> Código de Ética e Disciplina da OAB: Art. 1º O exercício da advocacia exige conduta compatível com os preceitos deste Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

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.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 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.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

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.

Em relação aos Municípios a situação é um tanto distinta. A Constituição Federal não define os procuradores dos municípios como os únicos aptos a advogar para Municipalidade, sendo que o próprio CPC elege uma regra específica para a representação judicial da Prefeitura Municipal, ao dispor que “serão representados em juízo: (...) II – o *Município*, por seu *Prefeito ou procuradores*” (art. 12, II, do CPC)<sup>11</sup>.

Depreende-se da leitura dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal, que dentre as atribuições dos advogados públicos encontram-se as atividades

---

<sup>11</sup> AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. p. 322.

de consultoria e assessoramento jurídico (advocacia consultiva) e a de representação judicial (advocacia postulatória).

Comentando sobre as atividades da advocacia pública preconiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto que<sup>12</sup>:

As funções essenciais à justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais, interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais. Todas essas funções competem à advocacia, aqui tomada em sentido amplo, envolvendo atividades preventivas (consultoria) ou postulatórias (representação); privada ou pública. São, portanto, duas classificações a aclarar.

A *advocacia consultiva* é a expressão preventiva dessas funções, destinando-se a evitar o surgimento ou a permanência de agressão à ordem jurídica – a injuridicidade – como quer que ela se apresente, decorra de ação ou de omissão, na órbita privada ou pública. Admite uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório.

A *advocacia postulatória* é a expressão privativa das funções essenciais à justiça, destinando-se a suscitar a atuação de qualquer dos Poderes do Estado, em especial, o Judiciário, para a correção da injuridicidade. Admite, por suposto, uma forma passiva, na qual a função é exercida sob demanda do interessado, e uma forma ativa, na qual ela é exercida ex officio, por imposição da lei.

A atuação consultiva dos advogados públicos é de suma importância para o Poder Público, pois visa a assessorar e orientar a Administração Pública, em especial, o Poder Executivo, ofertando maior segurança jurídica aos atos administrativos por eles praticados.

---

<sup>12</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. p. 46.

No exercício da atividade consultiva o advogado público pronuncia sobre determinada questão jurídica que lhe foi perguntada pelo Administrador Público por meio do *parecer jurídico*, embora também possa se manifestar através de outros atos de natureza consultiva como, por exemplo, despachos, ofícios, informes, notas técnicas e outros expedientes.

O parecer jurídico é o ato que contém orientação jurídica sobre determinado assunto que interessa ao gestor público. Em regra, possui natureza jurídica meramente opinativa não vinculando a autoridade consulente ou terceiros à sua conclusão.

Nessa quadra, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>: “Parecer é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo a sua apreciação técnica sobre o que lhe foi submetido.”

Diogenes Gasparini<sup>14</sup> define parecer “como a fórmula segundo a qual certo órgão ou agente consultivo expede, fundamentalmente, opinião técnica sobre matéria à sua apreciação”.

Percebe-se que o parecer, em si, não constitui um ato decisório da Administração Pública. Aliás, ele sequer configura uma manifestação da vontade estatal. Ele constitui apenas uma opinião interna de um técnico do Estado. E, ainda que tenha servido de base para uma decisão administrativa, com ela não se confunde<sup>15</sup>.

Tal característica não restou despercebida aos olhos de José dos Santos Carvalho Filho<sup>16</sup>:

---

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 422.

<sup>14</sup> GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. p. 93

<sup>15</sup> AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. p. 327.

<sup>16</sup> FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. p. 111-112.



*Sendo juízo de valor do parecerista, o parecer não vincula a autoridade que tem poder decisório, que pode ou não adotar a mesma opinião. Sublinhe-se por oportuno, que o agente a quem incumbe opinar não tem poder decisório sobre a matéria que lhe é submetida, visto que coisas diversas são opinar e decidir. (Grifou-se)*

Ao propósito, esse também é o entendimento de Sérgio Ferraz e Adilson de Abreu Dallari<sup>17</sup>:

*Parecer jurídico, portanto, é uma opinião técnica, dada em resposta a uma consulta, que vale pela qualidade de seu conteúdo, pela sua fundamentação, pelo seu poder de convencimento e pela respeitabilidade científica de seu signatário, mas que jamais deixa de ser uma opinião. Quem opina, sugere, aponta caminhos, indica uma solução, até induz uma decisão, mas não decide. (Grifou-se)*

De tudo resulta que são distintos os dois atos: o parecer (que é mera opinião do técnico) e o ato administrativo que é o ato da autoridade que acolhe as conclusões do parecerista. Posta assim a questão, é de se dizer que a doutrina costuma entender que o parecer não chega a ser propriamente um ato administrativo, pois não constitui uma declaração de vontade da Administração Pública nem gera efeitos jurídicos imediatos – ao contrário do que se espera dos atos administrativos propriamente ditos.

Por outro lado, há casos em que a própria lei condiciona o aperfeiçoamento de determinado ato administrativo à emissão de parecer prévio do órgão consultivo. Trata-se dos *pareceres obrigatórios*.

Outrossim, podem ocorrer hipóteses em que a aprovação do parecer pela autoridade superior faz com que a orientação emanada pelos consultores jurídicos vincule toda a Administração Pública, que não pode, a partir de

---

<sup>17</sup> FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. p. 178.

então, decidir em desconformidade com a solução dada no parecer. São os chamados *pareceres vinculantes*.

Nesse sentido, pondera o saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>18</sup>:

*Pareceres: Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração.*

O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas, sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.

O parecer, embora contenha um enunciado opinativo, pode ser de existência obrigatória no procedimento administrativo e dar ensejo à nulidade do ato final se não constar do processo respectivo, como ocorre, p. ex., nos casos em que a lei exige a prévia audiência de um órgão consultivo, antes da decisão terminativa da Administração. Nesta hipótese, a presença do parecer é necessária, embora seu conteúdo não seja vinculante para a Administração, salvo se a lei exigir o pronunciamento favorável do órgão consultado para a legitimidade do ato final, caso em que o parecer se torna impositivo para a Administração.

*Parecer normativo:* é aquele que, ao ser aprovado pela autoridade competente, é convertido em norma de procedimento interno, tornando-se impositivo e vinculante para todos os órgãos hierarquizados à autoridade que o aprovou. Tal parecer, para o caso que o propiciou, é ato individual e concreto; para os casos futuros, é ato geral e normativo.

*Parecer técnico:* é o que provém de órgão ou agente especializado em matéria, não podendo ser contrariado por leigo ou, mesmo, por superior hierárquico. Nessa modalidade de parecer ou julgamento não prevalece a hierarquia administrativa, pois não há subordinação no campo da técnica.

---

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. p. 185-186



Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>19</sup> também conceitua parecer *“como o ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência.”* Entretanto, com supedâneo nas lições de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>20</sup> duz que os pareceres podem ser classificados em: facultativo, obrigatório e vinculante, veja:

O parecer é facultativo quando fica a critério da Administração solicitá-lo ou não, além de não ser vinculante para quem o solicitou. Se foi indicado como fundamento da decisão, passará a integrá-la, por corresponder à própria motivação do ato.

O parecer é obrigatório quando a lei o exige como pressuposto para a prática do ato final. A obrigatoriedade diz respeito à solicitação do parecer (o que não lhe imprime caráter vinculante). Por exemplo, uma lei que exija parecer jurídico sobre todos os recursos encaminhados ao Chefe do Executivo; embora haja obrigatoriedade de ser emitido o parecer sob pena de ilegalidade do ato final, ele não perde o seu caráter opinativo. Mas a autoridade que não o acolher deverá motivar a sua decisão.

O parecer é vinculante quando a Administração é obrigada a solicitá-lo e a acatar a sua conclusão. Para conceder aposentadoria por invalidez, a Administração tem que ouvir o órgão médico oficial e não pode decidir em desconformidade com a sua decisão.

Dentro desse contexto, calha realçar que, longe de possuir caráter meramente didático, a classificação dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes influenciou o Supremo Tribunal Federal no julgamento de questões importantes como a possibilidade (ou não) de responsabilização dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos, como se demonstrará no item seguinte.

---

<sup>19</sup> FDI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. p. 222.

<sup>20</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. p. 583-585.

## 4. O tratamento do tema responsabilidade dos advogados públicos na jurisprudência do STF e do STJ

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto relacionado à responsabilidade dos advogados públicos em 3 (três) oportunidades, ao julgar os *Mandados de Segurança nº 24.703-3/DF, 24.584-1/DF e nº 24.631-6/DF*.

O *primeiro* mandado de segurança (MS 24.703-3/DF) foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 06/11/2002<sup>21</sup>, sendo relator o Ministro Carlos Velloso. A decisão proferida no referido mandado de segurança foi considerada por muito tempo como o *leading case* sobre o assunto.

O referido mandado de segurança foi impetrado por advogados públicos contra ato do Tribunal de Contas da União, que determinou a inclusão dos impetrantes como responsáveis solidários na Inspeção TC 003.318/2001-4, cujo objeto foi o exame do contrato de consultoria firmado, de forma direta, pela Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras.

Na peça exordial do *mandamus* os impetrantes sustentaram: *a) ausência de competência do Tribunal de Contas da União para julgar os atos dos impetrantes*, dado que estes não exercem qualquer função de diretoria ou execução administrativa, não ordenam despesas e não utilizam, gerenciam, arrecadam, guardam ou administram bens, dinheiros ou valores públicos. Não têm, assim, sequer o potencial de causar perdas, extravios ou outros prejuízos ao Erário no desempenho de suas atividades profissionais e *b) impossibilidade de responsabilização dos impetrantes por atos praticados no regular exercício da sua profissão*, mormente porque, nos termos do

---

<sup>21</sup> Observação: As informações e citações acerca dos Mandados de Seguranças citados foram todas extraídas do site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)). Acesso em: 16/10/2013.

Estatuto da Advocacia, a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, nem reduz a sua independência profissional. Ademais, aduzem que, no caso, restringiram-se a verificar a presença dos pressupostos de contratação direta, tendo por base as informações prestadas pelos órgãos competentes e especializados.

O Tribunal de Contas da União ao prestar as suas informações alegou, em síntese, a inocorrência de direito líquido e certo dos impetrantes, mormente porque *“a emissão de pareceres jurídicos situa-se na esfera da responsabilidade administrativa do ocupante, no caso, de emprego público e possui implicação na apreciação da regularidade dos atos de gestão de que resulte despesa, quanto à sua ilegalidade, legitimidade e economicidade”* Nesse contexto, diz que *“os atos praticados pelos administradores foram respaldados nos pareceres jurídicos por eles emitidos, pareceres estes que justificam a própria razão de sua existência e constituem a fundamentação jurídica e integram a motivação das decisões adotadas pelos ordenadores de despesa.”*

Ao julgar o Mandado de Segurança nº 24.703-3/DF, o Tribunal Pleno entendeu, em apertadíssima síntese, que: *a) O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública não é ato administrativo.* Nada mais é do que a opinião emitida pelo operador do direito, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada de decisão, na prática do ato administrativo, que se constitui na execução *ex officio* da lei; *b) O autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador*, ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto; *c) não é qualquer ato que enseja a responsabilidade do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável*, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia e *d) caberia à ordem dos Advogados do Brasil apenar as infrações cometidas por advogado*, decorrentes de culpa grave, que hajam causado prejuízo a seu constituinte

(Lei 8.906/94, art. 34, IX). O mesmo deve ser dito quanto à prática de erro que evidencie inépcia profissional (Lei 8.906/94, art. 34, XXIV)<sup>22</sup>. (Grifou-se)

O r. *decisum* restou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei n° 8.906, de 1994, art. 2°, §3°, art. 7°, art. 32, art. 34, IX.

I – Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação mediante interpretação da lei de licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello. “*Curso de Direito Administrativo*”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II – O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Código Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III – Mandado de Segurança deferido.

Por seu turno, o *segundo* mandado de segurança (MS 24.584-1/DF) foi julgado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 09/08/2007 cujo relator foi Ministro Marco Aurélio, sendo a decisão tomada por maioria, vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

O mandado de segurança foi impetrado por procuradores federais em razão de ato do Tribunal de Contas da União no sentido de responsabilizá-los por manifestações jurídicas formalizadas no exercício profissional. Tal

<sup>22</sup> Observação: O presente trabalho não discutirá a questão relativa à competência do Tribunal de Contas imputar responsabilidade aos advogados públicos, por fugir ao tema aqui tratado.



ato teria decorrido da Auditoria TC 013.636/2002-0, realizada no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e na Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV, com o objetivo de avaliar os custos de prestação de serviços pela segunda ao primeiro, bem como de examinar o termo de convênio celebrado entre o Instituto e o Centro Educacional de Tecnologia em Administração – CETEAD.

Os impetrantes alegaram que: a) o Tribunal de Contas da União não tem o poder de fiscalizar os pareceres jurídicos emitidos pelos procuradores públicos, que não seriam solidariamente responsáveis com os administradores quanto aos atos por estes praticados; e b) a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência funcional inerentes à advocacia.

Nas suas informações, o Tribunal de Contas aduziu que: a) não houve condenação de nenhum dos responsáveis arrolados, mesmo porque não se procedeu à audição destes. O ato do Tribunal implicara tão-somente determinação a fim de que os impetrantes fossem ouvidos “para apresentarem razões de justificativa”; b) o parecer técnico não obriga o administrador, mas, uma vez adotado, surge como fundamento da decisão proferida.

O relator, Min. Marco Aurélio, iniciou seu voto fazendo uma diferenciação entre sua posição no caso anterior (MS 24.073-3/DF) – em que votou pela concessão da segurança –, e, nesse (MS 24.584-1/DF), porque, em sua opinião a hipótese da Petrobras era de simples parecer opinativo, enquanto que, na presente, tratava-se de aprovação da minuta de convênio e aditivos pela assessoria jurídica, exigida pelo art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Afirmando que “o momento é de mudança cultural, o momento é de cobrança e, por via de consequência, de alerta àqueles que lidam com a coisa pública”, votou pela obrigação de que os impetrantes apresentassem explicações ao Tribunal de Contas da União, e se fosse o caso, acionassem o Judiciário para afastar as glosas inadequadas que eventualmente poderiam ser feitas pelo órgão<sup>23</sup>.

O Min. Joaquim Barbosa, após argumentar que a questão não se resolvia na mera afirmação de irresponsabilidade opinativa dos advogados públicos, apresentou lição do administrativista francês René Chapus, que diferenciava os pareceres jurídicos em três espécies: os *facultativos*, nos quais a prolação da opinião é facultativa, e o administrador a ela não se vincula; os *obrigatórios*, quando a manifestação é obrigatória e, caso dela discorde, a autoridade deve submeter novo ato à análise; e os *vinculantes*, quando, ou a autoridade age conforme o parecer ou, simplesmente não age. O parecer facultativo, no silêncio da lei, não geraria, em princípio – com as ressalvas do dolo e da culpa –, responsabilidade. Já o parecer obrigatório atribuiria responsabilidade ao subscritor (compartilhada com a do administrador), e esse seria o caso dos pareceres havidos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Em tempos de *accountability* republicana, todas as autoridades públicas, incluindo advogados públicos, deveriam prestar contas de seus atos, razão pela qual denegava a segurança<sup>24</sup>.

Na sequência o Ministro Gilmar Mendes abriu divergência afirmando que não se poderia imputar responsabilidade aos advogados públicos com base no art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, porque nos autos “*se estaria discutindo a própria execução, ou a devida execução do convênio*”. Foi acompanhado pelos Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiram a ordem.

No entanto, o Plenário do Supremo denegou a segurança, por maioria, entendendo que os procuradores federais poderiam, sim, ser chamados ao Tribunal de Contas da União para apresentar explicações a respeito de seus pareceres e notas técnicas, apresentada na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, mas abriu espaço, como não poderia deixar de ser,

---

<sup>23</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 3.

<sup>24</sup> Idem. p. 3.



para questionamentos judiciais na eventualidade de imputações da Corte de Contas em desfavor dos advogados públicos.

Nestes termos, veja ementa da r. decisão:

ADVOGADO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE – ARTIGO 38 DA LEI Nº 8.666/93 – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – ESCLARECIMENTOS. Prevendo o artigo 38 da Lei 8.666/93 que a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião, alcançando aprovação, ou não, descabe a recusa à convocação do Tribunal de Contas da União para serem prestados esclarecimentos.

Por fim, o *terceiro* Mandado de Segurança (MS 24.631-6/DF) foi julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 09/08/2007, com relatoria do Ministro Joaquim Barbosa.

Depreende-se dos autos que o mandado de segurança foi impetrado por procurador federal contra ato do Tribunal de Contas da União que, aprovando auditoria realizada pela 1ª SECEX “com o objetivo de verificar a atuação do DNER nos processos relativos a desapropriação e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento”, incluiu o impetrante, então procurador federal, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas determinando à 1ª SECEX sua audiência, para que apresentasse “razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido nos processos administrativos nº 51100.002084/00-10 e nº 20109.003955/79, onde já havia precatório emitido, ... sem homologação pela justiça, ocorrendo a quebra da ordem cronológica, ferindo o art. 100 da Constituição Federal, o art. 2º c/c art. 6º da Lei 9.469/97 e os princípios da legalidade, da impessoalidade, da razoabilidade, da indisponibilidade dos bens públicos, da moralidade administrativa e da isonomia”. (trecho do acórdão do TCU nº 891/2003).

O impetrante postulou a sua exclusão do rol de responsáveis no processo administrativo do TCU, sustentando, em síntese: a) violação de

dispositivos da Lei nº 8.443, de 1992, por extrapolação das atribuições do TCU e b) violação de dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao exercício das atividades da advocacia, especialmente no tocante à advocacia pública (art. 131 da CF e LC 73/93).

Por sua vez, o Tribunal de Contas da União nas suas informações alegou, em síntese, que o procurador ao emitir o parecer teria possibilitado o pagamento em acordo extrajudicial em violação ao art. 100 da Constituição Federal, e esse fato seria “indício robusto” a justificar a necessidade da audiência do impetrante.

O Ministro relator repisou as razões expostas no Mandado de Segurança nº MS 24.584-1/DF, de que não caberia falar em irresponsabilidade dos advogados públicos. E, ainda, baseando-se novamente na classificação de René Chapus dos pareceres em facultativos, obrigatórios e vinculantes, apresentou a seguinte solução: *a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.*

Contudo, examinando o caso dos autos, o Ministro Joaquim Barbosa concluiu que o parecer emanado pelo impetrante era facultativo e que a atribuição de responsabilidade do Tribunal de Contas da União era arbitrária, vez que “... na decisão do TCU não há qualquer demonstração de culpa ou de seus indícios, o que houve foi uma presunção de responsabilidade”.

Seguindo a discussão, houve divergência em relação à correta configuração do que seria “parecer obrigatório” (ou “vinculante”), tendo o Ministro Carlos Britto consignado que não entendia “que o fato de o parecerista atuar no processo administrativo, obrigatoriamente, o transforme

*no administrador*”. O Ministro Marco Aurélio, por sua vez, discordando da maioria e acompanhando o Ministro Carlos Britto, também concluiu que a atuação do advogado no processo administrativo não o transformaria, obrigatoriamente, em administrador em sentido técnico, chegando até afirmar o seguinte: *“Senhor Presidente, é acaciano: parecer, enquanto parecer, é parecer”*.

Prevaleceu a tese do Ministro Joaquim Barbosa, tendo o Supremo Tribunal Federal, por maioria, concedido a ordem nos termos do voto do relator, entendendo que, no presente caso, a responsabilização do parecerista seria abusiva, por não ter havido demonstração pelo TCU de que o procurador federal teria agido com culpa ou erro grosseiro.

Nessa senda, veja ementa do v. acórdão:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que

é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal, depreende-se que a *ratio decidendi* pode se resumir da seguinte forma: (1) os advogados públicos *não* são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a ideia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, sendo o consultor público co-responsável pelo ato administrativo<sup>25</sup>.

Importante consignar que recentemente o Supremo Tribunal Federal voltou a enfrentar o tema relacionado à responsabilização dos advogados públicos, tendo a 1ª Turma, nos autos do *Agravo Regimental em Mandado de Segurança n° 27.867/DF*<sup>26</sup>, reiterado o entendimento do Corte no sentido de que: *“salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de*

---

<sup>25</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 5.

<sup>26</sup> STF, AgRg no MS 27.867/DF. Rel. Min. Dias Toffoli. Julg. 18/09/2012. Publ. 04/10/2012.

*natureza meramente opinativa*” (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 1º/2/08).

O Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Recurso Especial* nº 1.183.504/DF<sup>27</sup> firmou o entendimento de que: *“É possível, em situações excepcionais, enquadrar consultor jurídico ou o parecerista como sujeito numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.”* (Grifou-se).

No Superior Tribunal de Justiça a posição adotada é mais conservadora, pois reconhece a responsabilidade do parecerista apenas em situações excepcionais, quando evidenciado o dolo ou a culpa grave do consultor jurídico ao exercer o *munus* da Advocacia Pública, tendo em vista as prerrogativas funcionais conferidas constitucionalmente ao advogado. A distinção entre parecer facultativo, obrigatório e vinculante não germina nos julgados desse Tribunal e muito menos a tese de que no parecer obrigatório ou vinculante haveria um compartilhamento do poder de decisão, veja a ementa da r. decisão<sup>28</sup>:

ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO – DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO PARQUET COMO CUSTOS LEGIS – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – NÃO OCORRÊNCIA DE NULIDADE – RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO – POSSIBILIDADE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS NÃO PRESENTES NO CASO CONCRETO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO DO PARECERISTA – ATUAÇÃO DENTRO DAS PRERROGATIVAS FUNCIONAIS – SÚMULA 7/STJ.

<sup>27</sup> STJ, REsp 1.183.504-DF. Rel. Min. Humberto Martins. 2ª Turma. Julg. 18/05/2010. Publ. 17/06/2010.

<sup>28</sup> JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. p. 303

1. Sendo o Ministério Público o autor da ação civil pública, sua atuação como fiscal da lei não é obrigatória. Isto ocorre porque, nos termos do princípio da unidade, o Ministério Público é uno como instituição, motivo pelo qual, o fato dele ser parte do processo, dispensa a sua presença como fiscal da lei, porquanto defendendo os interesses da coletividade através da ação civil pública, de igual modo atua na custódia da lei.
2. Ademais, a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes ou para a apuração da verdade substancial da controvérsia jurídica, à luz do princípio *pás de nullités sans grief*.
3. *É possível, em situações excepcionais, enquadrar o consultor jurídico ou o parecerista como sujeito passivo numa ação de improbidade administrativa. Para isso, é preciso que a peça opinativa seja apenas um instrumento, dolosamente elaborado, destinado a possibilitar a realização do ato ímprobo. Em outras palavras, faz-se necessário, para que se configure essa situação excepcional, que desde o nascedouro a má-fé tenha sido o elemento subjetivo condutor da realização do parecer.*
4. Todavia, no caso concreto, a moldura fática fornecida pela instância ordinária é no sentido de que o recorrido atuou estritamente dentro dos limites da prerrogativa funcional. Segundo o Tribunal de origem, no presente caso, não há dolo ou culpa grave.
5. Inviável qualquer pretensão que almeje infirmar as conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, pois tal medida implicaria em revolver a matéria probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, em face da Súmula 7/STJ.
6. O fato de a instância ordinária ter excluído, preliminarmente, o recorrido do polo passivo da ação de improbidade administrativa não significa que foi subtraído do autor a possibilidade de demonstrar a prova em sentido contrário. Na verdade, o que houve é que, com os elementos de convicção trazidos na inicial, os magistrados, em cognição exauriente e de acordo com o princípio do livre convencimento motivado, encontraram fundamentos para concluir que, no caso concreto, o recorrido não praticou um ato ímprobo. Recurso especial improvido. (Grifou-se)

Por sua vez, a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça (especializadas em matérias de Direito Penal) possuem entendimento de que *“a emissão de parecer por si só não autoriza o ajuizamento de ação penal contra advogados públicos quando não comprovado que eles agiram com dolo ou culpa, bem como quando não evidenciado o nexu causal entre a conduta a eles imputada e o fato típico”*, veja:

RHC – DISPENSA DE LICITAÇÃO – PACIENTE QUE, NA QUALIDADE DE PROCURADORA DO ESTADO, RESPONDE CONSULTA QUE, EM TESE, INDAGAVA DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO – DENÚNCIA COM BASE NO ART. 89, DA LEI NUM. 8.666/93 – ACUSAÇÃO ABUSIVA – MERO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES, QUE REQUER INDEPENDÊNCIA TÉCNICA E PROFISSIONAL.

1. *NÃO COMETE CRIME ALGUM QUEM, NO EXERCÍCIO DE SEU CARGO, EMITE PARECER TÉCNICO SOBRE DETERMINADA MATÉRIA, AINDA QUE PESSOAS INESCRUPULOSAS POSSAM SE LOCUPLETAR AS CUSTAS DO ESTADO, UTILIZANDO-SE DESSE TRABALHO. ESTAS DEVEM SER PROCESSADAS CRIMINALMENTE, NÃO AQUELE.*
2. RECURSO PROVIDO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL CONTRA A PACIENTE<sup>29</sup>. (Grifou-se)

---

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DISPENSA DE LICITAÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. ORDEM CONCEDIDA.

O habeas corpus, marcado por cognição sumária e rito célere, não comporta o exame da alegada inexigibilidade de licitação, que, para seu deslinde, demanda aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, posto que tal proceder é peculiar ao processo de conhecimento.

O advogado é inviolável pelas manifestações exaradas no exercício de sua profissão, nos termos do art. 133, da Constituição da República. Exarando, o Procurador do Município, parecer jurídico, atuando não como simples agente administrativo, mas como advogado que, no desempenho de suas funções, é inviolável em suas manifestações,

---

<sup>29</sup> STJ, RHC 7165/RO. Rel. Min. Anselmo Santiago. 6ª Turma. Julg. 21/05/1998. Publ. 22/06/1998.

mormente sendo o seu parecer homologado pelo Órgão do qual pertence, *inexistindo demonstração de ter agido com dolo ou culpa, não há justa causa para a continuidade da ação penal*. Habeas corpus CONCEDIDO para trancar, por falta justa causa, a ação penal originária nº 70008685562/2004, em trâmite na Quarta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul<sup>30</sup>. (Grifou-se)<sup>31</sup>

---

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES FEDERAIS. SIMPLES EMISSÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO.

1. *Resta evidenciada a atipicidade da conduta, uma vez que os Pacientes não foram acusados da prática do ato tido por ilícito contratação direta da empresa, em tese, indevida, tampouco lhes foi atribuída eventual condição de partícipes do delito. De fato, foram denunciados apenas pela simples emissão e aprovação de parecer jurídico, sendo que essa atuação circunscreve-se à imunidade inerente ao exercício da profissão de advogado, a teor do disposto no art. 133 da Constituição Federal.*
2. *O regular exercício da ação penal que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Faltando o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal. Precedentes do STJ e do STF.*
3. *Ordem concedida para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Pacientes, tendo em vista a ausência de elementos probatórios mínimos, os quais, se e quando verificados, poderão subsidiar nova denúncia, nos termos do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal<sup>32</sup>. (Grifou-se)*

---

<sup>30</sup> STJ, RHC 43822/RS. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Julg. 26/09/2006. Publ. 22/06/2007.

<sup>31</sup> No mesmo sentido, vide: HC 40234/MT. Rel. Min. Paulo Medina. 6ª Turma. Julg. 31/08/2005. Publ. 24/10/2005.

<sup>32</sup> STJ, RHC 46906/DF. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julg. 17/12/2007. Publ. 07/04/2008

Recentemente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o posicionamento de que *“falta justa causa a ação penal contra advogados públicos quando não demonstrado o nexo de causalidade entre a eles imputada e a realização do fato típico”*, ao julgar o RHC 39644<sup>33</sup>, veja:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DENÚNCIA. ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93. PROCURADORES MUNICIPAIS. SIMPLES EMISSÃO E APROVAÇÃO DE PARECER JURÍDICO OPINANDO PELA DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMUNIDADE DO ADVOGADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO INDICIÁRIO VÁLIDO. TRANCAMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Recorrentes denunciados juntamente com outros 10 corréus como incurso no art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, pois teriam colaborado com dispensa indevida de licitação para realização de obra pública, beneficiando a empresa contratada em R\$ 21.607.812,96 (vinte e um milhões, seiscentos e sete mil, oitocentos e doze reais e noventa e seis centavos).
2. *Resta evidenciada a atipicidade das condutas dos Recorrentes, uma vez que foram denunciados apenas pela simples emissão e suposta aprovação de parecer jurídico, sem demonstração da presença de nexo de causalidade entre a conduta a eles imputada e a realização do fato típico.*
3. *O regular exercício da ação penal – que já traz consigo uma agressão ao status dignitatis do acusado – exige um lastro probatório mínimo para subsidiar a acusação. Não basta mera afirmação de ter havido uma conduta criminosa. A denúncia deve, ainda, apontar elementos, mínimos que sejam, capazes de respaldar o início da persecução criminal, sob pena de subversão do dever estatal em inaceitável arbítrio. Ausente o requisito indiciário do fato alegadamente criminoso, falta justa causa para a ação penal.*
4. Recurso provido para trancar a ação penal em tela somente em relação aos ora Recorrentes. (Grifou-se)

---

<sup>33</sup> STJ, RHC 39644/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma. Julg. 17/10/2013. Publ. 29/10/2013.

Eis, portanto, a linha jurisprudencial no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema – responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos.

## 5. Da possibilidade de responsabilização dos advogados públicos no exercício da função de consultoria quando atuem com dolo ou culpa

De início, urge dizer que se procederá ao exame da responsabilidade do parecerista pela emissão de pareceres jurídicos, objeto deste estudo, valendo-se das noções do Direito Civil sobre o instituto da Responsabilidade Civil, vez que não há no Direito Administrativo uma teoria específica sobre o instituto da responsabilidade dos agentes públicos.

Sem embargo, mesmo na esfera administrativa, verifica-se que as bases de uma responsabilização remetem aos pilares da responsabilidade civil, ou seja, aos conceitos de conduta, nexos de causalidade, dano e ao elemento subjetivo do dolo ou culpa *stricto sensu*<sup>34</sup>.

Todavia, antes de adentrar à temática propriamente dita, ou seja, especificamente no campo da *responsabilização dos advogados no exercício da função de consultoria*, faz-se necessário, por rigor metodológico, tecer algumas considerações sobre o instituto da responsabilidade.

Toda atuação do homem invade ou, ao menos, tangencia, o campo da responsabilidade<sup>35</sup>: O saudoso José de Aguiar Dias<sup>36</sup> ao traçar as linhas

---

<sup>34</sup> JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. p. 294.

<sup>35</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 1.

<sup>36</sup> DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. p. 9.



gerais do instituto da responsabilidade pondera que: *“Toda a manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade”*. Portanto, não há como desvincular o instituto da Responsabilidade ao exercício da atividade humana.

Reforçando esse entendimento, vale-se novamente dos ensinamentos de José de Aguiar Dias<sup>37</sup>, para quem: *“A responsabilidade não é fenômeno exclusivo da vida jurídica, antes se liga a todos os domínios da vida social”*. Destarte, o instituto da Responsabilidade nada mais é do que o resultado imputado pelo ordenamento jurídico a determinado comportamento humano.

A Teoria Geral do Direito erigiu o primado de que todo aquele que causar prejuízo a outrem tem o dever de reparar os prejuízos havidos. A responsabilidade é o dever de recompensar o dano causado a outrem em virtude da transgressão de um direito. O respaldo da referida obrigação está calcada na ideia de que a ninguém se deve lesar – *“neminem laedere”*.

Nesse vértice, afirma Humberto Theodoro Júnior<sup>38</sup> que: *“haveria, na base de todo o sistema jurídico, um dever geral de não prejudicar ninguém (“neminem laedere”), cuja transgressão provocaria o surgimento da obrigação de indenizar”*.

O Direito não tolera a circunstância de que um indivíduo possa causar prejuízo a terceiro sem que haja responsabilização dos seus atos. Caio Mário da Silva Pereira<sup>39</sup>, obtempera que do instituto da responsabilidade emerge a ideia dualista de um sentimento social e humano, veja-se:

---

<sup>37</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>38</sup> JÚNIOR, HUMBERTO THEODORO. Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Arts. 185 a 232. p. 20-21.

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Responsabilidade Civil. p.11.

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal.

Como sentimento humano, além de social, à mesma ordem jurídica repugna que o agente reste incólume em face do prejuízo individual. O lesado não se contenta com a punição social do ofensor. Nasce daí a ideia de reparação, como estrutura de princípios de favorecimento à vítima e de instrumentos montados para ressarcir o mal sofrido. Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que designo como pedagógica, a que não é estranha à ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar.

À luz de todas essas razões, não há como admitir a tese da irresponsabilidade dos indivíduos. É de opinião unívoca que todo dano inevitavelmente traz como consequência o dever de reparar. Entretanto, as controvérsias em torno do instituto da responsabilidade surgem quanto à adoção da *Teoria da Responsabilidade Subjetiva* ou da *Teoria da Responsabilidade Objetiva*.

A responsabilidade civil subjetiva é a decorrente de dano causado em função de ato doloso ou culposos. A noção básica da responsabilidade civil, dentro da doutrina subjetiva, é o princípio segundo o qual cada um responde pela própria culpa – *unuscuique sua culpa nocet*<sup>40</sup>.

Entretanto, hipóteses há em que não é necessário sequer ser caracterizada a culpa. Nesses casos, estaremos diante do que se convencionou chamar de “responsabilidade civil objetiva”. Segundo tal espécie de responsabilidade, o dolo ou culpa na conduta do agente causador é irrelevante juridicamente, haja vista que somente será necessária a existência do elo de causalidade

---

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 13-14

entre o dano e a conduta do agente responsável para que surja o dever de indenizar<sup>41</sup>.

Diante do exposto, oportuno se torna dizer que tanto na hipótese de responsabilidade subjetiva quanto no caso de responsabilidade objetiva, o agente infrator somente poderá ser responsabilizado desde que haja nexo de causalidade entre a conduta e o dano causado.

Como sabido, a responsabilidade civil pode surgir do inadimplemento de uma obrigação contratual ou extracontratual (*aquiliana*). O Código Civil, nos arts.186 e 187, estabeleceu como regra geral que o descumprimento de obrigações extracontratuais dão ensejo a aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Não obstante, o Novo Código Civil inovou ao inserir, no art. 927, parágrafo único, a responsabilidade objetiva no ordenamento jurídico, veja:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

---

<sup>41</sup> *Idem*. p. 14.

Ressalta-se que o legislador ao prever a responsabilidade objetiva visou a disciplinar situações antes desamparadas, sobretudo porque a comprovação da culpa dificultaria sobremaneira a reparação do dano, dando maior efetividade ao preceito fundamental de que a ninguém se deve lesar – “*neminem ladaere*”.

Desse modo, subsistem no ordenamento jurídico vigente duas modalidades de responsabilidade civil – a subjetiva e a objetiva, permanecendo, todavia, como regra geral, a aplicação da Teoria da Responsabilidade Subjetiva, vez que *a Responsabilidade Objetiva somente pode ser aplicada quando existir lei expressa que autorize a sua aplicação*, ex vi do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Sendo assim, para que se manifeste o dever de o sujeito infrator indenizar, *em regra*, afigura indispensável a presença de alguns elementos básicos, a saber: ação/omissão voluntária, dano, nexa de causalidade e culpa e/ou dolo.

Por se fazer oportuno, se analisará, mesmo que de maneira superficial, cada um dos requisitos supracitados, porquanto serão objeto de análise mais detida logo adiante quando do aprofundamento na questão da responsabilização dos advogados públicos no exercício da função consultiva.

É sabido que a pessoa que causar prejuízo a alguém poderá ser responsabilizada. De imediato, avista-se o primeiro pressuposto que se fixa à responsabilização, ocorrência de ato omissivo ou comissivo.

Seguindo, é preciso que a conduta humana além de antijurídica seja também voluntária, o que significa afirmar que deve estar presente a capacidade de autodeterminação. Para melhor apreender-se tal requisito, citam-se os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>42</sup>: “*a voluntariedade resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável, com discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz.*”

---

<sup>42</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze Gagliano e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. p. 27



Dessa maneira, conclui-se até aqui, que somente o ato omissivo ou comissivo voluntário, contrário ao ordenamento jurídico, é que gerará o dever de indenizar.

Com efeito, ainda debruçando sobre os elementos caracterizadores de responsabilização, tem-se que destacar aquele que é uma das pedras de toque em que se fundamenta a responsabilidade: dano. Assim, o dano aliado à ilicitude da conduta que resulte em efetivo prejuízo faz sobrevir o dever de indenizar.

Nesse contexto, urge assentar os elementos conduta culposa e dano injusto, que por si só, não subsistem, sendo imprescindível que eles sejam interligados por um vínculo de causa e efeito, porquanto só assim poderá ser atribuído ao agente causador do dano o dever de recompensar a vítima.

A obrigação de indenizar nasce para o sujeito infrator quando entre a sua conduta e o dano causado houver correlação imediata. Assim, emergirá a responsabilização quando existir a conjunção desses dois elementos, ou seja, a pessoa só poderá ser obrigada a reparar um prejuízo se o seu comportamento tiver dado causa.

Destarte, é necessário que haja o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do agente responsável para que ex-surja o dever de indenizar.

Por fim, se discorrerá sobre a culpa e sua importância na configuração da obrigação de reparar o dano. Nesse vértice, valendo-se novamente das lições de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>43</sup> o pressuposto culpa é definido como sendo: *“a violação de uma norma jurídica anterior”*.

Feitas todas essas considerações pode-se concluir que a “Teoria Geral da Responsabilidade” está calcada nos quatro pressupostos abordados. Desta

---

<sup>43</sup> *Idem*. p. 123.

feita, não é demasiado reafirmar que a ausência dos mesmos afasta o dever de indenizar.

Posta assim a questão é de se dizer que a ideia de que os advogados públicos não podem ser responsabilizados por seus atos, sobretudo pelos pareceres que emitem, está superada no ordenamento jurídico, bem como na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Os advogados públicos exercem função pública de natureza administrativa e, quem exerce função pública no Estado Democrático de Direito, assume um dever e, por conseguinte responsabilidades/obrigações.

Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>44</sup>:

(...) função pública, no Estado Democrático de Direito, e a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.

E, mais adiante esclarece que:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade* pelo Poder Judiciário. (Grifos do autor)

Quer dizer que, na qualidade de agentes administrativos, aos advogados atribui-se certa função, que corresponde ao dever de realizar atividades jurídicas em prol da coletividade, a fim de atender ao interesse público.

---

<sup>44</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. p. 29

Portanto, a eles impõe-se um dever, uma obrigação de realizar os serviços jurídicos que são de sua competência<sup>45</sup>.

Partindo-se desse pressuposto, deduz-se que quem assume um dever para com a coletividade atrai para si a responsabilidade de cumpri-lo. Logo, quem exercer função, assume um dever e, por via direta de consequência, responsabilidade<sup>46</sup>.

A Responsabilidade dos Advogados deverá seguir as linhas gerais descritas nos arts. 186 e 927, do Código Civil e, em alguns casos, o disposto no art. 14, §4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990)<sup>47</sup>, que adotou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva para os casos de responsabilização dos profissionais liberais, hipótese em que se enquadram os advogados.

Relativamente à responsabilidade civil dos advogados, também se aplica o disposto no art. 32, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906 de 4 de julho de 1994), no sentido de que deverá ser responsabilizado o advogado que no exercício da profissão proceder com dolo ou culpa, ou agir em conluio com seu cliente para lesar a parte contrária, ou seja, que atuar com má-fé, *in verbis*:

*Art. 32 – O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.*

*Parágrafo único – Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria. (Grifou-se)*

---

<sup>45</sup> NIEBURH, Joel de Menezes. Responsabilidade de Advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. p. 1.

<sup>46</sup> Idem. p. 1.

<sup>47</sup> Código de Defesa do Consumidor: Art. 14 – (omissis) § 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Neste ponto, importante fazer uma pequena pausa no raciocínio até aqui desenvolvido para dizer que, *os advogados públicos também estão sujeitos às disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, além do regime próprio a que estão subordinados, nos termos do art. 3º, §1º, da Lei nº 8.906/94<sup>48</sup>.

Sendo assim, é forçoso concluir que as disposições previstas no Estatuto da OAB acerca da responsabilização dos advogados, em especial, o art. 32, também se aplicam aos advogados públicos. Logo, é de se verificar que, no tocante à responsabilidade dos advogados, sejam eles públicos ou privados, o ordenamento jurídico adotou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva.

Consectário lógico disso é que para que se possa imputar responsabilidade aos advogados faz-se necessária a comprovação dos elementos subjetivos dolo ou culpa, além da demonstração do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano.

Como dito em linhas atrás, o art. 133 da Constituição Federal, dispõe que: *“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”*. (Grifou-se)

Por seu turno, o art. 2º, §3º, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei Federal nº 8.906 de 4 de julho de 1994) estatui que: *“No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei”*.

Inequivocadamente, quando atua na confecção de parecer jurídico age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II, do art. 1º,

---

<sup>48</sup> Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil: Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). § 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.



também da Lei nº 8.906/94, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica são privativas da advocacia<sup>49</sup>.

O próprio Estatuto da OAB, no art. 18, caput, assevera que, mesmo no caso do advogado empregado, sua subordinação empregatícia não lhe retira a isenção técnica nem reduz a sua independência profissional, em relação à advocacia<sup>50</sup>.

Parece evidente que existe uma garantia constitucional que resguarda a inviolabilidade do exercício da atividade jurídica do advogado. Essa garantia não permite a inviolabilidade genericamente permissiva de ilícitos ou a liberalidade na prática de atos danosos a terceiros. O que ela resguarda é a autonomia jurídica do advogado, sua capacidade de compreender o direito e defender esse entendimento, sem submissão ou subordinação de suas convicções jurídicas a outro órgão, que não aquele responsável pela aferição de seus atos de indisciplina<sup>51</sup>.

Nesse sentido, cumpre transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Mello nos autos do Mandado de Segurança 24.073/DF:

*A garantia constitucional de intangibilidade profissional do advogado não se reveste de caráter absoluto. Os advogados – como, de regra, quaisquer profissionais – serão civilmente responsáveis pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, desde que decorrentes de ato (ou omissão) praticado com dolo ou culpa, nos termos gerais do art. 159 do Código Civil e, em especial, consoante o disposto no art. 32 da Lei 8.906/94, cuja dicção é a seguinte: “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.” *Todavia*, acrescenta a inicial, com propriedade, que, “de toda forma, não é qualquer ato que enseja a responsabilização do advogado. É preciso tratar-se de erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia.*

---

<sup>49</sup> TORRES, RONNY CHARLES LOPES DE. A Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. p. 11.

<sup>50</sup> *Idem*. p. 11.

<sup>51</sup> *Ibidem*. p. 11-12.

Como se vê, a inviolabilidade do advogado, prevista no art. 133 da Constituição Federal, não é absoluta. Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão, e assim mesmo, nos termos da lei. Nada obstante, para que haja a responsabilização do advogado é necessário que haja a comprovação de que ele atuou com dolo ou culpa ou, ainda, que tenha cometido erro grosseiro, grave ou inescusável.

Ocorre que, embora o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança 24.073/DF, tenha se posicionado nesse sentido, posteriormente, ao julgar os Mandados de Segurança nos 24.584-1/DF e 24.631-6, entendeu ser possível a responsabilização dos advogados públicos nos casos de emissão de pareceres obrigatórios ou vinculantes.

Sinteticamente, ao julgar os referidos mandados de segurança, entendeu-se que: a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.

Contudo, embora se concorde com o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que não é possível defender-se a tese da irresponsabilidade dos advogados públicos, discordamos, *data venia*, da premissa eleita nos Mandados de Segurança nos 24.584-1/DF e 24.631-6 de que a obrigatoriedade da consulta tem importante papel na configuração da responsabilidade dos advogados públicos.

Sem embargo, em verdade, *não importa se a natureza jurídica do parecer é facultativa, obrigatória ou vinculante*, o que é necessário para que haja a responsabilização do parecerista é a demonstração de que agiu com culpa em sentido lato e a comprovação do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado.

Nem se poderia pensar diferente, sobretudo porque a responsabilidade dos advogados, sejam públicos ou privados, como visto, é subjetiva, de modo que para a sua configuração é imprescindível a demonstração de dolo ou culpa ou, ainda, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a comprovação de que o advogado cometeu erro grosseiro, grave ou inescusável (evidente).

Saliente-se que o parecer pode ser do tipo obrigatório ou vinculante e, mesmo assim, o administrador poderá deixar de cumpri-lo, claro que, para assim proceder deverá fazê-lo de forma fundamentada. Nesta hipótese, é certo que, mesmo o parecer, tendo natureza obrigatória o advogado público não poderá ser responsabilizado, vez que não há correlação entre a sua conduta e eventual dano ao Poder Público ou terceiros.

Outrossim, pode ser que o questionamento perguntado pelo gestor não envolva somente questões jurídicas, mas também questões fáticas e técnicas não jurídicas. Desse modo, é evidente que o consultor jurídico, *independente da natureza do parecer*, não pode ser responsabilizado por eventuais prejuízos relacionados às questões que não sejam jurídicas.

Nesse ponto, é importante fazer uma pausa para dizer que o advogado público, mesmo não detendo os conhecimentos específicos sobre o assunto, não pode deixar de diligenciar no sentido de obter todas as informações necessárias para elaborar o seu parecer.

Ao propósito, pondera José Vicente Santos de Mendonça<sup>52</sup> *“O advogado não é obrigado a saber tudo, mas é obrigado a perguntar tudo aquilo de que necessite para que seu trabalho final seja relevante”*

---

<sup>52</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro standards. p. 8.

Com efeito, agindo com cautela, é iniludível que o advogado parecerista não pode ser responsabilizado por questões que não eram e nem poderiam ser do seu conhecimento.

Sob esse aspecto, imperioso asseverar que a responsabilização do advogado público deverá ser afastada se restar demonstrado que adotou os deveres ínsitos à função de parecerista público. Desta feita, *se cumpriu todos os seus deveres, não importa qual seja a natureza do parecer, o parecerista não poderá ser responsabilizado.*

Na função consultiva o advogado público deverá utilizar argumentos plausíveis/razoáveis embasados na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais. É evidente que não precisa fazer referência a todas as posições doutrinárias e jurisprudências, por se tratar de exigência absurda e que não se perfaz com a garantia de intangibilidade profissional do advogado.

A responsabilidade dos advogados pela emissão de pareceres jurídicos é excepcional, na medida em que a atividade jurídica é peculiar, porquanto não se trata de Ciência Exata, ocorrendo, com frequência, divergências. Quer-se dizer que advogado não deve ser punido por adotar postura que divirja da postura do órgão de controle. A punição pressupõe má-fé, culpa ou erro inescusável.

Nesse sentido, cumpre trazer à baila trecho do voto do Ministro Celso de Mello, nos autos do Mandado de Segurança nº 24.703-DF:

*Ora, o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, para que se torne lícita a responsabilização do advogado que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável. (Grifou-se)*



Por derradeiro, *se possível*, o advogado público deverá alertar o administrador dos riscos jurídicos de adotar posicionamento divergente do parecer; de eventual instabilidade jurisprudencial acerca do assunto tratado no parecer; de eventuais implicações contábeis/financeiras, etc.

De fato, verifica-se que na prática não importa qual a natureza do parecer, já que a imputação da responsabilidade dos advogados públicos estará condicionada à comprovação de que o parecerista agiu com dolo ou culpa, erro grosseiro, grave ou inescusável, além da demonstração do nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano suportado pelo Poder Público é imprescindível.

Com o devido respeito e acatamento, nem se poderia entender de maneira diferente, vez que se estaria a permitir que um critério estático (classificação dos pareceres pela doutrina em facultativo, obrigatório e vinculante) pudesse excepcionar a regra de responsabilização dos advogados, que não prescinde da demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa.

Nesse sentido, pondera com proficiência José Vicente Santos de Mendonça<sup>53</sup> ao fazer uma crítica aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

Se concordamos, então, com o Supremo Tribunal Federal, não concordamos na íntegra, e o motivo é o seguinte: *a obrigatoriedade da consulta não tem importância na responsabilização do parecerista*. Esse parâmetro, a rigor a grande novidade do assunto nos últimos tempos, trazido por Joaquim Barbosa a partir de René Chapus, é critério formal, estático, quando a análise de uma responsabilização pessoal sempre se deve dar de modo subjetivo. *É dizer, o problema não nos parece que resida na obrigatoriedade do parecer, mas sim se esse parecer, não importa se obrigatório ou facultativo, efetiva e*

---

<sup>53</sup> MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade Pessoal do Parecerista Público em quatro *standards*. p. 5-6.

*concretamente induziu a autoridade a erro – se há, portanto, nexo causal –, e se foi proferido com dolo ou erro grave e inescusável.*

Além disso, aparentemente não existe, no Brasil, parecer vinculante, ao menos na forma como o ministro Joaquim Barbosa definiu: hipótese legal que obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer ou, então, a nada decidir. *Em todos os casos, mesmo naqueles em que a manifestação das assessorias jurídicas é obrigatória, a autoridade sempre poderá refazer/modificar sua proposta de ação, e, assim, submeter novamente a questão à análise jurídica. Simplesmente não faz sentido uma situação em que a lei obrigue o administrador a “decidir” conforme o parecer (as aspas se justificam porque, em termos lógicos, inexistiria qualquer decisão) ou nada decidir.*

Como se vê, a distinção entre a natureza dos pareceres jurídicos em facultativos, obrigatórios ou vinculantes por si só não tem o condão de imputar responsabilidade aos advogados públicos pareceristas. É necessário que haja a demonstração de dolo ou culpa, erro grosseiro, grave ou inescusável. Igualmente, faz-se necessária a comprovação donexo de causalidade entre a conduta do advogado e o dano ao Poder Público.

Dessa forma, somente se o advogado público agir com dolo ou culpa; ou se o parecer contiver erro grave, inescusável; e se da conclusão dada no parecer houver nexocom o dano causado à Administração Pública é que se poderá cogitar de responsabilidade do subscritor por má atuação.

## Conclusão

Conforme enfatizado, o art. 133 da Constituição Federal, também aplicável aos advogados públicos, consagrou a um só tempo o princípio da essencialidade da advocacia e da garantia da inviolabilidade pessoal do advogado, ambos indispensáveis à defesa da ordem jurídica. Entretanto, tais prerrogativas não têm o condão de afastar eventual responsabilização dos advogados, sejam públicos ou privados, quando agirem com dolo ou culpa.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal enfrentou o assunto relacionado à responsabilidade dos advogados públicos pela emissão de pareceres jurídicos em 3 (três) oportunidades, ao julgar os Mandados de Segurança nºs 24.703-3/DF, 24.584-1/DF e 24.631-6/DF.

Contudo, apesar de tal Corte ter se posicionado inicialmente no sentido de que a responsabilização dos advogados somente se aperfeiçoaria nos casos de dolo ou culpa, erro grave ou inescusável (MS 24.703-3/DF), posteriormente, ao julgar os Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6/DF, entendeu ser possível a responsabilização dos advogados públicos nos casos de emissão de pareceres obrigatórios ou vinculantes, na hipótese do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Como dito, ao julgar o Mandado de Segurança 24.631-6/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que: a) Nos casos de omissão legislativa, o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera responsabilidade ao parecerista e b) Nos casos de definição, pela lei, de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável do parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim, em princípio, o parecerista pode vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois ele é também administrador nesse caso.

Todavia, embora concorde-se com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não é possível defender-se a tese da irresponsabilidade dos advogados públicos, discorda-se, *data venia*, da premissa eleita nos Mandados de Segurança nºs 24.584-1/DF e 24.631-6 de que a obrigatoriedade da consulta tem importante papel na configuração da responsabilidade dos advogados públicos.

Salvo melhor juízo, não importa se a natureza jurídica do parecer é facultativa, obrigatória ou vinculante, pois a responsabilização do parecerista deverá estar condicionada à demonstração de dolo ou culpa,

erro grosseiro, grave ou inescusável (evidente). Além disso, será necessário demonstrar o nexa causal entre a conduta do parecerista e o dano causado pelo Poder Público.

A classificação dos pareceres pela doutrina em facultativo, obrigatório ou vinculante, trata-se de *critério estático* que não tem o condão de excepcionar a regra de responsabilização dos advogados, a qual não prescinde da demonstração dos elementos subjetivos dolo ou culpa, por se enquadrar na hipótese de responsabilidade subjetiva, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil e 32 do Estatuto da OAB.

Nem se poderia pensar diferente, vez que haveria a subversão do sistema de responsabilização dos advogados, que, como visto, é *subjetiva*, de modo que para a sua configuração é imprescindível a demonstração de dolo ou culpa ou, ainda, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária a comprovação de que o advogado cometeu erro grosseiro, grave ou inescusável, bem como a demonstração do liame causal entre a conduta do parecerista e o dano suportado pelo Poder Público.

Por derradeiro, conclui-se que, *independentemente da natureza do parecer emitido pelo advogado público*, somente se ele agir com dolo ou culpa; ou se o parecer contiver erro grave, inescusável; e se o eventual dano suportado pela Administração Pública tenha sido provocado pela emissão do parecer é que se poderá cogitar de responsabilidade do subscritor por má atuação.

## 6. Referências Bibliográficas

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. O Advogado Público na função consultiva, os pareceres jurídicos e a responsabilidade deles decorrente. Leituras Complementares de Direito Administrativo – Advocacia Pública. Bahia: Jus Podivm. 2ªed. rev. e ampl. 2010.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Vol. I. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1960.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas. 2004.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. Processo Administrativo. 2ª ed. rev. e. ampl. São Paulo: Malheiros. 2007.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. 13 ed. rev. ampl. e. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13ª rev. e. atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil. Vol. III. 6ª ed. rev. e. atual. 2008.

JARDIM, Luana de Freitas Queiroz. Responsabilidade do parecerista jurídico pela regularidade da despesa pública. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Abril/Maio/ Junho 2011. Vol. 79 – nº 2 – ano XXIX.

JÚNIOR, Cláudio Ricardo Lima. Análise tópico-jurídica da função pública do advogado. Um exame dos caracteres do Estado Democrático de Direito para uma teoria da ética no exercício da advocacia. <http://jus.com.br/artigos/21016/analise-topico-juridica-da-funcao-publica-do-advogado/2#ixzz2hizZF0pP>. Acesso em 11/10/2013.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil. Dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova. Arts. 185 a 232. Vol. III. Tomo II. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed. São Paulo: Malheiros. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 22ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros. 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de direito administrativo. 3ª ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A Responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards. <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/263739/DLFE-30775.pdf/10AResponsabilidadePessoaldoPareceristaPublicoemquatrostandards.pdf>. Acesso em 08/10/2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Responsabilidade de Advogados pela emissão de pareceres jurídicos para a Administração Pública. [http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo\\_pareceres.pdf](http://www.mnadvocacia.com.br/assets/pdf/artigo_pareceres.pdf). Acesso em 08/10/2013.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito n° 50. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). 1997. p. 123-124.

\_\_\_\_\_, Diogo de Figueiredo Moreira. As funções essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Revista de Direito n° 45. Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ). 1992. p. 46.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Responsabilidade Civil. 9ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A Responsabilidade do parecerista em licitações: elementos de questionamento e o posicionamento do STF. <http://www.jurisprudenciaconcursos.com.br/arquivos/1329663281.pdf>. Acesso em 10/10/2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

