
DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2011

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

Conselho Editorial

Aldacy Rachid Coutinho
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
Celso Luiz Ludwig
Érica de Oliveira Hartmann
Eros Belin de Moura Cordeiro
Eroulths Cortiano Junior
Fernando Borges Mânica
Fernando Campos Scaff
Guilherme Roman Borges
Henrique Guelber de Mendonça
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho
Jair Lima Gevaerd Filho
Joe Tennyson Velo
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
José Antônio Peres Gediel
Jozélia Nogueira
Leila Cuéllar
Manoel Caetano Ferreira Filho
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Ricardo Saavedra Hurtado
Rodrigo Luís Kanayama
Rodrigo Xavier Leonardo
Roland Hasson
Safira Orçatto Merelles do Prado
Sandro Marcelo Kozikoski

Comissão Editorial

Ana Elisa Perez Souza
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Luyza Marks de Almeida
Roberto Altheim
Vitor Acir Puppi Stanislawczuk

Coordenadoria de Estudos Jurídicos da PGE-PR

Luiz Henrique Sormani Barbugiani

DIREITO DO ESTADO EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL

DO ESTADO DO PARANÁ

2011

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ. Curitiba : PGE, 2011

v. 2 - 2011

Continuação da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 1-6
(1987-1997)

ISSN : 1981-3465

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
DO PARANÁ.

CDD – 340.05

CDU – 34 (05)

As opiniões e os entendimentos externados nos artigos, na jurisprudência comentada e no parecer são de responsabilidade exclusiva dos autores não se confundindo com o adotado pelo Conselho Editorial, Comissão Editorial ou pela instituição Procuradoria Geral do Estado do Paraná.

Todos os textos aqui publicados foram aprovados pelo sistema ‘double blind peer review’ por dois professores membros do Conselho Editorial, sem interferência da Comissão Editorial.



Antônia Schwinden (Coordenação), Glauce Midori Nakamura (Capa),
Ivonete Chula dos Santos (Editoração Eletrônica)

Apresentação

O projeto de renovação e de reestruturação da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, iniciado no ano de 2010, com o reinício da publicação deste periódico, continua a se desenvolver com a divulgação de trabalhos jurídicos colhidos nas mais diversas fontes, dentre as quais se menciona o próprio quadro da nossa e de outras Procuradorias, sem nos esquecermos dos ilustres representantes de outros órgãos e instituições do mundo acadêmico que contribuíram para esta edição com o envio de material pertinente ao temário desta revista.

O trabalho de colheita e seleção do material jurídico direcionado ao periódico somente foi possível devido ao esforço dos membros da Comissão Editorial e do apoio da Coordenadoria de Estudos Jurídicos, além da colaboração imprescindível dos componentes do Conselho Editorial, estes escolhidos dentre os mais gabaritados profissionais do mundo jurídico com conhecimento profícuo nas variadas áreas do Direito.

Essa ampla distribuição e a divulgação dos artigos, dos comentários à jurisprudência e dos pareceres de interesse na área de Direito público, selecionados e consagrados pelo Conselho Editorial, ressaltam as diretrizes da instituição denominada Procuradoria Geral do Estado do Paraná, que não se preocupa apenas com a defesa do Estado em juízo ou com a Advocacia preventiva, visto que deseja, acima de tudo, propagar o conhecimento jurídico dos diversos ramos do direito e principalmente o debate democrático nessa seara.

A revista “Direito Público em Debate”, como o próprio nome sugere, indica uma ampla discussão jurídica salutar para o engrandecimento não só das Procuradorias Gerais do Estado, mas também dos demais órgãos de defesa do

poder público como a Advocacia Geral da União e outras instituições correlatas dos Municípios, incluindo os órgãos do Ministério Público e da Magistratura, que se preocupam notoriamente com o bem-estar social do povo brasileiro.

Após essas considerações, agradeço veementemente a todos os autores que encaminharam material para nossa revista e propiciaram a elaboração do mais novo exemplar do periódico de 2011, para o deleite de todos os operadores do direito.

Acrescento ainda que permaneço na esperança de que o conteúdo seja muito proveitoso e adequado aos estudos e à defesa do Direito público por todos os profissionais no âmbito jurídico, especialmente dentro do contexto democrático que vivenciamos em nosso país.

Curitiba, dezembro de 2011.

Julio Cesar Zem Cardozo
Procurador-Geral do Estado do Paraná

Sumário

Apresentação	5
---------------------------	----------

Julio Cesar Zem Cardozo

I – Doutrina

Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente
Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia.

<i>Miguel Ramos Campos</i>	<i>11</i>
----------------------------------	-----------

As Guardas Municipais e o Poder de Polícia sob a Ótica do Estado
de Direito e da Constituição Federal

<i>Marilda Watanabe de Mendonça</i>	<i>33</i>
---	-----------

A Contratação de Serviços Complexos pela Administração Pública

<i>Carlos Alexandre Dias da Silva.....</i>	<i>49</i>
--	-----------

A (In)Constitucionalidade da Lei nº 9.882/99 e a ADPF Paralela
na Jurisprudência do STF

<i>Bruno Moraes Faria Monteiro Belem</i>	<i>73</i>
--	-----------

A Procuradoria do Estado no Contexto Constitucional Brasileiro

<i>Mércia Miranda Vasconcellos</i>	<i>101</i>
--	------------

II – Jurisprudência

Jurisprudência Comentada

<i>Marcelo Henrique Pereira Marques.....</i>	<i>127</i>
--	------------

III – Pareceres

Consulta acerca da incidência de ITCMD em valores investidos por meio de contratos de previdência privada – Natureza Jurídica de Investimento – Possibilidade de RESGATE – Valores aplicados e restituíveis ao investidor ou beneficiários (herdeiros) em caso de falecimento

Fabiana Yamaoka Frare..... 141

DOCTRINA

2011

Poder Executivo. Negativa de Aplicação de Lei Supostamente Inconstitucional: Correntes Doutrinárias. Controvérsia.

Miguel Ramos Campos¹

Introdução

A controvérsia quanto à legitimidade do comportamento do Chefe do Poder Executivo em recusar a aplicação de uma lei sem o prévio reconhecimento judicial de sua inconstitucionalidade é assunto que desde o século passado ainda tem dividido a nossa doutrina especializada, reconhecendo-se a existência de posições doutrinárias divergentes sobre esse tema.

Não se tem a pretensão de esgotar o assunto nesta breve exposição. Ao contrário, busca-se fornecer apenas uma sucinta abordagem sobre as premissas dos posicionamentos doutrinários existentes no cenário nacional e uma brevíssima incursão na doutrina lusitana.

A Controvérsia entre os Posicionamentos Doutrinários

Já se perfilhou outrora do entendimento doutrinário de que seria legítimo ao Chefe do Executivo, visualizando a inconstitucionalidade de

¹ Procurador do Estado do Paraná.

uma lei, notadamente em razão de vício em sua iniciativa, negar-lhe cumprimento, em obediência à supremacia das disposições da Constituição da República.

O poder conferido ao gestor máximo da Administração Pública decorreria do entendimento de que todos os agentes públicos têm o dever de atuar em estrita conformidade com as regras definidas pela Constituição da República.

O fundamento que ainda hoje assenta esse entendimento calca-se na jurisprudência do Pretório Excelso, que reconhece que o Poder Executivo não está obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição até que o Poder Judiciário, devidamente provocado, decida a respeito².

Outro fundamento que embasa essa corrente é a de que os atos estatais trazem em si a presunção de “legitimidade”, não sendo possível ao particular recusar o cumprimento do ato legal sem que antes obtenha do Judiciário a declaração de invalidade da norma. No entanto, com a Administração Pública, a situação seria diversa, porque a presunção de legitimidade militaria em favor de seus atos.

Perfilham dessa corrente os doutrinadores Elival da Silva Ramos³, Hely Lopes Meirelles⁴ e Luís Roberto Barroso⁵, destacando, de maneira geral, que nos ordenamentos onde a Constituição estabelece a sanção de nulidade para as leis que a violem, é irrecusável a competência do Poder Executivo de negar cumprimento à lei inconstitucional. Admitem também

² RTJ 2/386; 3/760; RDA 59/339, 76/51, 76/308, 97/116; BDM 11/600 [...].

³ RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 237.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 538.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 70-71.

o uso dessa prerrogativa, *cum grano salis*, os juristas lusitanos J.J. Gomes Canotilho⁶ e José Carlos Vieira de Andrade⁷ e a doutrinadora Ana Cláudia Nascimento Gomes⁸, mas apenas – vale o registro – em situações excepcionalíssimas, como será exposto adiante.

Na mesma linha de raciocínio, já se manifestaram Caio Tácito (*“Anulação de leis inconstitucionais”*⁹) e Francisco Campos (*“Direito Constitucional”*¹⁰).

No entanto, essa corrente de pensamento tem sofrido o embate de uma outra que está em ascensão e que defende uma postura diametralmente oposta, inadmitindo que o gestor público máximo, em razão dos instrumentos disponibilizados pela Constituição da República, afaste a vigência de uma norma que entenda ser inconstitucional, uma vez que é do texto constitucional, ainda que de forma implícita, e do confronto entre esse texto e a norma impugnada que deve ser extraída a resposta para a dúvida desse gestor e, uma vez encontrada esta, se pela inconstitucionalidade da norma, convocar-se de pronto o Poder Judiciário para decidir pelo reconhecimento da invalidade da norma e, conseqüentemente, pela possibilidade de negativa de aplicação do ato legislativo, caso não tenha tido oportunidade de vetá-la quando do nascedouro da norma legal.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 417-418.

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 233.

⁸ GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, p. 117-119.

⁹ TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais: parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr./jun.1961.

¹⁰ CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

Sara Meinberg S. de Andrade Duarte¹¹, em trabalho monográfico, cita decisão judicial, da lavra do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gonçalves de Oliveira, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 15.886, que valida com perfeição o entendimento que atualmente é minoritário, do qual, contudo, comungamos. Confira-se o teor do julgado:

A lei é iniciada e votada pelo Congresso Nacional, depois sobe à sanção. Se o Presidente da República, o Governador do Estado ou Prefeito sanciona a lei, parece claro que nem ele nem qualquer funcionário administrativo poderá descumpri-la, sob o fundamento de que é inconstitucional. O momento preciso para repudiar a lei seria o da sanção. O Poder Executivo oporia o veto, então a lei voltaria ao Congresso, às Assembléias ou às Câmaras Municipais, e seria mantida ou não a proposição com o voto qualificado. Este é o nosso regime constitucional.

Portanto, em princípio, a regra é que, sancionando o Presidente da República a lei, ele supre quaisquer deficiências de trânsito, nas normas legislativas. Teve o momento que a Constituição lhe consagrou para dizer se a proposição era constitucional ou inconstitucional. Se nesse momento não usou de seu poder, parece claro que dá-se o consenso pelo Executivo de que a norma seja constitucional. Se o Presidente, no entanto, veta a proposição, ela volta, no caso de lei federal, ao Congresso que, por maioria altamente qualificada de dois terços, manterá ou não o veto. Se mantiver, temos uma lei que o Presidente da República é obrigado a observar, nos termos da Constituição. Este é o princípio do nosso direito constitucional. Às vezes, como no caso de que se trata, há uma questão intercorrente. É que o Presidente veta a lei e o seu veto é rejeitado pelo Congresso Nacional. Surge a questão: o Poder Executivo, o Presidente da República pode opor-se ao cumprimento da lei? Entendo que a lei poderia ser levada ao

¹¹ DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.** Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

conhecimento do Supremo Tribunal Federal, através da Procuradoria-Geral da República. Mas reconheço que essa não é a doutrina corrente.

Aqueles que perfilham do entendimento majoritário, isto é, pela possibilidade de o Chefe do Executivo negar aplicação a uma lei supostamente inconstitucional, apresentam algumas situações que em princípio não seriam respondidas, pelo menos de maneira satisfatória, pela corrente divergente [a minoritária].

Uma dessas situações, em que ainda não há uma resposta razoável para a indagação, seria a seguinte: entre o lapso da vigência de uma lei, que em regra é a partir de sua publicação no Diário Oficial, até a declaração de sua inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário ou até a sua suspensão cautelar, seria lícito ao Chefe do Executivo negar cumprimento à norma legal, para evitar graves prejuízos, por exemplo, às finanças e à atuação administrativa do Poder Público?¹² Para a corrente minoritária, a resposta é negativa. Para a doutrina lusitana, anteriormente citada, a resposta seria positiva, sendo essa situação uma das poucas que autorizariam o comportamento não ordinário do Executivo.

É bem verdade que muitas são as implicações decorrentes do cumprimento de uma lei com suspeita de inconstitucionalidade, podendo haver a criação de graves embaraços não só financeiros, mas também administrativos e até políticos. No entanto, não se pode afastar a incidência de um princípio constitucional, que é a presunção da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, ao argumento de estar se defendendo a Constituição, utilizando-se, para tanto, da alegação de que a provável demora na resposta do Tribunal, em controle concentrado, por exemplo, autorizaria a adoção pelo gestor públicos de um comportamento que, a nosso sentir, é inconstitucional. Não se pode cumprir ou deixar de cumprir a Constituição ou o seu arcabouço

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*

principiológico, de acordo com os percalços processuais ou burocráticos encontrados pela Administração Pública. Ao agir assim, o administrador público acabaria violando, como gizado acima, um outro princípio constitucional, o da força normativa da Constituição¹³.

Sobre a força normativa da Constituição, são esclarecedoras as ponderações de Konrad Hesse¹⁴. Confira-se:

Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, e que se conforme a Constituição a esses limites. Se os pressupostos da força normativa encontrarem correspondência na Constituição, se as forças em condições de violá-la ou de alterá-la mostrarem-se dispostas a render-lhe homenagem, se, também em tempos difíceis, a Constituição lograr preservar a sua força normativa, então ela configura verdadeira força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio. Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergência, nos tempos de necessidade.

Esse mesmo princípio também ampara – curiosamente – a corrente que defende a possibilidade de negativa de vigência, pois como a Constituição está no topo do ordenamento, sendo, portanto, o fundamento de validade das demais normas, aquelas que forem incompatíveis com a Constituição são nulas ou, segundo o magistério de Themístocles Brandão Cavalcanti, inexistentes¹⁵. Nessa esteira, se o Chefe do Executivo se deparasse com uma lei inconstitucional, poderia facilmente desatendê-la em obediência à Carta Magna. Agir de maneira diferente traduziria, ao ver da corrente majoritária, verdadeiro desprezo à supremacia do texto

¹³ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

¹⁴ Ibid., p. 24.

¹⁵ CAVALVANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 183.

constitucional e contribuiria para o enfraquecimento da respectiva força normativa da Carta Magna.

No entanto, esse raciocínio perde vigor quando se analisa o controle concentrado de constitucionalidade das leis, pois um dos efeitos do reconhecimento judicial da invalidade de uma norma legal é a retroatividade da declaração que constata o vício.

Logo, ainda que houvesse demora na resposta judicial à pretensão da Administração Pública, haveria [como regra] a concessão de efeito *ex tunc* à decisão proferida pela Corte Judiciária.

Embora não seja esse o tema deste ensaio, lembra-se, apenas, que no sistema brasileiro convivem dois tipos de controle de constitucionalidade das leis, o preventivo e o repressivo, sendo este difuso ou concentrado, regulado pelas Leis Federais nº 5.869/73, 9.868 e 9.882, ambas de 1999, tendo as decisões definitivas – no controle concentrado brasileiro –, como regra, o efeito *ex tunc* e que somente pela maioria qualificada de 2/3 (dois terços) dos membros do Supremo Tribunal Federal seria possível a concessão do efeito *ex nunc*.

No controle preventivo, como bem esclarece Alexandre de Moraes¹⁶, objetiva-se impedir que uma norma inconstitucional ingresse no ordenamento jurídico. No controle concentrado, realizado pelo Judiciário, busca-se retirar do mundo jurídico, ou apenas entre as partes demandantes, uma lei ou ato normativo contrário ao texto constitucional.

Não se pode deixar de citar também os esclarecimentos sempre oportunos de Pedro Lenza¹⁷, citados por Flávio da Silva Andrade¹⁸, que destaca a existência de duas hipóteses em que o controle repressivo é

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 642-643.

¹⁷ LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 96.

¹⁸ Andrade, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

realizado excepcionalmente pelo Poder Legislativo. A primeira seria aquela prevista no artigo 49, inciso VI, da Constituição Federal, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. A segunda é encontrada no artigo 62 da Carta Constitucional de 1988 que dá respaldo ao Congresso Nacional para rejeitar medida provisória por entendê-la inconstitucional.

O Princípio da Presunção da Constitucionalidade das Leis e dos Atos Normativos

O princípio da presunção da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, decorrentes do princípio constitucional da Separação e da Independência dos Poderes ou, como preferem alguns, das funções do Estado. Segundo esse princípio, a lei deve ser considerada como constitucional até que o órgão ou tribunal indicado na Carta Magna reconheça a sua inconstitucionalidade e defina os seus efeitos.

Segundo o magistério de Carlos Alberto Lúcio Bittencourt¹⁹: “A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei [...] e é para todos os efeitos. [...] Submete a seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela *fôrça formal* que a torna *irrefragável* [...]”.

Para José Adércio Leite Sampaio²⁰, a inconstitucionalidade de uma lei somente deve ser declarada pelo tribunal ou pelo órgão competente em casos de grave incompatibilidade entre a norma legal e a Constituição, devendo-se aplicar, sempre que possível, a interpretação que mais atenda

¹⁹ BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 95-96.

²⁰ SAMPAIO, J. A. L. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 210-211.

ao sistema constitucional na busca da preservação da validade do ato legislativo em face da Constituição. E é assim, porque, em princípio, todos os órgãos do Estado agem ou devem agir em conformidade com a Constituição, na busca da realização do bem comum. No mesmo sentido é o magistério de Juarez Freitas²¹.

Portanto, a observância pelo intérprete do princípio em exame significa o respeito não só aos atos legislativos, mas principalmente à Constituição, devendo-se presumir como válidas as leis e os atos normativos emanados do Poder Legislativo até decisão em contrário, do Poder Judiciário. Como se vê, os atos legislativos são protegidos pela Constituição porque, em última análise, representam a vontade do povo.

Em decorrência desse princípio, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo só deve ser declarada em casos de manifesta desarmonia entre a norma legal e a Constituição, devendo-se aplicar, sempre que possível, a interpretação que mais se adéque ao sistema constitucional, buscando-se a preservação da validade da norma [interpretação conforme a Constituição].

O princípio da presunção de constitucionalidade dos atos legislativos teve sua existência reforçada com a entrada em vigor da Constituição de 1988, uma vez que ampliou a legitimidade ativa para propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade, o que foi reforçado com a Emenda Constitucional nº 45/2004, considerando o elenco de autores legitimados para o manejo da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois, até em então, era pacífico, senão, ao menos, amajoritário²², o entendimento favorável à livre possibilidade de o Executivo negar aplicação a uma lei que a seu juízo entendesse como inconstitucional.

²¹ FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 218-221.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REP. n.º 980/SP – REPRESENTAÇÃO. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 21 nov. 1979.

No entanto, com a outorga constitucional da prerrogativa do Chefe do Executivo para o ajuizamento da Ação Direta ou de Ação Declaratória de Constitucionalidade, esta perante o Supremo Tribunal Federal, e, mais ainda, do requerer a concessão de uma medida para imediata suspensão dos efeitos da norma impugnada, que para alguns constitucionalistas contraria o próprio sentido do princípio em exame, a linha de entendimento que defendia a possibilidade de o Executivo deixar de aplicar uma norma com suspeita de inconstitucionalidade sofreu duro golpe, pois teve início a discussão sobre a licitude do comportamento do Chefe do Executivo em desatender a uma norma legal, permanecendo inerte, utilizando-se da estratégia de não aplicação da norma legal ao argumento de sua inconstitucionalidade, toda vez que uma lei ou um dispositivo legal deixasse de atender aos seus interesses.

Os Fundamentos da Corrente minoritária

É fato inconteste que todo o agente público deve pautar a sua conduta em consonância com as disposições da Constituição, mas é certo também que por princípio constitucional todas as leis são presumidamente constitucionais até que o órgão ou tribunal indicado pela Constituição decida de maneira contrária. Claro que a presunção de constitucionalidade é relativa, daí porque a própria Constituição indicou quais os agentes e os órgãos públicos, bem como as entidades arroladas no artigo 103 do diploma constitucional, que detêm a possibilidade de impugnar, mediante o instrumento processual adequado, a validade da norma ou de buscar a confirmação da ausência de qualquer vício nela.

Isso significa que somente mediante a utilização dos mecanismos postos pela própria Carta Magna é que se torna possível o desatendimento de uma norma legal. Não fosse assim, haveria a quebra, a nosso sentir, dos alicerces do Estado de Direito, da segurança jurídica e da autonomia do Legislativo, já que esse Poder ficaria à mercê do Executivo, na exata medida em que as leis discutidas e votadas pelos parlamentares poderiam

ser tranquilamente descumpridas pelo Chefe do Executivo sempre que as reputasse, segundo a sua valoração pessoal ou política, como inconstitucionais.

Essa “liberdade” do administrador público não pode mais ser tolerada diante do atual panorama constitucional.

Segundo o magistério de Gilmar Ferreira Mendes²³, Ministro da Suprema Corte Brasileira, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo descumprir uma lei ao argumento de sua inconstitucionalidade só seria admissível se não houvesse meios eficazes e suficientes postos pelo ordenamento jurídico para o resguardo do seu entendimento.

A atual Carta Republicana, como gizado alhures, prevê instrumentos adequados e eficazes para esse mister, como as ações diretas, conjugadas com a possibilidade de concessão da medida cautelar, que, a nosso sentir, não contraria o sentido do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, pois a decisão final no controle de constitucionalidade terá como regra efeito *ex tunc*, não sendo mais, portanto, razoável admitir a manutenção da vetusta prerrogativa do Executivo ante o novo quadro constitucional. Milita desse entendimento o consagrado jurista Zeno Veloso²⁴. Esse publicista ainda vai além, pois deixa antever que a postura do Executivo, de negar a aplicação de uma lei, por entendê-la como inconstitucional, sem qualquer respaldo do Judiciário, faria com que esse Poder, a quem cabe, por competência constitucional, a função jurisdicional, bem como a defesa da Constituição, aguardasse provocação para se manifestar acerca da [in] constitucionalidade da lei, enquanto o Chefe do Poder Executivo poderia fazê-lo de ofício²⁵.

²³ MENDES. **Jurisdição constitucional**: na Alemanha Paulo: Saraiva, 19, p. 135.

²⁴ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**: conforme as Leis n.º 9.868 de 10/11/99 e n.º 9.882 de 03/12/99. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, -328.

²⁵ Ibid.

Inteira razão possui esse doutrinador, pois em Estados democráticos como o nosso, a relação criada entre a lei e a Constituição é de mútua confiança. Em situações em que a lei é questionada, a Constituição dá a ela o benefício da dúvida, de modo que se a interpretação do diploma legal permitir que as suas disposições possam ser interpretadas de maneira válida, ou seja, como constitucionais, deve assim fazê-lo o intérprete em respeito à vontade popular e em obediência ao princípio constitucional da presunção de constitucionalidade dos atos legais, da força normativa e da conformidade funcional²⁶.

Aliás, é uniforme o entendimento da corrente doutrinária exposta [minoritária] de que a recusa à aplicação da lei, pelo Chefe do Poder Executivo, sempre foi tolerada, à medida que o ordenamento não apresentava uma solução satisfatória para a questão.

Contudo, a partir da Constituição de 1988 e tendo em conta à ampliação, como visto, da legitimidade para propositura de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou de uma Declaratória de Constitucionalidade, tornou-se inevitável o reconhecimento da usurpação, pelo Executivo, de uma função constitucionalmente atribuída ao Judiciário, quando o Chefe daquele Poder determina a não aplicação de uma norma legal ao argumento de conter ela vícios que a tornem inconstitucional.

Alberto Xavier²⁷ segue essa linha de entendimento quando destaca que diante do atual panorama constitucional não é mais tolerável admitir-se a negativa de aplicação pura e simples de uma lei por entendê-la ser detentora de vício de inconstitucionalidade.

Comunga-se da ideia de que a manutenção do entendimento majoritário, ante o novo quadro constitucional, traz insegurança jurídica,

²⁶ Novelino, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2009, p. 79.

²⁷ XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 82.

porque as leis poderiam ser, em tese, “licitamente” descumpridas, sob o fundamento da inconstitucionalidade, toda vez que o Executivo se sentisse “incomodado” com as suas disposições.

Nessa esteira, parece ser mais adequada e razoável, notadamente em obediência à principiologia que informa o nosso atual sistema constitucional, a de que o administrador público máximo só pode negar aplicação de uma lei que entenda colidente com o texto constitucional, recusando-se, portanto, a executá-la, após obter um pronunciamento, ainda que cautelar, do órgão jurisdicional competente e pelos instrumentos constitucionais adequados. Essa pelo menos deveria ser a regra. Em outras palavras, enquanto não houvesse uma manifestação seja do Supremo Tribunal Federal, seja do Tribunal de Justiça local, não seria possível ao Chefe do Executivo determinar aos órgãos da Administração Pública a não aplicação de uma norma legal que, a seu ver, fosse inconstitucional.

Enfatiza-se o caráter salutar da adoção desse entendimento, na exata medida em que o Chefe do Poder Executivo pode propor, em controle repressivo, o imediato ajuizamento uma Ação de Inconstitucionalidade ou uma Declaratória de Constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal ou da Corte de Justiça local, para a pacificação da controvérsia existente.

O princípio constitucional da presunção de constitucionalidade dos atos legais faz com que não só o administrador público como também o aplicador judicial busque no texto constitucional regras que estabeleçam as áreas de competência privativa dos demais poderes. Contudo, quando o texto e o sistema normativo não fornecerem resposta segura sobre as áreas de competência privativa dos órgãos de direção política, o Poder Judiciário deve ser convocado para estabelecer esses limites, por meio dos critérios definidos pela Constituição.

Não há mais lugar, assim, para o vetusto argumento de que a demora na solução da ação constitucional poderia ocasionar severos prejuízos à Administração Pública, notadamente de ordem financeira.

A Lei Federal nº 9868/99²⁸, nos artigos 10 e 12, estabelece trâmite abreviado para as ações diretas com requerimento cautelar, *verbis*:

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

[...]

Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

Mas, por mais célere que seja o trâmite da ação de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, não se desconhece a realidade de que ainda assim existe um lapso temporal entre a propositura e o eventual deferimento da cautelar. A dúvida é se durante esse período, para salvaguardar o princípio da supremacia da Constituição e o próprio Erário, poderia o Chefe do Executivo determinar a não aplicação da norma legal.

No entanto, mesmo nessa situação, que por óbvio não se desconhece, como bem destacado em artigo científico da lavra da exímia Procuradora do Distrito Federal, Cristiana de Santis Mendes de Farias Mello²⁹, crê-se que ainda assim deveria se tutelar o respeito ao ato legislativo, salvo evidente erro grosseiro ou com escancarada demonstração de vício material ou formal no diploma legislativo.

²⁸ BRASIL. **Lei n.º 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

²⁹ MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. **O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis**. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/798/667>>. Acessado em 07.Jul.2011.

Afinal, a regra no atual panorama constitucional, a nosso ver, é a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, e, portanto, o afastamento da aplicação de uma norma legal exige a declaração judicial de sua inconstitucionalidade, com todas as consequências procedimentais advindas dessa situação. Ao agir dessa maneira, crê-se que se reduziriam em muito os juízos de constitucionalidade arguidos pelo Executivo, muitas vezes baseados em interesses não vinculados ao bem geral, com grave afronta ao Estado Democrático de Direito³⁰.

Tanto é o respeito da Constituição da República a uma norma legal que a Carta Magna impôs, como requisito de validade da decisão que vier a reconhecer a inconstitucionalidade de uma norma legal, o atendimento da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal de 1988³¹, que determina que: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.”

Consequência dessa cláusula constitucional é que os Tribunais pátrios somente poderão declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo, seja pelo controle difuso ou concentrado, por meio de sua composição plenária, ou seja, pela maioria absoluta de seus Membros ou pela maioria absoluta dos Membros de seu órgão especial.

O desrespeito à cláusula de reserva de plenário pelos órgãos fracionários dos Tribunais brasileiros já levou o Supremo Tribunal Federal, em razão de jurisprudência consolidada, a editar a Súmula Vinculante nº 10³², publicada no Diário Oficial da União, de 27/06/2008, p. 1, vazada com o seguinte teor: “Viola a cláusula de reserva de plenário [CRFB, art.

³⁰ Idem.

³¹ BRASIL. Constituição [1988]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 10.

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”.

A Súmula 10 do Supremo Tribunal Federal tem objetivos bem definidos: primeiro, a determinação para que seja respeitada a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade de uma norma; segundo, a de que no ordenamento jurídico brasileiro a negativa de vigência de uma lei só pode ocorrer mediante a declaração jurisdicional de inconstitucionalidade em controle de constitucionalidade.

Significa dizer, portanto, que o ato inconstitucional, não sendo declarado como tal pelo Tribunal constitucionalmente habilitado, deve continuar a gerar seus efeitos.

Sobre o tema, são esclarecedoras as ponderações apresentadas por Lucécia Martins Soares³³. Confira-se:

[...] se o Poder Executivo teria a faculdade de descumprir lei por ele reputada inconstitucional –, vários são os problemas que daí emergem. O raciocínio, caso aplicássemos o silogismo lógico, seria o que segue: se à Administração só é permitido fazer ou deixar de fazer o que está expressamente autorizado por lei, se é próprio da sua função emitir comandos complementares à lei, como seria possível desta se distanciar para, inclusive, questionar acerca de sua constitucionalidade?

A maior parte dos doutrinadores que sobre o assunto já se manifestaram e que defendem a possibilidade do descumprimento de norma inconstitucional pelo Poder Executivo sustenta suas teses na hierarquia existente entre a Constituição e o texto de lei infraconstitucional. [...]. Alguns autores resolvem diferentemente o caso, alegando que o Poder Executivo deve pressupor a constitucionalidade da lei, até que o Poder Judiciário a negue. Tal solução não satisfaz, porque se o Presidente da República reconhece a existência da contradição entre a lei fundamental e o projeto de lei ordinária, deve aplicar a primeira, sob pena de admitir sua derrogação pela segunda, o que é inconcebível nos países de constituição rígida. Usará, pois, do poder de vetar os projetos, que lhe confere a Constituição, no art. 81, IV.

³³ SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. RT 2002, n. 39.

[...]

Se na prática o descumprimento sempre foi aceito, não tanto por sua justificativa jurídica, mas sim pela pragmática, agora o ordenamento jurídico passou a prever uma solução para se resolver o problema sem se colocarem em risco o Estado de direito e a separação dos poderes, qual seja: a proposição de ação direta de inconstitucionalidade para ver retirada do sistema jurídico uma lei reputada inconstitucional, mas pelo órgão competente para fazê-lo.

Enfim, é oportuno o registro feito pelo professor André Ramos Tavares³⁴ sobre a evolução histórica da prerrogativa do Executivo em negar cumprimento à normal legal quando constata a sua inconstitucionalidade:

Na evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil, uma argumentação contrária à aceitação do controle de constitucionalidade pelo Executivo, fora do Judiciário, passou a firmar-se após a EC 16/65, justamente porque a partir desta ter-se-ia uma tarefa específica e exclusiva nesse sentido, atribuída ao S.T.F.. Posteriormente, passou-se a admitir o controle pelo Executivo, especialmente porque a legitimidade para alcançar o S.T.F. era apenas do Procurador-Geral da República, o que não permitia a adoção dessa medida pelo Executivo. Por fim, com a Constituição de 1988, volta-se, em geral, às teses mais restritivas, exatamente pelo alargamento de legitimidade ativa que esta promove, ao admitir o Chefe do Executivo federal e dos Executivos estaduais [...]

Conclusão

Como se vê, a controvérsia sobre a licitude do comportamento do Chefe do Poder Executivo em recusar a aplicação de uma lei sem o prévio reconhecimento jurisdicional de sua inconstitucionalidade ainda está longe de ser apaziguada. Em alguns momentos, pode-se verificar que o fundamento

³⁴ TAVARES, André Ramos. **O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo**. Boletim do Legislativo, v. 40, p. 460-468, 2008.

tanto para o cumprimento como para o descumprimento das normas legais é o mesmo, variando o entendimento das correntes doutrinárias expostas de acordo com a óptica de suas premissas.

No entanto, o que importa é a compreensão da Constituição como norma fundamental, de observância obrigatória por todos os agentes públicos e por todos os entes da Federação.

É evidente que as normas infraconstitucionais não podem estar em desarmonia com os valores e as disposições da Carta Magna. Mas essa conclusão não autoriza o Chefe do Executivo, a seu talante, negar a aplicação de uma norma legal.

Se antes da Constituição da República, de 1988, era admissível ao gestor público, sem qualquer embaraço, negar o cumprimento de uma lei, após a Constituição de 88, essa prerrogativa passou a sofrer questionamentos quanto ao seu cabimento.

De toda sorte, a postura majoritária, no âmbito da doutrina e da jurisprudência, ainda é pela possibilidade de o Chefe do Executivo recusar a aplicação de uma lei se entendê-la como inconstitucional e isso sem a prévia manifestação judicial. Ao agir dessa maneira, pensa essa corrente [majoritária] estar garantindo a eficácia e a efetividade das normas constitucionais e da própria segurança jurídica.

Em arremate, é oportuno transcrever a citação feita por Elival da Silva Ramos³⁵ que, de certa forma, atende, como “meio termo”, às duas correntes doutrinárias sobre o tema, *verbis*:

Nessas hipóteses, parece-nos razoável admitir que o Chefe do Executivo pode recusar-se a cumprir a lei *sub judice* apenas até o julgamento do pedido de medida cautelar, por ele próprio formulado. Se o Pretório Excelso acolher o pedido, a execução da lei doravante estará suspensa por força de concessão da medida cautelar, com eficácia *erga omnes*. Se ao contrário, o rejeitar, estará recusando o

³⁵ RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994, 237.

fumus boni iuris da arguição ou os danos que a execução temporária da lei possa provocar (*periculum in mora*), juízo esse que deve ser acatado pelo Chefe do Poder Executivo requerente.

Como se vê, a proposta de que somente em situações realmente excepcionais, a exemplo do entendimento defendido pela doutrina lusitana, como no caso de uma lei com flagrante e incontestável vício de iniciativa, é que se poderia admitir a recusa ao seu cumprimento, e isso durante o período entre o ajuizamento da ação constitucional e a resposta, ainda que cautelar, do Judiciário. Enquanto não proposta a ação, o dever do gestor público máximo e dos demais agentes públicos seria pelo cumprimento da norma.

Tem-se, enfim e em conclusão, que diante do atual panorama constitucional, o cumprimento ou não de uma norma legal, com suspeita de vício de inconstitucionalidade, deve, como regra, ficar a cargo do Poder Judiciário.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direito Fundamentais..** Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Flávio da Silva. Sobre a possibilidade de controle de constitucionalidade de lei pelo Poder Executivo. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 6-11, jan./mar. 2011.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. Editora Saraiva, 3. ed.

BARROSO, Luís Roberto. **30 controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Celso. O controle judicial da constitucionalidade das leis e atos normativos municipais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 10, 1977.

BATISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINEMBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. **O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. 2.ed. Rio de Janeiro:Forense, 1968.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei Federal nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

BRASIL. Lei Federal nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º art. 102 da Constituição Federal.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 10.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. REP. nº 980/SP – REPRESENTAÇÃO. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: 21 nov. 1979.

CAMPOS, Francisco. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1945.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CAVALVANTI, Themístocles Brandão. **Do Controle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

COOK JUNIOR, Peter John Arrowsmith. A Recusa a aplicação de lei pelo Executivo, sob o juízo de inconstitucionalidade. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34, n. 136, p. 355-359, out./dez. 1997.

DUARTE, Sara Meinberg Schmidt de Andrade. **Possibilidade de os Estados-membros editarem, no âmbito da competência legislativa concorrente, lei que afronte normas gerais nacionais que estejam em desconformidade com a Constituição da República, ainda que a inconstitucionalidade das normas gerais não tenha sido reconhecida pelo Poder Judiciário.** Minas Gerais. 2003. 36-37 f. Monografia (especialização em Poder Legislativo) – Instituto de Educação Continuada, Pontifícia Universidade Católica.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação sistemática do Direito.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Ana Cláudia Nascimento. **O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito Português e no Direito Brasileiro.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HÄRBELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editor Sérgio Antônio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 7. ed. São Paulo: Atual, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro.** 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Cristiana de Santis Mendes de Farias. **O Poder Executivo e o Descumprimento de Leis Inconstitucionais: uma Breve Análise dos Argumentos Desfavoráveis.** Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/798/667>>. Acessado em 07.jul.2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, Estudos de Direito Constitucional**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 2. ed., São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Altas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 3. ed., São Paulo: Editora Método, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. **A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SAMPAIO, J. A. L. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Daniela Saraiva Lacerda. O Princípio da Proporcionalidade. In: PEIXINHO, Manoel Messias e outros (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SOARES, Lucécia Martins. Poder Executivo e Inconstitucionalidade de Leis. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Revista dos Tribunais, 2002, n. 39.

TÁCITO, Caio. Anulação de leis inconstitucionais: parecer. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 64, p. 366, abr./jun.1961.

TAVARES, André Ramos. O tratamento da Lei Inconstitucional pelo Poder Executivo. **Boletim do Legislativo**, v. 40, p. 460-468, 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade: conforme as Leis nº 9.868 de 10/11/99 e nº 9.882 de 03/12/99**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

XAVIER, Alberto. **Princípios do processo administrativo e judicial tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

As Guardas Municipais e o Poder de Polícia sob a Ótica do Estado de Direito e da Constituição Federal

Marilda Watanabe de Mendonça¹

O Estado de Direito e o poder de polícia

O poder de polícia das Guardas Municipais há muito vem sendo discutido pela sociedade, mormente no meio jurídico, entre os profissionais que trabalham diretamente com questões atinentes à segurança.

Destaque-se que em capitais com dimensões metropolitanas, mais do que a discussão neste âmbito, há todo um clamor social por segurança.² A mídia noticia diariamente fatos que evidenciam uma crise no setor, em face de sua estreita relação com direitos fundamentais como a vida e a integridade física da população. Há, pois, a necessidade de uma análise científica sobre a questão.

Toma-se, então, como ponto de partida para este estudo, o exercício do poder de polícia à luz do Estado Democrático de Direito. Assim,

¹ Pós-graduada em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional, mestranda em Direito, Procuradora do Estado de São Paulo, Consultora Jurídica da Secretaria do Estado da Administração Penitenciária, São Paulo, Brasil.

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000. Afirma o autor sobre o direito à segurança: “[...] O direito à incolumidade físico-psíquica e mesmo à liberdade e locomoção é o aspecto central no sentido de delimitar o direito de a pessoa humana estar num estado, qualidade ou condição de segurança [...]” (p. 28).

destacam-se entre os seus alicerces: a submissão do administrador público à legalidade e a proteção dos direitos fundamentais.

A legalidade, como limitação de poder mediante a lei, é dimensão essencial do Estado de Direito, porque vincula toda e qualquer atividade à previsão legal. Canotilho,³ nessa esteira, afirma que o princípio da legalidade dá sentido às afirmações correntes de que o “governo é um governo de leis e não de homens”, “ninguém está acima da lei”, mormente porque esta reflete a vontade comunitária, por meio de um Legislativo, organizado e escolhido legitimamente, por um processo eleitoral, previsto na Constituição.⁴

Importante ressaltar que o império da lei deve ser entendido como dimensão essencial do Estado de Direito, no sentido de que o poder político não é livre, mas subordinado ao direito, em especial a uma Constituição, pois atua por meio dela, e todas as demais normas devem ser informadas pela ideia de direito. Por isso, a atuação mediante a lei comporta a noção de que “só quem tenha competência previamente definida por regras jurídicas está apto, num qualquer Estado de Direito, a desempenhar funções, com o selo de autoridade pública”.⁵ Por conseguinte, todo o exercício decorrente do poder de polícia se curva à legalidade.

De outro lado, não menos importante ao Estado de Direito, são os direitos fundamentais. Destaque-se que nossa Carta Constitucional elenca um longo catálogo de tal espécie de direitos, impondo também à Administração Pública sua velada observância, mesmo porque integram o

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 22.

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 22.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Disponível em <http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>. Consulta em 15/03/2011, p. 18.

núcleo fundamental da Constituição, *ex-vi* do disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV.

Poder de polícia: conceito e evolução

Ultrapassadas tais considerações, é de relevo a lição da administrativista Maria Sylvania Zanella Di Pietro,⁶ que, com a clareza que lhe é peculiar, afirma sobre a evolução do poder de polícia e seu conceito:

[...] Num primeiro momento o Estado de Direito desenvolveu-se baseado nos princípios do **liberalismo**, em que a preocupação era a de assegurar ao indivíduo uma série de direitos subjetivos, dentre os quais a liberdade. [...] A regra era o livre exercício dos direitos individuais amplamente assegurados [...] a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a **ordem pública**. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a transformar-se em Estado intervencionista; a sua atuação não se limita mais à segurança e passa a se estender também à ordem econômica e social [...].

Pelo conceito moderno, adotado no direito brasileiro, o poder de polícia é a atividade do Estado que consiste em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.⁷ Este, por sua vez, diz respeito aos mais variados setores da sociedade, tais como segurança, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102-104.

⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 995. Afirma o autor sobre o tema: “[...] Realmente é o poder de polícia, em uma primeira imagem, um ‘mecanismo de frenagem’ que é inerente à Administração, para que, em nome da harmonização do exercício de direitos e interesse público contenha os abusos do direito individual, detendo a atividade do particular que se revelar prejudicial ao bem-estar social e à tranquilidade do cidadão [...]” (p. 995).

Dai a divisão da polícia administrativa em vários ramos de atuação: polícia de segurança, das florestas, das águas, de trânsito, sanitária⁸ etc.

Dessa forma, o poder de polícia se estende de acordo com o ramo de atuação de cada atividade, em razão da conveniência da organização administrativa, ressaltando-se que esta divisão tem um valor mais didático do que prático, em face da amplitude que reveste o tema.

Ainda sobre o assunto, são as considerações de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:⁹

[...] O poder de polícia é a mais antiga das manifestações administrativas das organizações políticas. Surgiu para assegurar um mínimo de ordem que permitisse a convivência tranquila e produtiva do corpo social e suas primeiras manifestações dirigiram-se à manutenção da ordem pública através de ações de segurança pública [...].

A evolução do Estado estendeu o poder de polícia à proteção de outros valores, sempre que o exercício de atividades individuais pudesse vir comprometer interesses públicos que, com o aperfeiçoamento do direito, passaram a ser legalmente definidos e protegidos.

Operada a conceituação de poder de polícia e ressaltando que o principal fundamento de sua existência é o princípio da supremacia do interesse público, é conveniente destacar que o seu exercício se dá tanto em âmbito de Poder Legislativo como de Executivo.

É nesse sentido, por exemplo, que a Administração Pública regulamenta as leis e controla sua aplicação preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou com a adoção de “medidas repressivas, tais como: dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias, aplicação de multas etc., sempre com o escopo

⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1003.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997, p. 300-301.

de coagir o infrator a cumprir a lei. Assim, constata-se que é inserida, no exercício do poder de polícia, a limitação¹⁰ ao exercício de algum ou alguns direitos individuais, restrição esta que tem sua legitimidade vinculada ao princípio da legalidade, ao sistema de direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana.¹¹

A doutrina,¹² costumeiramente, ensina que existem duas espécies de poder de polícia: administrativa e judiciária. A primeira tem caráter eminentemente preventivo e a segunda, ao reverso, tem sua ação focada em atos de repressão, não no sentido de aplicação de penas, mas auxiliando o Judiciário neste mister.

Sobre essa questão, constam das considerações de Edmir Netto de Araújo:¹³

¹⁰ FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C.B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais**: positivação e concretização. Osasco: Edifício, 2006. Afirma a autora sobre o tema: “[...] Não há regra geral específica sobre as limitações e as restrições aos direitos fundamentais que, em nosso sistema, como em qualquer outro, não são absolutos. Os limites e as restrições, quando não decorrem da norma específica definidora de determinado direito são, em regra, deduzidos dos princípios que regem o ‘sistema constitucional dos direitos fundamentais’ (princípio da legalidade, com a reserva absoluta ou a proibição de legislação restritiva, princípio da igualdade etc.)” (p. 172).

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Afirma o autor sobre o tema: “[...] A dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como elemento integrante e irrenunciável da natureza da pessoa humana, é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente [...]” (p. 100-101).

¹² ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1003. DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 105-106.

¹³ ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1000.

[...] É costume asseverar-se que a distinção entre polícia administrativa e polícia judiciária reside exatamente, como visto, no caráter preventivo da primeira e na característica repressiva da segunda, pois a polícia administrativa objetivaria impedir ações antissociais e a polícia judiciária punir e reprimir os infratores da lei criminal, sendo que esta, não raro, ainda acumularia as duas funções.

[...]

Não obstante, outras diferenças são apontadas nessas atividades: se a polícia administrativa se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais e a polícia judiciária se preordena a responsabilizar os violadores da ordem jurídica, a primeira se rege pelas normas administrativas e a segunda, pela legislação penal e processual penal: em consequência, a primeira incide sobre bens, direitos ou atividades, e a segunda, sobre pessoas [...]

O exercício desse poder é decorrência da obrigação estatal em executar suas leis, impondo restrições aos direitos individuais em benefício do bem comum, pois “como a convivência harmônica reclama a preservação dos direitos e garantias fundamentais, é necessário existir uma atividade constante de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas”.¹⁴

O estudo do poder de polícia, sob essa ótica, é objeto de análise do direito administrativo da segurança. Sobre o tema, faz-se referência a Diogo de Figueiredo Moreira Neto:¹⁵

[...] A segurança, sem dúvida, além de ser a mais antiga preocupação e responsabilidade do Estado, é o mais vasto campo de sua atuação e até condição para atendimento das demais.

Podemos considerá-la como atividade destinada a manter a ordem social, referida às pessoas, bens e instituições sociais em geral, e a ordem jurídica, referida ao Estado e suas instituições.

Para garantir todos esses valores, o Estado atua através de seus três Poderes: legislando, executando administrativamente sua vontade através do Poder de Polícia e julgando os infratores para aplicar-lhes sanções penais.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1188.

¹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997, p. 300 e 312-317.

[...]

As organizações policiais de todos os graus federativos – Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis Estaduais e Polícias Militares Estaduais – incluem entre suas funções, atribuições de vigilância, isso além de outras organizações, que se destinam a funções de vigilância setorial ou local como as Guardas Municipais, Judiciárias, Legislativas e as de estabelecimentos públicos.

[...]

No plano estadual, as atribuições de vigilância se concentram nas Secretarias de Segurança Pública, seus desdobramentos ou congêneres, que congregam as corporações que atendem aos vários aspectos e missões de segurança: Polícia Civil, Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, onde exista.

No plano municipal, as atribuições de vigilância se restringem à segurança patrimonial de seus bens, serviços e instalações.

[...]

Falhando a prevenção, entra em ação o mecanismo repressivo do Estado. A repressão policial, de que ora se tratará, poderá consistir ou na ação direta e imediata contra o indivíduo, dispersando multidões, dissolvendo aglomerações e prendendo em flagrante delito, ou na ação preparatória da repressão judiciária [...].

Poder de polícia de segurança e as guardas municipais

Nessa linha, o Estado tem poder de polícia de segurança, que se caracteriza, dentre outros, pelo poder de prevenção e repressão interna, cujos principais atores são as organizações policiais do Estado, já que a repressão externa é incumbência precípua das Forças Armadas e da Diplomacia.

Diante da importância da matéria, o constituinte originário tratou de sistematizá-la, indicando os órgãos ligados à segurança, quais sejam, a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, a Polícia Ferroviária Federal, a Polícia Civil e a Polícia Militar e Corpo de Bombeiros, conforme consta do artigo 144 e incisos da Constituição Federal de 1988. E continuando a disciplina da questão, os parágrafos do mesmo dispositivo, taxativamente, mencionam a missão e atribuição constitucional de cada um desses órgãos.

É mister ressaltar a exclusividade da Polícia Militar como órgão incumbido de policiamento ostensivo^{16 17} e preservação da ordem pública, constante do parágrafo 5º do dispositivo em comento. Trata-se, na realidade, de norma que visa impor apenas e tão somente a tal órgão esta espécie de poder de polícia.

Observe-se que, em momento algum, a Constituição Federal elencou as Guardas Municipais como órgão de segurança, portanto, impossível a concepção de uma “polícia municipal” nos mesmos moldes da Polícia Militar ou Polícia Civil. E a fim de afastar qualquer dúvida atinente a esta questão, o texto constitucional é taxativo ao facultar a criação das Guardas Municipais, que, necessariamente, têm como única atribuição a proteção dos bens, dos serviços e das instalações do Município, nos limites impostos pela lei, consoante dispõe o artigo 144, § 8º da Constituição vigente.¹⁸

¹⁶ Álvaro Lazzarini nos ensina: “No entender de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (“A segurança Pública na Constituição”, Brasília, **Revista de Informação Legislativa**, n. 109, p. 147-148), a política ostensiva, afirmei, é uma expressão nova, não só no texto constitucional, como na nomenclatura da especialidade. Foi adotada por dois motivos, o primeiro, já aludido, de estabelecer a exclusividade constitucional e, o segundo, para marcar a expansão da competência policial dos policiais militares, além do ‘policiamento ostensivo’ [...]” (p. 17). LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. **Revista Forense**, n. 316, 1991, p. 3-34.

¹⁷ Constituição do Estado de São Paulo: art. 141: “À polícia militar, órgão permanente, incumbe, além das atribuições definidas em lei, a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”.

¹⁸ GUEDES, Alexandre David de Souza. **A problemática da interferência das Guardas Municipais no Poder de Polícia da Polícia Militar**. Trabalho de conclusão de curso na Academia da Polícia Militar do Barro Branco. Adverte o autor: “No Estado de São Paulo, as guardas municipais foram contempladas em artigo da Constituição Estadual, inserido no capítulo destinado aos municípios [...]”.

Como se pode observar, as Guardas Municipais não possuem poder de polícia para realizar o policiamento ostensivo e preventivo da ordem pública, constituindo-se em meras guardas patrimoniais. Tal tarefa cabe somente à Polícia Militar, conforme o artigo 144, § 5º da Constituição Federal e Decreto-Lei Federal.

Isso ocorre em função da importância e do interesse nacional pela ordem pública. Esse interesse não é exclusivo do município e nem privativo da localidade. Se assim houvesse exclusividade, a administração local aniquilaria a autonomia de que faz praça a Constituição. Inexiste interesse municipal que não seja paralelamente o da União e dos

A propósito, vale mencionar a lição de Álvaro Lazzarini, no já citado artigo denominado *Segurança Pública e Aperfeiçoamento da Polícia no Brasil*, que coloca com precisão:

[...] A Constituição Federal prevê a criação facultativa de guardas municipais – não guarda civil, guarda noturna, denominações constitucionalmente desconhecidas – pelos municípios, “destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações” (art. 144, § 8º). Como se vê, não são funções da chamada Polícia Geral ou Polícia de Ordem Pública, embora suas missões integrem o universo de atividades da segurança pública, feitas de maneira ostensiva.

Entretanto, alguns dirigentes de guardas municipais, sob o pretexto de que, como se disse alhures, “há um clamor por maior segurança e que agora o município, elevado à condição de unidade federativa, pode considerar como de interesse local os assuntos relativos à ordem pública”, vem agindo de forma superposta às Polícias estaduais, fazendo tanto a prevenção como a repressão imediata de infrações penais.

Descarte-se, também, a possibilidade de se sustentar a existência de poder de polícia, com fundamento nos artigos 23, I e 30, I e V do texto constitucional, pois da interpretação de tais dispositivos, em momento algum, se extrai mensagem em tal sentido.

O primeiro comando integra o rol de competências comuns das pessoas políticas da Federação brasileira e deve ser compreendido como uma missão constitucional das partes.¹⁹ É certo, sem dúvida, que se trata de

Estados-membros, como não há interesse regional ou nacional, que não ressoe nos municípios, como partes integrantes da Federação. Portanto, por uma questão orçamentária, as missões constitucionais que devem ser responsabilidade do município, são: saúde, educação, lazer etc. O legislador determinou que o policiamento ostensivo e preventivo fosse exclusividade dos Estados [...].”

¹⁹ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreira. **Um novo Pacto Federativo**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. Afirma a autora sobre o tema: “[...] ‘Competência comum’ é aquela que permite legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente com outros entes federativos de forma cumulativa, sem excluir a competência desses outros. Possui caráter geral e é cabível à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, como um instrumento para dar efetividade ao federalismo cooperativo. É o que se depreende do artigo 23 da Constituição Federal [...]. É de se salientar o aspecto de

norma que reflete o federalismo assimétrico,²⁰ pois se dentro de uma federação se convive com a diversidade (cultural, social, econômica), nada mais acertado do que a busca do equilíbrio e do cumprimento da norma pelos vários entes que integram a federação, porém o dispositivo não concede poder de polícia além dos limites fixados ao Município no artigo 142, § 8º da Constituição vigente.

Já o dispositivo do artigo 30, inciso I, expressamente resume o principal motivador da competência municipal: o interesse local. Entretanto, é preciso ressaltar que esta expressão é de difícil conceituação e não raras foram as vezes que a mais alta corte do Judiciário teve que atuar, assentando os casos práticos de exercício de competência municipal, em razão de interesse local.²¹ Não se discorda, neste passo, que a segurança pública também pode estar inserida neste conceito, entretanto, a interpretação do dispositivo em debate não nos permite afirmar categoricamente que o Município tem poder de polícia em moldes idênticos à Polícia Militar ou à Polícia Civil. Adverte Diógenes Gasparini²² sobre o tema:

realização de tarefas destinado às competências comuns. As matérias de competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, constantes do artigo 23, não revestem necessariamente a forma de ação legislativa, mas na maioria das vezes, a de atuação administrativa dos respectivos poderes [...]” (p. 229-230).

²⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Afirma o autor sobre o tema: “[...] O federalismo assimétrico, portanto, fundamenta-se na desigualdade jurídica e de competências entre as unidades federadas, mesmo que do mesmo nível. Trata-se de uma forma de organização federal contraposta ao federalismo homogeneizado do Estado Social, fundado no princípio da solidariedade [...]” (p. 168).

²¹ Nesse sentido, são exemplos: a) Súmula n. 645, sobre competência do Município para fixar horário de funcionamento de estabelecimento comercial; b) RE 432.789, rel. Min. Eros Grau, DJ 7/10/2005, que concede à lei municipal, com fulcro no interesse local, a competência para fixar o tempo máximo de espera em fila de banco; c) RE 387.990/SP, rel. Min. Carlos Velloso, determina que os serviços funerários tenham caráter municipal.

²² GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 47-48.

[...] em lugar da tradicional cláusula do “peculiar interesse”, configurada nas Constituições anteriores, o constituinte de 1988, preferiu a do interesse local sem, contudo, inovar no conteúdo. Sendo assim, o interesse local não é outra coisa senão aquele que prepondera, que sobressai quando confrontado com o do Estado-membro ou com o da União.

[...]

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem jurídica, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e a restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a questão da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do município, que transcendem suas fronteiras. Escapam, pois, do predominantemente municipal e determinam, em razão disso, outra ordem de competência a cujos integrantes cabem prestá-los [...].

Os princípios da máxima efetividade²³ da norma constitucional e da unidade da constituição²⁴ permitem envidar uma interpretação sistematizada dos artigos 23, I; 30, I e 144, § 8º do texto constitucional. Nesse sentido, o primeiro princípio impõe que, na aplicação das normas constitucionais, é necessário lhes emprestar o máximo de eficácia, enquanto, pela unidade da Constituição, as normas constitucionais estão inseridas em um sistema

²³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983. Afirma o autor sobre o tema: “[...] Deve assentar-se no postulado de que todas as normas constitucionais são verdadeiras normas jurídicas e desempenham uma função útil no ordenamento. A nenhuma pode-se dar uma interpretação que lhe retire ou diminua a razão de ser. Mais: a uma norma fundamental tem de ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê: a cada norma constitucional é preciso conferir, ligada a todas as outras normas, o máximo de capacidade de regulamentação [...]” (p. 229).

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. “[...] O princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex. princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio democrático e princípio socialista, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local etc.)” (p. 1148).

único a produzir efeitos, evitando contradições e impondo ao intérprete a harmonização de conflitos de normas.²⁵

Assim, haveria uma missão constitucional do Município no cumprimento das normas constitucionais e legais, com partilha de responsabilidades com os outros entes políticos da Federação e capacidade normativa com vistas ao interesse local. Observe-se a generalidade dos dispositivos do artigo 23, I e 30, I do texto constitucional. Incumbiriam, pois, ao Município, o cumprimento e o respeito à Constituição, fomentando, por exemplo, políticas públicas ligadas à saúde, à educação e à cultura, dando cumprimento, portanto, ao disposto no artigo 23, inciso II e V do texto constitucional e, se necessário fosse, seriam editadas normas legais, de cunho municipal, levando em consideração suas necessidades e realidades sociais. Trata-se de ações positivas, de cunho preventivo, que, sem dúvida alguma, refletiriam na segurança local, sem contar que a “mera presença nos locais designados, junto a logradouros públicos ou próprios municipais, prestar-se-á como força psicológica em prol da ordem, beneficiando assim, de forma indireta, os munícipes”.²⁶

Descarte-se, também, a inviabilidade de realização de convênios com fulcro na Lei nº 11.473, de 10 de maio de 2007, a qual organiza a Força Nacional de Segurança, em face do conteúdo do seu artigo 1º, que concede à União a possibilidade de estabelecer convênios com os Estados e o Distrito Federal²⁷ para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Além disso, reitere-se, existe a reserva constitucional da segurança pública aos

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7. ed., revista. São Paulo: Saraiva, p. 202.

²⁶ GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 48.

²⁷ Art. 1º da Lei n.º 11.473/2007: “A União poderá firmar convênio com os Estados e o Distrito Federal para executar atividades e serviços imprescindíveis à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

órgãos elencados no dispositivo do artigo 144, incisos I a V da Constituição vigente, restando ao Município, na pessoa das Guardas Municipais, apenas as atribuições de vigilância e segurança do seu patrimônio.

A propósito, ressaltem-se as considerações de Diógenes Gasparini:²⁸

[...] Não havendo competência para agir do Município, não se tem como legitimar a atuação do seu “agente policial”, mesmo que aquele ou este queira a atribuição. Por essa razão, tem-se como correta a lição de Caio Tácito, assim oferecida: “Primeira condição de legalidade é a competência do agente. Não há, em Direito Administrativo, competência geral ou universal: a lei preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício da atribuição do cargo. Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador [...]”.

Portanto, repisada a competência das Guardas Municipais, é importante frisar que a atuação de tais Corporações em descompasso com o dispositivo do artigo 144, § 8º da Constituição Federal de 1988, em alguns casos, pode dar ensejo à nulidade de prova em sede de processo penal, uma vez que certas condutas são praticadas com excesso e não estão previstas em lei, a exemplo das revistas pessoais,²⁹ pois tudo o que excede à lei é antijurídico e “expõe-se à anulação e pode tornar seu autor responsável

²⁸ GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, n. 671, p. 49.

²⁹ TACRIM – 4ª Câmara Apelação n. 1.270.983-9-Santos-SP; Rel. Juiz Marco Nahum; j. 18/9/2001. Votação Unânime. Consta do acórdão: “[...] Assim, a prova obtida por meio da revista pessoal realizada pelo guarda municipal seria ilegítima, contaminando tudo que dela derivou, conforme entendimento do STF [...]. Além disso, é de se considerar que a ideia de um guarda municipal passar a ter direito à revista pessoal de todo cidadão sobre o qual paire desconfiança, constitui, acima de tudo, ‘prova eticamente inadmissível’ [...]. Basta isto para se concluir que o ‘excesso de função’ praticado pelo guarda municipal não está justificado pela descoberta do porte ilegal de arma. A ilegalidade do ato praticado, além de eticamente inadmissível, não se transmuda em ato lícito, ainda que em detrimento da apuração da verdade, porque ofende um direito fundamental da pessoa humana, valor que, proporcionalmente, se sobrepõe ao interesse da sociedade no combate ao crime [...]”. Disponível em <<http://brs.aasp.org.br/netacgi/nph-brs.exe?d=AASP&f=G&l=20&p=6&r=16&s1=il%EDcita&s2=&u=/netahtml/aasp/aasp1.asp>>. Acesso em 12/04/2011.

disciplinar, civil e criminalmente”.³⁰ Restam excetuadas as prisões em flagrante efetuadas pelos agentes de tal corporação, ante a literalidade do artigo 301 do Código de Processo Penal, que autoriza qualquer um a efetuar prisão em flagrante.³¹

Por último, ressalte-se que tem sido afastada a tese de cometimento de crime de usurpação de função pública, tipificado no artigo 328 do Código Penal, tendo em vista que o sujeito ativo da conduta deve ser o particular, segundo a jurisprudência majoritária.³²

³⁰ GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 48.

³¹ HC 109592/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 18/02/2010, publicado em DJe 29/03/2010: “Ementa: [...] Embora a Guarda Municipal não possua a atribuição de polícia ostensiva, mas apenas aquelas previstas no art. 144, § 8º da Constituição da República, sendo o delito de natureza permanente, pode ela efetuar a prisão em flagrante e a apreensão de objetos do crime que se encontrem na posse do agente infrator, nos termos do art. 301 do CPP [...]”. No mesmo sentido: HC 129932/SP HABEAS – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgamento em 15/12/2009, publicado em DJE 01.02.2010. CORPUS 2009/0035533 “PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. GUARDA MUNICIPAL. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA. ART. 301 DO CPP. ORDEM DENEGADA. 1. A prisão em flagrante efetuada pela Guarda Municipal, ainda que não esteja inserida no rol das suas atribuições constitucionais (art. 144, § 8º, da CF), constitui ato legal, em proteção à segurança social. 2. Se a qualquer do povo é permitido prender quem quer que esteja em flagrante delito, não há falar em proibição ao guarda municipal de proceder à prisão. 3. Eventual irregularidade praticada na fase pré-processual não tem o condão de inquirir de nulidade a ação penal, se observadas as garantias do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, restando, portanto, legítima a sentença condenatória. 4. Ordem denegada.” <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>>. Acesso em 04/04/2011.

³² CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – Usurpação de função pública – Prática por funcionário público da Guarda Municipal – Não tipificação – Funções, ademais, que se aproximam das funções da Polícia Militar – Recurso de ‘habeas corpus’ provido para o trancamento do inquérito policial. Voto vencido. O crime de usurpação pública está inscrito no Código Penal entre os ‘Crimes praticados por particular contra a Administração em Geral’, não sendo tipificado quando o agente é funcionário da própria administração, salvo se em atividade de tal forma gritantemente anômala, que o faça igual ao particular intruso.” (RT 507/357, no mesmo sentido: RT 687/305, 390/283, 725/680-I, 490/283 etc.). Entretanto, ressalve-se a existência de posição em sentido contrário, conforme se pode observar do seguinte julgado: “O crime de usurpação de função pública não é de natureza funcional, desde que, na previsão do art. 328 do CP, praticado por particular contra a Administração. Mas pode ser cometido por funcionário público – ou assemelhado – que atue dolosamente além dos limites de sua função, comprometendo, assim, o prestígio e o decoro do serviço público” (RT 637/276).

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que: i) dentre os órgãos que detêm poder de polícia e exercitam a segurança, não foi incluída a Guarda Municipal; ii) o poder de polícia preventivo e ostensivo é atributo típico e exclusivo das Polícias Militares, por força do comando constitucional do artigo 142, § 5º; iii) as Guardas Municipais têm atribuição constitucional de guarda patrimonial, nos termos do parágrafo 8º do artigo 142, não sendo cabível interpretação extensiva de forma a abranger outras atribuições, sob pena de burla à Constituição; iv) não é possível, em vista da literalidade dos dispositivos em menção, bem como em razão de alguns princípios que norteiam a interpretação constitucional, afirmar que o Município deteria poder de policiamento ostensivo, em face do interesse local que lhe foi atribuído e o dever de cumprimento da Constituição; v) não é possível, do ponto de vista constitucional, a celebração de convênios com fulcro na Lei nº 11.473/2007, para o fim de conceder poder de polícia às Guardas Municipais, nos mesmos moldes da Polícia Militar.

Referências

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed, revista. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Site <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Consulta em 15/03/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GASPARINI, Diógenes. As guardas municipais na Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, n. 671, p. 47-53.

GUEDES, Alexandre David de Sousa. A problemática da interferência das Guardas Municipais no Poder de Polícia da Polícia Militar. Monografia de Conclusão de Curso da Academia da Polícia Militar do Barro Branco, 2009.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Aspectos da positivação dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: BITTAR, Eduardo C.B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. Osasco: Edifício, 2006.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito de antena em face do Direito Ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAZZARINI, Álvaro. Segurança Pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. **Revista Forense**, n. 316, 1991, p. 3-34.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1983.

MORBIDELLI, Janice H.F. **Um novo Pacto Federativo**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Forense, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A Contratação de Serviços Complexos pela Administração Pública

Carlos Alexandre Dias da Silva¹

Introdução

A ideia central da Análise Econômica do Direito é **forçar um novo estilo de pensamento**, sob um ponto de vista diverso do pensamento dogmático e exegético vigente, que é baseado na ideia de autossuficiência da ordem jurídica.

Enquanto os juristas veem as normas como uma técnica de resolução de conflitos, analisando os problemas a partir do resultado das condutas (*ex post*), os economistas observam *as normas como incentivos*, analisando possíveis condutas das pessoas em relação ao incentivo criado (*ex ante*), sob a premissa de que as pessoas tendem a maximizar os seus resultados, produzindo soluções eficientes.

A concentração da Análise Econômica do Direito no fator eficiência é apenas uma questão de metodologia, caracterizada pelo uso das ferramentas da teoria microeconômica que o tema tratado (vantajosidade nas contratações públicas) propõe, não se tratando de uma proposição de que o princípio da eficiência é superior ao princípio da isonomia.

¹ Advogado, especialista em Direito Empresarial pela APEJ e em Direito da Economia e da Empresa pela ISAE/FGV, sócio do escritório Teixeira de Freitas, Dias da Silva e Advogados Associados em Curitiba, PR, Brasil.

Propomos no presente ensaio uma análise descritiva² acerca da Contratação de Serviços Complexos pela Administração Pública, procurando uma otimização da utilização das normas jurídicas atuais, a partir das teorias que analisam os problemas da assimetria de informações e atribuição de risco.³

Tema dominante na conjuntura jurídica mundial, a Análise Econômica do Direito começa a ganhar espaço no direito brasileiro, em especial no direito privado, entretanto a doutrina do direito administrativo ainda carece de estudos que explorem o seu conteúdo econômico, como o aqui proposto.

Economia dos Custos de Transação

Custos de Transação

A Teoria dos Custos de Transação faz parte de um ramo de pesquisa econômica conhecido como Nova Economia Institucional, este ramo se preocupa em analisar as instituições do capitalismo moderno, com especial referência às empresas, aos mercados e às relações contratuais, tendo o contrato como unidade básica de análise.

A ideia central deste movimento, traduzida no método denominado *Transaction Cost Approach*⁴, desenvolvido por um dos seus maiores

² A análise proposta é baseada nos conceitos trazidos pela *Nova Economia Institucional*, que ganhou força a partir dos estudos de Oliver Williamson, sobretudo em seu livro *The Economic Institutions of Capitalism*.

³ A economia analisa os contratos não só como mecanismo que permite a realização de intercâmbios (conceito jurídico clássico), mas também como instrumento que: a) permite a distribuição de riscos entre os contratantes; e b) que resolve problemas de eficiência, quando estamos diante de uma externalidade ou em um contexto de informação assimétrica.

⁴ Oliver Williamson explica que “*the proposed approach adopts a contracting orientation and maintains that any issue that can be formulated as a contracting problem can be investigated to advantage in transaction cost economizing terms*” (ob. cit., p. 17).

expoentes, Oliver Williamson⁵, ganhador do Prêmio Nobel de Economia, afirma que *o propósito principal das instituições do capitalismo (empresa, mercado e relações contratuais) é economizar em custos de transação*. Os custos de transação funcionam como a fricção nos sistemas mecânicos, o funcionamento das engrenagens de uma máquina cria fricção, os ganhos de produtividade dos equipamentos se obtêm com a redução do atrito, com a correta lubrificação das partes. A fricção no mundo econômico são os chamados custos de transação, sendo assim a eliminação dos atritos criados pelo custos de transação geram ganhos de eficiência no funcionamento do sistema econômico.

Investigam-se, então, as relações contratuais adotando-se ferramentas da microeconomia, com uma preocupação acentuada sobre o comportamento dos agentes econômicos e sobre a importância da correta especificação do objeto contratual (*asset specificity*).

Para a Teoria dos Custos de Transação, o controle da relação contratual é mais efetivo se realizado por meio do processo de aquisição (*ex ante*), pelo alinhamento prévio dos incentivos, que se realizado pela aplicação das regras legais de controle da execução do contrato (*ex post*).

Identificam-se os custos de transação *ex ante*, envolvidos em uma contratação, como sendo: a) de negociação; b) de confecção/discussão das cláusulas contratuais; e c) do estabelecimento de garantias do cumprimento do contrato.

Já os custos *ex post* tomam a forma de: a) custos de adaptação, pela inadequação dos termos do contrato; b) esforço bilateral na correção dos

O Autor enumera as vantagens da Teoria dos Custos de Transação (*transaction cost economics*), dentre as quais destacamos “[...] (1) is more microanalytic, (2) is more self-conscious about its behavioral assumptions, (3) introduces and develops the economic importance of asset specificity [...]” (ob. cit., p. 18).

⁵ Apesar de ser uma ferramenta de análise extremamente útil, Oliver Williamson deixa claro que *a Economia dos Custos de Transação é uma análise limitada*, por ainda ser uma disciplina incipiente e incompleta (com modelos de análise ainda primitivos). A Economia dos Custos de Transação é apenas um instrumento útil de análise das diferenças de performance econômica entre institutos.

desalinhamentos (desvios de rota); e c) custo de organização da estrutura necessária para a fiscalização da execução do contrato.

Oliver Williamson ilustra bem o que seriam os custos *ex post*. Imagine um contrato em que se estipula a prestação *x*, mas posteriormente constata-se que o melhor para as partes seria a prestação *y*. Chegar do *x* ao *y* não é fácil. A maneira como os benefícios da alteração serão divididos entre as partes irá fomentar uma disputa intensa, em busca de proteção do próprio interesse, sendo mais comum que as partes cheguem a uma adaptação imperfeita ou incompleta, não atingindo o *y*, mas apenas um *y'*.

O objetivo da criação de incentivos de alinhamento na fase negocial (*ex ante*) não visa somente resolver conflitos durante o processo de execução do contrato, mas também visa reconhecer, previamente, os potenciais pontos de conflito e planejar uma estrutura de gestão que previna a sua ocorrência ou atenuar os seus efeitos.

O Mundo dos Contratos

A Teoria dos Custos de Transação parte do pressuposto de que o comportamento humano não é integralmente racional. A atuação dos agentes econômicos é intencionalmente racional, mas apenas de forma limitada e sujeita a atitudes oportunistas (que podemos definir como a busca do interesse pessoal).

Nesse contexto de limitação de racionalidade, os custos de planejamento, adaptação e monitoramento dos contratos devem ser expressamente considerados em um processo de contratação. A dimensão mais crítica desta falta de racionalidade encontra-se no ambiente de negociações complexas, que possuem um objeto muito específico. Isto porque, a incerteza sempre estará presente em negócios não triviais, pois o planejamento será necessariamente incompleto (pela limitação de racionalidade inerente aos seres humanos) e os compromissos assumidos poderão ser descumpridos (por comportamentos oportunistas). Além disso, as possibilidades de competição são reduzidas, visto que as qualidades

intrínsecas dos contratantes (expertises) são importantes (por causa da especificidade do objeto).

Os contratos complexos devem, então, ser analisados como o mundo do controle (da organização estrutural) e não da competição (elemento que garante a eficiência no processo de aquisição de produtos padronizados). Uma contratação complexa deve ser organizada de maneira a economizar em um ambiente de racionalidade limitada, enquanto simultaneamente se levantam garantias contra comportamentos oportunistas.

Vale ressaltar que comportamentos oportunistas raramente envolvem mentiras, roubo ou trapagens. Geralmente, *o oportunismo está vinculado ao fornecimento de informações incompletas ou distorcidas*, gerando uma situação de assimetria de informação entre os contratantes. Nesse contexto, (a) a definição precisa do objeto; (b) a fixação da estrutura de gestão do contrato; (c) a eleição das garantias contratuais; e (d) a formação do preço são elementos totalmente interativos, devendo ser determinados simultaneamente.

Surge, então, a principal lição da Teoria dos Custos de Transação: *contratos que estão sujeitos à oportunismo ex post se beneficiarão de garantias apropriadas negociadas ex ante*. O contrato deve ser pensado como um todo, pois os termos negociais e a maneira como o contrato será gerido variam de acordo com as características do objeto e dos investimentos que o cumprimento do contrato exigem.

A Etapa de Seleção do Contratado

Os Tipos de Licitação Pública

Como nos esclarece Celso Antonio Bandeira de Melo⁶, a lei denomina Tipos de licitação ao que são na verdade “os distintos critérios *fundamentais* de julgamento por ela estabelecidos” [grifo no original].

⁶ In: **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed., p. 520. São Paulo: Malheiros, 2000.

Para entendermos os objetivos dos Tipos de licitação previstos em nosso sistema de licitações, devemos responder a uma questão, bem colocada por Steven L. Schooner⁷: *O que o Governo pretende atingir através do seu sistema de licitações?*

Podemos dividir estes objetivos em dois grupos⁸: a) um primeiro grupo preocupado com a vantajosidade da contratação, que trabalha com conceitos como competição, eficiência, satisfação, melhor valor e aversão a risco; e b) um outro grupo preocupado com a isonomia do procedimento, que busca a integridade e transparência do procedimento de contratação⁹.

Enquanto os problemas de isonomia são afeitos às Modalidades de licitação (Concorrência, Tomada de Preço, Convite, Leilão e Pregão), que estabelecem a estrutura do certame; *a preocupação ao selecionar o Tipo de licitação é com a vantajosidade*, ou como nos aponta Marçal Justen Filho¹⁰, com o enfoque de custo-benefício, pois “não bastam honestidade e boas intenções para a validação de atos administrativos. A eficácia impõe a adoção da solução mais conveniente e eficiente”.

⁷ In: Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law (disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620>, conforme acesso em 15.04.2011).

⁸ E que espelham os dois princípios básicos da licitação, esculpidos da regra do art. 3º da Lei n.º 8.666/93: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração [...]”.

⁹ Essa é uma representação do clássico *tradeoff* entre *eficiência* (que pode ser resumida como obter o máximo possível de um recurso) e *equidade* (que significa distribuir melhor os benefícios derivados da prosperidade econômica). Em uma analogia comumente empregada pelos economistas, *eficiência* representa o tamanho do bolo e a *equidade* o tamanho das fatias. Normalmente medidas que tentam conferir maior equidade ao sistema econômico tendem a tornar o sistema menos eficiente, ou seja, quando o governo tenta cortar as fatias em tamanhos mais iguais, o bolo fica menor. A legislação ambiental é um exemplo; ao proteger um bem comum (o meio ambiente), ela torna a empresa menos eficiente (com a redução da atividade poluente).

¹⁰ In: **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 314.

Os Tipos de licitação existentes em nosso sistema atual¹¹ podem ser divididos em dois grupos: a) um grupo que podemos chamar de *Melhor Preço*, grupo que abarca os Tipos “menor preço” e “maior lance”; e b) um grupo que chamaremos de *Melhor Valor*, que abrange os tipos “técnica e preço” e “melhor técnica”.

Apesar de nas licitações de *Melhor Preço* não se buscar simplesmente o menor valor nominal, pois também são consideradas outras características do objeto licitado – tais como o rendimento e condições de pagamento –, não existe uma preocupação nestes casos com a qualidade técnica da prestação que vá além de um limite mínimo aceitável, conforme critérios fixados no edital. São Tipos empregados “quando a necessidade estatal puder ser satisfeita por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica”, nas palavras de Marçal Justen Filho¹².

Já as licitações de *Melhor Valor* visam a uma prestação final em que ocorre uma ponderação entre qualidade e preço, ou seja, tenta-se obter “a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-

¹¹ Que segundo a Lei n.º 8.666/93 são:

a) menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço (art. 45, inciso I);

b) melhor técnica e de técnica e preço – serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46);

c) de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (art. 45, inciso IV).

¹² In: Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11.ed., p. 440. São Paulo: Dialética, 2005.

Marçal Justen Filho utiliza como exemplo a compra de cadeiras para escritório. Cumpridos os requisitos mínimos de ergonomia, durabilidade e conforto previstos no edital, a vencedora é a empresa que apresentar o menor preço.

financeiras dos gastos públicos”¹³, segundo critérios de seleção de qualidade fixados objetivamente pelo edital.

Em resumo, no primeiro grupo o interesse público se satisfaz com um produto que ofereça uma qualidade mínima, enquanto no segundo grupo almeja-se alcançar a máxima qualidade possível.

A escolha do Tipo adequado de licitação

Faz parte do senso comum que o leilão é o melhor método para se obter o preço mais vantajoso. Com a chegada ao rol das Modalidades de licitação da figura do Pregão (que adota como critério de seleção uma espécie de leilão reverso), esta crença passou a ser dominante no setor de contratações públicas.

Há uma tendência da Administração em confundir um sistema eficaz, com um sistema de resultados rápidos e (aparentemente) baratos. Entretanto, a rapidez do procedimento (em especial da modalidade de Pregão) pode produzir resultados indesejáveis. A eficiência do sistema deve ser medida pela sua capacidade de produzir a aquisição de produtos: a) de maior qualidade; b) com um preço competitivo; e c) evitando-se desperdícios.

Patrick Bajari, Steve Tadelis e Robert McMillan, no seu artigo *Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis*¹⁴ (Leilões versus Negociações em Aquisições: Uma Análise Empírica, em uma tradução livre), ao analisar os dados das contratações no setor público norte-americano, apontam para a impressionante cifra de 97% de contratações levadas a cabo por meio de leilões. A justificativa

¹³ Idem, *Ibidem*.

¹⁴ Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342360>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

apresentada pelos Autores parte da percepção geral de que os leilões são: a) procedimentos mais céleres e menos custosos; e b) previnem de maneira mais eficiente atos de corrupção e favorecimentos.

Mas os autores propõem que esta lógica não seja aplicada aos projetos de maior complexidade, apontando para o seu principal aspecto negativo: *a falta de insumos para o Licitante melhor analise a produto final a ser entregue, durante o estágio de formulação das propostas*; o que gera inevitáveis atritos durante a execução do contrato.

No seu artigo *Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts*¹⁵ (algo como, Incentivos versus Custos de Transação: Uma Teoria dos Contratos de Aquisição), Bajari e Tadelis chegam à conclusão de que normalmente o problema das aquisições se dá no ambiente pós-contratação, durante a fase de execução dos contratos (*ex post adaptations*), e não na fase de seleção do contratante (*ex ante screening*). Problemas na execução do contrato geram um alto custo de transação na discussão das adaptações necessárias, o que implica a discussão acerca da manutenção da equação econômica e financeira do contrato, ou seja, da conservação da relação de encargos e vantagens estabelecida no momento da contratação.

A conclusão que podemos alcançar é o indicativo de que os Tipos de licitação que envolvem o padrão Melhor Valor são mais eficientes em projetos complexos. O aprofundamento do conhecimento dos Licitantes sobre as características principais do projeto, já na fase de formulação das propostas (ex ante), minimiza a ocorrência de conflitos durante a execução contratual (ex post), visto que as falhas e incongruências do projeto básico e do orçamento já são expostas, debatidas e (em maior parte) solucionadas via procedimento de questionamentos e impugnações, ainda durante a fase inicial da licitação.

¹⁵ Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193121>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

Guhan Subramanian aponta, ainda, que existem certos itens ou características do produto/serviço a ser contratado que não são identificáveis apenas com uma análise do preço, que ele denomina *itens sem preço* (*non-price aspects*), tal como a qualidade. Ao fazer uma análise empírica dos processos de aquisições nas grandes empresas do setor privado americano, o autor nos apresenta que a febre dos leilões eletrônicos dominou os anos 1990, sendo que

durante a década seguinte, as empresas aprenderam, em geral da maneira mais difícil, que *os leilões não são a melhor forma de se comprar tudo*. Um problema que as empresas encontraram foi a dificuldade de identificar itens sem preço no processo de leilão eletrônico [...] como a qualidade. [grifamos]¹⁶

O professor de Harvard, então, identifica e setoriza as principais características envolvidas em um processo de aquisição, propondo um modelo de análise para que se determine a melhor forma de se moldar um processo aquisitivo. O modelo analisa o *Perfil dos Licitantes*, as características do *Ativo* a ser adquirido, o perfil do *Vendedor/Comprador* e o *Contexto* do negócio.

Com as devidas adaptações para o contexto das contratações públicas¹⁷, podemos construir o seguinte modelo de análise para se determinar o melhor Tipo de licitação a ser adotado:

Característica	Melhor Preço	Melhor Valor
Perfil do Licitante	Grande número de fornecedores	Grande diferença de qualidade entre fornecedores
Características do Ativo	Ativo bem especificado	Grande potencial de geração de valor pela interação das partes
Contexto	Velocidade é importante	Relacionamento é importante

Segundo o modelo proposto, temos que o uso dos Tipos de *Melhor Preço* deverá ser aplicado quando: a) existir um grande número de

¹⁶ In: **Negotiauctions**, p. 34. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

¹⁷ Nas Contratações Públicas, o Comprador sempre será a Administração Pública.

potenciais Licitantes; b) que possam fornecer um bem padronizado (*commodity*); c) em que a simplicidade e rapidez do certame sejam benéficas para a obtenção do menor preço.

Já os Tipos de *Melhor Valor* devem ser empregados em licitações: a) em que a qualidade do produto final for um aspecto relevante; b) que a obtenção deste produto se dê a partir de uma interação (em um contrato de execução futura ou continuada) entre Licitante e Administração Pública; c) em um contexto em que a experiência, habilidade e capacitação pessoal do Licitante seja determinante para o resultado final. A relação contratual formará uma parceria entre Administração Pública e empresa contratada, tendo como finalidade o atingimento da melhor solução técnica possível, para o objeto proposto na contratação. Nesses casos, a demora no processo licitatório será compensada pela maior solidez do projeto e certeza de sua melhor execução.

Em pesquisa realizada por Laura Carpineti, Gustavo Piga e Matteo Zanz junto às instituições responsáveis pelos processos de licitações em diferentes países¹⁸, temos uma demonstração empírica dos argumentos acima expostos. A conclusão inicial do estudo é que *o princípio da eficiência (efficient procurement practices) é a pedra fundamental das contratações públicas nas economias modernas*, tendo como objetivo principal a redução de atividades inúteis (*wasteful activities*).

Uma das principais características apontadas para o atingimento da eficiência é a execução dos contratos por fornecedores qualificados (*qualified suppliers*)¹⁹. Pelos levantamentos dos autores, mais da metade das

¹⁸ Constante do estudo *The Variety Of Procurement Practice: Evidence From Public Procurement*, disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896748>, conforme consulta realizada em 15.04.2011.

¹⁹ Para selecionar os participantes do certame, quase todos os países pesquisados impõem a comprovação de qualificação técnica e legal, tais como: a) capacidade financeira (comprovada através de demonstrativos contábeis ou bancários); b) garantias bancárias; c) certificados de qualidade; d) inexistência de processo falimentar; e) inexistência de débitos fiscais; f) qualificação técnica; g) qualificação legal para a execução do contrato (em atividades regulamentadas).

instituições dos países pesquisados requerem dos fornecedores o cumprimento de três a cinco parâmetros de qualificação para a participação em um certame licitatório. Os parâmetros variam segundo uma função entre: a) a natureza do produto/serviço adquirido; e b) o grau desejável de participação/competição no certame.

Quanto ao critério de seleção, os autores nos apontam a existência, em todos os países pesquisados, dos dois Tipos básicos encontrados nas licitações nacionais, que eles denominam “menor preço” (*lowest price*) e “proposta economicamente mais vantajosa” (*most economically advantageous tendering*), sendo que, nesta última, outros aspectos, além do preço, os chamados *non-price aspects*, também são levados em conta na seleção das propostas.

A pesquisa de campo realizada apontou que para a maioria das instituições *o preço não é suficiente para identificar a melhor oferta*, pois “there are other relevant aspects to be considered, usually characteristics of the item or additional related services that improve the overall quality of the supply”.

A ideia subjacente na conclusão dos autores do estudo já nos é conhecida: a) em contratações de maior complexidade, mais *atributos sem preço* são importantes no processo de avaliação das ofertas; b) sendo que as contratações pelo menor preço se encaixam melhor na aquisição de produtos cujo preço é o único fator relevante.²⁰

As licitações no Setor de Aerolevantamento e o exemplo paulista

No ano de 2010, foram lançados²¹ 83 Editais envolvendo serviços cartográficos. Se classificarmos estes Editais pelo Tipo de licitação,

²⁰ Idem, p. 11.

²¹ Segundo levantamento efetuado pela empresa Aeroimagem S.A. – Engenharia e Aerolevantamentos.

chegamos à constatação de que aproximadamente 80% dos Editais optaram pelo Tipo menor preço:

Tipo de Licitação	Quantidade
Técnica e Preço	16
Melhor Técnica	3
Menor Preço	64

Decompondo os Editais de menor preço, temos que foi utilizada apenas uma vez a modalidade de Concorrência (procedimento que força uma melhor análise *ex ante*, da qualificação técnica do contratado e do objeto contratual, mesmo para o mero preenchimento dos requisitos de capacidade técnica), contra 55 vezes da modalidade Pregão²² (em que a qualificação técnica se dá apenas após definido o preço vencedor).

As deturpações causadas pelo uso errático dos Tipos de licitação, na contratação de serviços de engenharia, acabam gerando: a) a compra de produtos e serviços de baixa qualidade técnica; e b) o desperdício de tempo e dinheiro com a reestruturação dos contratos, durante a sua execução²³.

A contratação via Pregão desfavorece uma mais acurada avaliação prévia do objeto licitado (*ex ante screening*), introduzindo uma assimetria de

²² A Modalidade de Pregão, segundo as “Orientações sobre licitações, contratos e convênios” (em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos>, conforme consulta realizada em 28.04.2011) do TCU – Tribunal de Contas da União, deveria ser utilizada para a aquisição de “bens e serviços comuns” que seriam caracterizáveis como “produtos cuja escolha pode ser feita tão somente com base nos preços ofertados, haja vista serem comparáveis entre si e não necessitarem de avaliação minuciosa”. O TCU nos dá exemplos do que podem ser considerados bens e serviços comuns: “caneta, lápis, borracha [...] confecção de chaves, manutenção de veículo, colocação de piso, troca de azulejos”.

²³ Como bem alerta Carlos Ari Sundfeld, “a proposta de valor mais baixo nem sempre é exequível pelo licitante, o que, nos contratos de execução futura ou continuada, conduz a graves prejuízos para o Estado. Realmente, se o contratado não puder cumprir o prometido, das duas uma: ou paralisará a execução, deixando desatendido o interesse público a meio do caminho; ou, por via de influências indevidas (aditamentos contratuais, aceitação de material de má qualidade, etc.), buscará compensar a perda inicial com ‘vantagens’ de outra ordem” (In: **Licitação e Contrato Administrativo**, 2. ed., p. 149).

informações que distorce o resultado do processo de contratação, criando um chamado “Mercado dos Limões”.

A teoria do mercado de limões, proposta pelo economista americano George Arkelof, defende que em um mercado de produtos com qualidades distintas e difíceis de serem comparadas *a priori*, como o mercado de automóveis usados, por exemplo, nos quais os compradores não detêm tanta informação sobre as características dos produtos quanto o vendedor; o preço dos produtos será o preço médio dos produtos de todas as qualidades, ponderando pela possibilidade de ocorrência de dita qualidade. Isso faz com que a quantidade de produtos de boa qualidade adquiridos (de maior preço) seja menor que a sua quantidade eficiente²⁴, já que a oferta será menor que a demanda, visto que o preço médio proposto não é vantajoso para quem vende um produto de qualidade.

Os economistas chamam esse fenômeno de *seleção adversa*, sendo que esta ineficiência resulta em uma situação em que se acaba *adquirindo mais produtos de menor qualidade, por um preço maior do que realmente valem*.

Lutando contra a adoção indiscriminada do Pregão, e seu impacto negativo na fixação do preço justo e na qualidade dos produtos e serviços complexos, o Estado de São Paulo editou o Decreto nº 56.656, de 22 de dezembro de 2010, que dispõe sobre as regras a serem observadas para a aprovação e contratação de projetos básicos de obras e serviços de engenharia e arquitetura.

²⁴ O nível eficiente de atividade para um produto é representado pelo ponto em que o Benefício Coletivo Marginal é igual ao Custo Coletivo Marginal. Para atingirmos este equilíbrio é preciso preencher quatro condições: a) o Benefício Coletivo Marginal deve ser igual ao Custo Individual Marginal (não existem externalidades positivas ou negativas no consumo); b) O Benefício Individual Marginal deve ser igual ao Preço do Produto; c) o Preço do Produto deve ser igual do Custo Individual Marginal; e d) o Custo Individual Marginal deve ser Igual do Custo Coletivo Marginal (não existem externalidades positivas ou negativas na produção). *Quando a oferta é igual à demanda para um produto específico, nós atingimos a chamada eficiência de Pareto.*

A preocupação central do Decreto paulista é com a utilização de uma boa técnica na gestão dos procedimentos licitatórios, estabelecendo que o processo de contratação deva ser obrigatoriamente instruído (art. 1º) com notas explicativas, estudos técnicos preliminares, memoriais descritivos, desenhos, elementos gráficos e especificações.

Com um perfil didático, o art. 3º do Decreto determina *a utilização dos Tipos de Melhor Valor* (melhor técnica e técnica e preço) *para a contratação de diversos tipos de serviço de engenharia* que enumera, dentre eles (inciso VI), os “levantamentos cartográficos aerofotogramétricos, topográficos e geodésicos e outros serviços congêneres”, sendo que, nesses casos, *os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório deverão ser maiores para as propostas técnicas do que para as propostas de preços*.

O Decreto utiliza-se corretamente da premissa de que a precisa definição do objeto (*ex ante screening*), já na fase preliminar da licitação, minimiza os problemas da fase de execução (*ex post adaptations*).

A Etapa de Execução do Contrato

Teoria Econômica do Contrato

Cooter e Ulen, em seu livro *Direito e Economia*²⁵, desenvolveram uma teoria contratual baseada na eficiência de Pareto (segundo a qual uma situação econômica é ótima se não for possível melhorar a situação um agente econômico, sem piorar a situação de qualquer outro agente).

Partindo do que chamam de um Jogo de Agência, eles apresentam os seis propósitos básicos do direito contratual:

1º. No Jogo de Agência, um jogador decide colocar um ativo valioso na mão do segundo jogador. Por exemplo, um investidor que deposita o seu

²⁵ México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

dinheiro em um banco. O segundo jogador tem duas alternativas, coopera com o primeiro jogador ou se apropria do ativo. A cooperação é produtiva, visto que os juros gerados pela aplicação do investimento, no exemplo acima, serão repartidos entre as partes (0,5;0,5). Já a apropriação é redistributiva, pois o segundo jogador se beneficia à custa do primeiro (1;-1). Como em jogos não cooperativos, um dos jogadores resta em posição pior que a inicial, este tipo de jogo é ineficiente.

Jogo de Agência sem Contrato:

Primeiro Jogador	Segundo Jogador		
		Cumprir	Descumprir
Jogador	Investir	0,5;0,5	1;-1
	Não Investir	0;0	0;0

Um contrato legalmente exigível (garantido o primeiro jogador contra a apropriação indevida) torna a situação proposta em um jogo cooperativo. Este é o *primeiro propósito do direito contratual: permitir que os indivíduos transformem jogos não cooperativos, em jogos cooperativos*, garantindo uma solução eficiente.

2º. Um contrato é exitoso se ele elimina as possibilidades da ocorrência de um comportamento oportunista, pois a eficiência requer que o cumprimento do contrato seja benéfico para ambas às partes contratantes. O *segundo propósito direito contratual é obter um compromisso ótimo de cumprimento*. A parte tem incentivo para cumprir o contratado quando a responsabilidade pelo descumprimento for igual ao benefício perdido pela outra parte (-0,5;0,5), em outras palavras, a parte tem incentivo eficiente para cumprir o contrato quando a responsabilidade pelo descumprimento internaliza os custos do descumprimento.

Jogo de Agência com Contrato:

Primeiro Jogador	Segundo Jogador		
		Cumprir	Descumprir
	Investir	0,5;0,5	-0,5;0,5
	Não Investir	0;0	0;0

3º. As perdas e os danos são o remédio mais comum para casos de descumprimento contratual, pois o pagamento perfeito das perdas e dos danos restabelece a parte inocente à mesma posição que teria desfrutado se a promessa se houve cumprido.

Entretanto, a fixação do valor da indenização normalmente é imperfeita, pela dificuldade de se medir a extensão do dano provocado. *O terceiro propósito do direito contratual é aumentar a confiança no cumprimento do compromisso assumido.* A confiança é grande quanto o cumprimento é seguro e pequena, quando o cumprimento é incerto.

4º. Os contratos implicam riscos. Quando um contrato não diz nada acerca de um risco, estamos diante de uma lacuna. As lacunas representam eventos que não se consideraram explicitamente em um contrato, mas que afetam as obrigações criadas por ele. Elas podem ser: a) inesperadas, fruto da álea do negócio; ou b) deliberadas, pois os riscos remotos não justificam o custo de negociar os termos de sua atribuição/repartição.

As partes devem escolher entre repartir os riscos *ex ante* ou atribuir a responsabilidades pelas perdas *ex post*. *O quarto propósito do direito contratual é minimizar os custos de transação nas negociações contratuais, mediante a previsão de formas eficientes de suprimento de lacunas.*

O preenchimento de uma lacuna é eficiente quando maximiza o lucro para as partes, atribuindo as obrigações de maneira eficiente e ajustando razoavelmente o preço. Em geral se chega mais facilmente a um acordo sobre a atribuição de um risco que a atribuição de uma perda. A primeira pergunta a ser respondida, então, é: quem assumiria o risco a um menor custo? Pois, um contrato ideal assinala os riscos de perdas imprevisíveis a quem assuma este risco de maneira mais eficiente. Como regra, o promitente deve assumir os riscos normais (razoavelmente esperados) do descumprimento, sendo que o receptor da promessa deverá assumir os custos imprevisíveis do cumprimento. Depois, deve-se considerar o ajuste do preço do contrato, de forma compatível com o risco assumido.

5º. O quinto propósito do direito contratual é regular os termos do contrato, para corrigir falhas de mercado. O direito contratual deve corrigir contratos imperfeitos, verificáveis quando as partes não são racionais ou os custos de transação são positivos. Temos casos de custos de transação positivos quanto temos externalidades (poluição, por exemplo), assimetria de informação (como na relação fornecedor/consumidor) e monopólio (com a limitação de poder de negociação dos termos contratuais pela parte mais fraca).

6º. Os contratos de longa duração podem ser tidos como um Jogo do Agente repetido indefinidamente. Este jogo somente é eficiente se existe uma recompensa para a cooperação e uma punição para a apropriação. Estabelecida essas premissas, a relação contratual terá uma vida sem percalços.

Jogo de Agência Repetido:

Estratégia do Segundo Jogador	Ganhos do Segundo Jogador			
	Rodada	n	n+1	n+2
	Apropriar	1	0	0
	Cooperar	0,5	0,5	0,5

Um contrato legalmente exigível pressupõe um Estado eficaz em fazer cumprir o direito contratual e de propriedade. O sexto propósito do direito contratual é promover relações contratuais permanentes, resolvendo os problemas de cooperação com a menor utilização possível dos remédios contratuais. Uma negociação clara dos direitos facilita as negociações, já uma definição obscura dos direitos, promove desacordos futuros.

Em resumo, ao fazer cumprir as promessas, o direito contratual permite que os indivíduos assumam compromissos firmes de cooperação e de cumprimento ótimo das promessas, pelo incentivo criado em um jogo de cooperação eficiente.

Ao criar mecanismos de suprimento de lacunas eficiente, o direito contratual reduz os custos de transação e ameniza os riscos de ocorrência de comportamentos oportunistas.

A eficiência de Pareto requer que o direito, garantindo o cumprimento forçoso de uma promessa, ajude as partes alcançar as suas metas, com a maior vantagem possível.

A Gestão do Contrato Administrativo

O traço marcante do contrato administrativo é que este não espelha a autonomia da vontade (manifestação egoística da realização do interesse individual) da Administração Pública, mas o dever da Administração de realização do interesse público; o que cria, segundo Marçal Justen Filho, a necessidade de sua vinculação à satisfação dos direitos fundamentais.

É com fundamento nessa concepção instrumental de função administrativa²⁶ que são atribuídas à Administração as chamadas prerrogativas extraordinárias de modificação no contrato; em especial, a prerrogativa de alterar unilateralmente a forma e o conteúdo da prestação contratada, como garantia do atingimento do fim público.

Entretanto, para bem entendermos a extensão dessas prerrogativas, é relevante a classificação das cláusulas contratuais em mutáveis e imutáveis, a partir do princípio constitucional (art. 37, inciso XXI) da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

As cláusulas que dizem respeito à execução dos serviços contratados são mutáveis, ou seja, são alteráveis: a) as especificações do projeto, para a sua melhor adequação técnica ao objetivo contratual; e b) os acréscimos ou diminuições quantitativos, dentro dos limites legalmente fixados. Entretanto, “é inalterável a relação entre encargos e vantagens prevista na proposta do contratado e consagrados na contratação. Se houver elevação

²⁶ Conceituada por Marçal Justen Filho como “conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.” (ob. cit., p. 29)

dos encargos impostos ao particular, deverá haver correspondente elevação de sua remuneração.”²⁷

A necessidade de uma boa gestão do processo de contratação aplica-se aos contratos mistos ou muito específicos, pois, nestes casos, os custos envolvidos nas renegociações ou na substituição do fornecedor são muito elevados.

Baseado nos propósitos do direito contratual, definidos por Cooter e Ulen, a partir do conceito de eficiência de Pareto, podemos afirmar que a gestão da contratação de serviços complexos pela Administração Pública deve ter como premissas:

- a) a escolha de soluções que maximizem a soma dos ganhos das partes, gerando um jogo cooperativo, *criando um ambiente de justiça (distributiva) contratual*²⁸;
- b) assegurar a confiança no cumprimento do contrato. O cumprimento de uma promessa gera custo ao promitente e benefício ao receptor. A eficiência requer que o promitente cumpra um compromisso

²⁷ Marçal Justen Filho, *ob. cit.*, p. 290.

²⁸ Partindo da concepção egológica (Carlos Cossio) de que direito é a regulação das condutas em interferência intersubjetiva, José Vilanova, em seu livro *Elementos de Filosofía Del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984) fundamenta a sua noção de justiça na alteridade do direito, pois os valores jurídicos nunca se referem a alguém isolado.

Nesse contexto, os valores jurídicos são valores de coexistência, podendo ser classificados em três aspectos básicos, partindo de uma perspectiva individual (valor fundante), para uma perspectiva da coletividade (valor fundado):

a) Coexistência como “circunstância” – em que o valor básico (individual) seria a “segurança” e o valor de heteronomia (social) seria a “ordem”;

b) Coexistência como “pessoa” – exprimindo-se em “paz” e “poder”, respectivamente;

c) Coexistência como “sociedade” – definidos em “solidariedade” e “cooperação”.

Segurança, Paz e Solidariedade no plano individual; Ordem, Poder e Cooperação no plano coletivo, seriam os seis valores jurídicos parciais que quando harmonizados e totalizados formam o valor Justiça.

Sendo assim, “Justiça” é uma concepção aberta e “consistiria en asignar el lugar y proporción adecuada a cada uno de los valores parciales.” Neste contexto, a Justiça não seria uma virtude da alma (uma noção subjetiva), “sino que es una situación objetiva de una determinada coexistencia.”

quanto os custos de cumprimento sejam menores que o benefício gerado ao receptor. A confiança faz com o que o descumprimento seja mais custoso para o receptor que a promessa.

Se um fornecedor está exposto ao oportunismo do comprador (por exemplo, ao atraso no pagamento), é irreal pensarmos que ele irá vender a este comprador ao mesmo preço que para um comprador que ofereça uma garantia de cumprimento. O comprador sem garantia deverá pagar um prêmio (um sobrepreço), que compense o risco que o fornecedor corre ao lhe vender. Fazendo as suas promessas firmes, a Administração Pública evita o pagamento deste sobrepreço.

- c) *buscar minimizar os custos de transação na negociação do contrato*²⁹, mediante a previsão de soluções eficientes para casos de omissões; promovendo relações duradouras (uma relação funcional), que incentivem a cooperação das partes, gerando mais soluções negociadas.

Segundo a Teoria dos Custos de Transação, baseada no conceito de eficiência de Pareto, deve assumir o risco do contrato a parte que melhor poder reduzir a possibilidade de sua ocorrência (*best risk avoider*), assumindo (a um menor custo) as despesas com as medidas de contenção. Nas licitações públicas, é o Licitante, com sua vasta experiência no seu mercado de atuação, que conhece os riscos que a execução dos serviços contratados envolve, detendo a base de conhecimentos necessários a evitar a ocorrência das áleas, ou ao menos mitigar os seus efeitos.

Entretanto, o risco da alteração do contrato é plenamente assumido pela Administração Pública, que em um ambiente de modificação do projeto ou suas especificações, em uma adaptação *a posteriori* dos seus

²⁹ O custo de transação esperado de uma lacuna contratual é igual à probabilidade de a perda ocorrer, multiplicada pelo custo de negociar os seus riscos.

objetivos pela falta de clareza inicial, é forçado a manter a equação econômica e financeira inicialmente contratada, assumido os custos envolvidos neste processo adaptativo.

Um ambiente de deficiência de informação, na contratação de serviços complexos, aumenta o risco da contratação para a Administração Pública, pois cria o chamado *problema do agente*. Esta teoria microeconômica faz uma analogia dos contratos com assimetria de informação com o contrato de mandato, porque parte da ideia de que se o mandante encarrega o mandatário (agente) de uma certa atividade, mas não especifica quais ações deverão ser adotadas para levar a cabo o encargo assumido, o mandante acaba enfrentando dois tipos de risco: a) além do natural risco, advindo de fatores exóginos, tais como catástrofes naturais ou mudanças macroeconômicas; b) surge um risco endógeno, criado pelas ações desenvolvidas pela vontade própria do agente, diante da uma lacuna contratual estabelecida.

A ausência de uma clara especificação do objeto contratado transfere o risco das adaptações do objeto do contrato³⁰ do contratado para o contratante (Administração Pública).

Conclusões

No ambiente de contratação de serviços complexos pela Administração Pública, o pior contexto possível é o da assimetria de informações, com a formulação de editais que buscam apenas e tão somente a obtenção do menor preço nominal, relegando para um segundo plano os *itens sem preço* que compõem o objeto da contratação.

A Administração Pública deve investir na relação contratual de maneira ótima (eficiente), com um maior engajamento já na fase preliminar

³⁰ As adaptações serão inevitáveis, no contexto de uma contratação pública, pois a supremacia do interesse público não irá permitir, no suprimimento das lacunas ou equívocos constantes do edital de licitação, que a Administração se sujeite à vontade unilateral do Contratado, na melhor definição/adequação do objeto do contrato.

da contratação, com: (a) *a definição clara de seus objetivos e da qualidade dos produtos/serviços que pretende contratar*; (b) *adotando o Tipo de licitação adequado ao objeto eleito* e (c) *atribuindo os riscos envolvidos na execução do contrato de maneira eficiente*; obtendo, assim, resultados muito superiores (*best value*) aos que obteria em contratações que resultem em produtos de baixa qualidade ou que exijam renegociações de preços e condições com o Licitante vencedor, durante a fase de execução do contrato.

Como afirma Marçal Justen Filho, “a figura do ‘custo de transação’ adquire enorme relevância como instrumento teórico para orientar a Administração Pública na estruturação e condução da licitação, visando à obtenção da proposta mais vantajosa.”³¹

Trazendo as lições de Ronald Coase, expostas no seu artigo *The Problem of Social Cost*, para nosso contexto, “what has to be decided is whether the gain from preventing the harm is greater than the loss which would be suffered elsewhere as a result of stopping the action which produced the harm”³², ou seja, não devemos dar enfoque, como é tradicional no Brasil, sobre as formas de reequilíbrio econômico e financeiro do contrato administrativo, olhando o tema das contratações públicas por meio dos mecanismos de controle *ex post*, pois o *nosso real problema é evitarmos a existência de contratações ineficientes*.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steve. **Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=193121>. Consulta realizada em 15.04.2011.

³¹ *ob. cit.*, p. 56.

³² In: **The Firm, The Market and The Law**, p. 132. Chicago: University of Chicago Press, 1990.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steve; MCMILLAN, Robert. **Auctions Versus Negotiations in Procurement: An Empirical Analysis**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=342360>. Consulta realizada em 15.04.2011.

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZ, Matteo. **The Variety Of Procurement Practice: Evidence From Public Procurement**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=896748>. Consulta realizada em 15.04.2011.

COASE, Ronald. **The Firm, The Market and The Law**. Chicago: University of Chicago Press, 1990. p. 132.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

SCHOONER, Steven L. **Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=304620>. Consulta em 15.04.2011.

SUBRAMANIAN, Guhan. **Negotiauctions**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros.

TCU – Tribunal de Contas da União. **Orientações sobre licitações, contratos e convênios**. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos>. Consulta realizada em 28.04.2011.

VILANOVA, José. **Elementos de Filosofia Del Derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1984.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economic Institutions of Capitalism**. Nova York: Free Press, 1985.

A (In)Constitucionalidade da Lei nº 9.882/99 e a ADPF Paralela na Jurisprudência do STF

Bruno Moraes Faria Monteiro Belem¹

Introdução

A jurisdição constitucional sempre foi dos temas mais debatidos pelos juristas, especialmente numa quadra em que as Constituições escritas se firmam como ordem jurídica fundamental da coletividade, de onde todos os demais atos estatais extraem o seu fundamento de validade. A supremacia da Constituição garante a higidez das normas constitucionais e é nesse princípio que o controle de constitucionalidade sobre os atos do poder público encontra suporte.

O § 1.º do art. 102 da Constituição preceitua que a arguição de descumprimento de preceito constitucional fundamental será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, “na forma da lei”. A lei que regulamenta a ADPF foi publicada em 03 de dezembro de 1999, mais de dez anos depois de promulgada a Constituição. Os autores que escreveram sobre a ADPF nunca foram unânimes em suas previsões sobre a viabilidade deste instrumento. Dimitri Dimoulis escreveu no ano de 2003 que a ADPF não

¹ Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade de Lisboa), Especialista em Ciências Jurídico-Políticas (Universidade de Lisboa), Especialista em Direito Constitucional (Universidade Federal de Goiás), Graduado em Direito (Universidade Federal de Goiás), Procurador do Estado de Goiás, Assessor Técnico do Procurador-Geral do Estado, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/GO, Membro da Comissão de Direito Político e Eleitoral da OAB/GO.

alcançaria as finalidades fixadas no texto constitucional devido à forma equivocada com que o STF vinha interpretando o instituto recém-regulamentado². José Afonso da Silva, por outro lado, já antes da edição da Lei nº 9.882/99, considerou a ADPF um potencial instrumento de liberdade³. Nesse sentido também se manifestou Luís Roberto Barroso, para quem, a despeito das desconfianças iniciais e do longo lapso de tempo decorrido até a sua regulamentação, a ADPF vem se tornando um instrumento valioso de tutela dos direitos fundamentais⁴.

Várias são as questões relacionadas à ADPF sobre as quais a doutrina e a jurisprudência no Brasil não guardam consenso. Aqui se pretende examinar apenas uma delas, qual seja, a constitucionalidade da lei que institui essa ação. Para alguns, o legislador ordinário teria invadido a zona de competência reservada ao legislador constituinte, o que teria ocorrido, designadamente, quanto à definição de temas como legitimação, requisitos de admissibilidade e efeitos da decisão. Há polêmica também em torno do parâmetro de controle da constitucionalidade, pois nem o legislador constituinte nem o ordinário cuidaram de dizer o que se deve compreender por “preceito fundamental”.

Nos últimos anos, no julgamento de arguições de descumprimento, o STF manifestou-se sobre temas como pesquisa genética com células-tronco, anistia de crimes políticos, sanções penais no campo da liberdade de informação, parto terapêutico e monopólio da União relativamente à prestação de serviço postal. Das 211 arguições de descumprimento até hoje

² DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 97.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 561.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 303.

ajuizadas, 113 (53,6%) não foram conhecidas pelo STF. A partir deste dado é possível, à primeira vista, concluir que esta ação ao longo dos 10 anos de vigência da Lei nº 9.882/99 parece ainda não ter se firmado como um importante instrumento processual de controle de constitucionalidade. Todavia, como se verá, uma análise mais apurada das estatísticas indicia que esse caminho parece estar em vias de ser descoberto.

Num esforço de delimitar positivamente o objeto de análise do presente ensaio, cumpre assinalar que constitui objeto de exame apenas a espécie de ADPF chamada de incidental ou, para aproveitar a nomenclatura utilizada por André Ramos Tavares, ADPF paralela. Prefere-se a expressão *paralela* porque o caráter incidental desta modalidade de ADPF, nos termos do art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.882/99, ocorre em relação às demandas judiciais nas quais haja controvérsia sobre a questão constitucional levada à apreciação do STF. A questão constitucional será o objeto principal da ADPF, apesar de constituir questão incidental nas demandas individuais ou coletivas originárias. Em outras palavras, a compatibilidade do ato normativo com a Constituição constitui sempre o objeto principal da ADPF, embora seja prejudicial nos processos judiciais em que se verificam a controvérsia sobre a matéria. Daí porque se prefere a expressão *ADPF paralela* para designar a segunda modalidade de arguição, ou seja, a que pressupõe a demonstração prévia da relevância do fundamento da controvérsia constitucional sobre os atos jurídico-públicos sindicados⁵.

O que se pretende neste ensaio é avaliar a compatibilidade da lei que regulamentou a ADPF e identificar, na jurisprudência do STF, precedentes que comprovem a utilidade deste instituto, que por mais de

⁵ Luís Roberto Barroso também critica a expressão ADPF incidental. Para esse autor, ao contrário do incidente processual propriamente dito, a segunda espécie de arguição não é suscitada pelas partes dentro do processo inicial nem pelo órgão judicial, mas constitui ação própria por via da qual o Judiciário exerce a fiscalização abstrata e concentrada de constitucionalidade (BARROSO, Luís Roberto, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 264, nota 16).

10 anos foi negligenciado pelo legislador. Buscar-se-á a partir da legislação, da doutrina e, principalmente, da jurisprudência do STF, avaliar a relevância que a ADPF tem, ou poderá ainda ter, no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro.

Nem tudo o que se lerá desperta o consenso. Mas com os argumentos desenvolvidos neste trabalho, numa perspectiva evolutiva do papel da jurisdição constitucional, pretende-se contribuir para uma mais intensa vivificação do debate em torno das potencialidades da ADPF como ação integrante do sistema concentrado de fiscalização de constitucionalidade brasileiro.

A origem da Lei nº 9.882/99 e a ADPF paralela no direito comparado

Desde a promulgação da Constituição de 1988 o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro foi objeto de relevantes alterações. Com a ampliação do direito de propositura da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), movimento que reforçou o controle concentrado, subsistiu um espaço virtual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como: i) a interpretação direta de cláusulas constitucionais pelos juízes e tribunais; ii) o direito ordinário pré-constitucional; iii) a controvérsia constitucional sobre normas revogadas; e iv) a fiscalização de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição federal.

No campo imune ao controle de constitucionalidade é onde atualmente se verificam a repetição de processos e a demora na definição das decisões sobre importantes controvérsias constitucionais. Nesse contexto foi concebida a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), ação prevista no art. 102, §1.º da CRFB/88, destinada a colmatar as lacunas até então identificadas no quadro de competências do STF.

O substitutivo do Deputado Prisco Viana ao projeto de lei da Deputada Sandra Starling ofereceu disciplina à ADPF que muito se aproximava daquela contida no anteprojeto de lei produzido pela Comissão designada pelo Ministro da Justiça, Iris Resende Machado, por meio da Portaria nº 572, de 7/7/1997, e composta por Celso Ribeiro Bastos, Arnold Wald, Ives Gandra Martins, Oscar Dias Corrêa e Gilmar Ferreira Mendes⁶. A ADPF foi prevista no texto original da Constituição de 1988, tendo sido objeto de regulamentação, onze anos depois, pela Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Anteriormente à promulgação desse diploma legal, a posição do Supremo Tribunal Federal era de que a norma do art. 102, § 1.º da CRFB/1988 não era autoaplicável⁷.

Originalmente, nos termos do que constava do projeto de lei nº 17, de 1999 (nº 2.872/97 na Câmara dos Deputados), aprovado pelo Congresso Nacional, a ideia geral era a de que a ADPF tinha duas funções principais: i) a de instrumento de governo, pois previa a possibilidade de os legitimados do art. 103 alçarem diretamente ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal a discussão de questões constitucionais sensíveis, envolvendo risco ou lesão a preceito fundamental ou relevante controvérsia constitucional (art. 1º, parágrafo único e art. 2º, I); e ii) a de instrumento de cidadania, designadamente de defesa de direitos fundamentais, ao admitir que qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público pudesse dela fazer uso (art. 2º, II). Este último dispositivo, todavia, foi vetado pelo Presidente da República, sob o fundamento de que franqueava de forma desmedida o acesso direto ao Supremo Tribunal Federal⁸.

⁶ Para uma análise comparativa entre o anteprojeto e a lei aprovada pelo Congresso Nacional, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**, Brasília, v. 1, n. 7, dez./1999, p. 2-5. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm>. Acessado em: 20 jan. 2010.

⁷ AgRg na PET 1.140, relator Ministro Sydney Sanches, publicado no DJ em 10/05/1996.

⁸ Para mais desenvolvimentos acerca dos fundamentos do veto presidencial, cf. BARROSO, Luís Roberto Barroso, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, cit., p. 261 e 262.

Um exame acurado da ADPF paralela, tal como regulada na Lei nº 9.882/99, há de demonstrar que, afora os problemas decorrentes da limitação do parâmetro de controle, o texto normativo guarda semelhanças evidentes com o reenvio prejudicial da questão constitucional consagrado nos modelos de controle concentrado de normas, que determina seja a questão submetida diretamente à Corte Constitucional toda vez que a norma for relevante para o julgamento do caso concreto e o juiz ou tribunal considerá-la inconstitucional (Constituição austríaca, art. 140, 1; Lei Fundamental de Bonn, art. 100, I e Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, §§ 13, nº 11 e 80 *et seq.*).

Contudo, as semelhanças param por aí, porquanto ao contrário do que ocorre nos modelos concentrados de controle de constitucionalidade, nos quais a Corte Constitucional detém o monopólio da decisão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, a ADPF paralela não retira dos juízes e tribunais comuns a competência para decidir questões constitucionais, cabendo ao STF o papel de uniformizar a interpretação da Constituição mediante o julgamento dos recursos extraordinários. Além disso, a questão constitucional não é remetida ao STF necessariamente por uma das partes do processo em que se verifica a controvérsia constitucional, pois a legitimação para o ajuizamento da ADPF é restrita⁹.

Desse modo, além de representar a ADPF paralela um importante instrumento de pacificação entre a Corte Constitucional e os juízos comuns, na medida em que por meio dela a controvérsia constitucional pode ser sanada antes da prolação da sentença, esse modelo de fiscalização preserva parcela da competência dos juízos singulares para apreciar questões constitucionais, o que impede o surgimento da figura chamada por Blanco de Moraes de “juiz porteiro”¹⁰.

⁹ No sistema espanhol, a questão constitucional é levada ao Tribunal Constitucional pelo próprio juiz, e no italiano, pelas partes.

¹⁰ Condição que pode ser alterada caso seja aprovado o projeto de lei nº 6.543/2006, que torna universal a legitimidade para a proposição da ADPF.

Pela via da ADPF paralela, o STF pode, quando o fundamento da controvérsia constitucional for relevante, decidir com eficácia geral e efeito vinculante a questão constitucional controvertida. Nesse caso, a ADPF assemelha-se ao reenvio prejudicial suscitado não necessariamente pelas partes, mas por um dos legitimados para propor a arguição. Ao contrário do que se verifica no recurso de amparo espanhol e no recurso constitucional alemão, a ADPF paralela não pode ser ajuizada por qualquer pessoa, mas tão somente pelos mesmos legitimados da ADC e da ADI. Além disso, o parâmetro constitucional do recurso constitucional é somente normas de direitos fundamentais, enquanto na ADPF são os preceitos constitucionais fundamentais.

Podem ser objeto da ADPF paralela leis federais, estaduais e municipais, inclusive as anteriores à Constituição, enquanto no recurso constitucional alemão as decisões judiciais podem ser objeto de controle. Tanto a ADPF paralela como o recurso constitucional alemão estão sujeitos ao esgotamento prévio das vias judiciais, contudo a ADPF paralela somente não poderá ser ajuizada se não for cabível outro instrumento processual de controle concentrado e abstrato.

Quanto aos efeitos, a ADPF paralela se assemelha ao processo de generalização dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade português¹¹, pois também é capaz de ampliar os limites subjetivos da coisa julgada material. Além disso, no direito alemão inspirou-se o legislador brasileiro ao prever a eficácia vinculante da decisão proferida pelo STF no julgamento da ADPF, mecanismo que amplia os limites objetivos da coisa julgada material produzida pela decisão declaratória de inconstitucionalidade ou de não recepção da lei ou ato normativo.

Em síntese, são essas as características que ora aproximam, ora distanciam a ADPF paralela de outros mecanismos processuais constantes

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1.024.

de outros ordenamentos jurídicos, designadamente o português, o espanhol, o alemão e o italiano.

(In)constitucionalidade da Lei nº 9.882/1999

Neste capítulo não se pretende analisar à exaustão os argumentos favoráveis e contrários à inconstitucionalidade das normas da Lei nº 9.882/99. Para não se passar ao largo da questão, apresentar-se-ão os principais fundamentos que embasam a ADI nº 2231 para, em seguida, fixar-se uma apreciação crítica sobre eles.

Argumentos aduzidos a favor da inconstitucionalidade

A OAB propôs a ADI nº 2.231 cujo pedido constitui a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º, do § 3º do art. 5º, do art. 10, *caput*, e § 3º, e do art. 11, todos da Lei nº 9.882/99. São quatro os principais argumentos invocados na ADI e também em sede doutrinária para justificar a inconstitucionalidade destes dispositivos legais¹².

O parágrafo único do art. 1º que permite o controle de constitucionalidade pela via da ADPF sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, seria inconstitucional por ausência de previsão semelhante no § 1º do art. 102

¹² LENZA, Pedro. A arguição de descumprimento sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**, 2003, p. 213. Pela constitucionalidade do dispositivo: TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.), **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n.º 9.882/99**, São Paulo: 2001, p. 76 e BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada. 8. ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 1028.

Carta constitucional¹³. Demais disso, sustenta a OAB que por meio desta regra o legislador ordinário terminou por ampliar a competência do STF e, ao possibilitar o deslocamento do juízo comum para a Corte Suprema do incidente de inconstitucionalidade, feriu o princípio constitucional do juiz natural e do devido processo legal (art. 5º, XXXVII e LIV).

O § 3º do art. 5º, que autoriza a concessão de liminar para determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da ADPF, salvo de decorrentes de coisa julgada, também seria inconstitucional por ofensa aos princípios do devido processo legal e do juiz natural. Isso porque tal instrumento teria introduzido no ordenamento brasileiro o indesejado mecanismo da avocatória de processos judiciais em curso, o que implicaria a supressão inconstitucional da competência dos juízos comuns para conhecer questões constitucionais.

O art. 10, *caput*, e parágrafo 3º, que, em conjunto, conferem à decisão do STF sobre as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público, também seriam inválidos por contrariar o princípio do Estado democrático (art. 1º) e da separação dos poderes (art. 2º), além de representar supressão indevida de competência do Senado Federal (art. 52, X)¹⁴.

¹³ Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 267-268. Contra: BARROSO, Luís Roberto Barroso, O controle de constitucionalidade no direito brasileiro, cit., p. 287 e SARMENTO, Daniel Sarmento. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos Tavares e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei n.º 9.882/99**, São Paulo: Atlas, 2001, p. 93 e 94.

¹⁴ Interessante notar que o art. 8.º, da Lei n.º 7.689/88, que institui a contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal em processo de controle difuso (RE 146.733), e a eficácia dos dispositivos declarados inválidos foram suspensos pelo Senado Federal por meio da Resolução n.º 11/1995. O art. 9.º da mesma lei foi declarado inconstitucional pelo STF na ADI n.º 15/DF

Por fim, o art. 11, repetição do art. 27, da Lei nº 9.868/99¹⁵, ao introduzir a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estaria em dissonância com o princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º) e da legalidade (art. 5º, II).

Fato é que o Ministro Néri da Silveira, na sessão de 5/12/2001, acolheu em parte a ADI, para suspender, com eficácia *ex nunc* e até julgamento final da ação, a vigência do § 3º do art. 5º da referida Lei. Assim decidiu o Ministro por entender que tais normas permitem a fiscalização concentrada e concreta pela via da ADPF, o que estaria em confronto com a norma do devido processo legal. Ao inciso I do parágrafo único do art. 1º, o Ministro conferiu interpretação conforme a Constituição para excluir do seu âmbito de incidência “controvérsia constitucional concretamente já deduzida em processo judicial em curso”¹⁶.

O julgamento foi interrompido em razão do pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence e, há quase 10 anos da data do ajuizamento da ação, o mérito da ADI ainda não foi decidido. No julgamento da ADPF nº 33/2005, o STF considerou que o voto do Ministro Néri da Silveira

(DJ 31/08/2007) por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição e 56 do ADCT/88. Curioso notar que o mesmo artigo já havia sido declarado inconstitucional no julgamento do RE 150.764, 16/12/92 (DJ 2/4/93), embora tenha o Senado Federal negado a suspensão da eficácia da norma declarada inconstitucional naquela ocasião.

¹⁵ Exceção semelhante é encontrada na Constituição portuguesa (art. 282, n.º 4) e na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional alemão (§ 31, 2). Nos Estados Unidos da América, país ao qual se atribui a ideia matriz de que a Constituição é o valor normativo superior, passou-se a admitir, especialmente após o período da crise econômica de 1929, a limitação da declaração de inconstitucionalidade com efeitos retroativos (Linkletter versus Walter). A Constituição austríaca, como já mencionado acima, adotou o sistema da anulabilidade como regra (art. 140, 7). Sobre o alinhamento dos conceitos de vício, relação de desvalor, valor negativo e sanção do ato inconstitucional, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, t. 1, p. 187 et seq.

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1194.

não é bastante para suspender a vigência dos dispositivos constitucionais impugnados, pois o julgamento havia sido suspenso antes dos votos dos demais Ministros¹⁷. De acordo com o Ministro Relator da ADPF nº 33/2005, Gilmar Ferreira Mendes, a suspensão sem prazo determinado da vigência dos dispositivos legais questionados implica o esvaziamento da garantia constitucional inserida pelo legislador constituinte e regulada pelo legislador ordinário, situação provocada pela demora do STF em julgar a ADI nº 2.231. Por isso, considera Gilmar Ferreira Mendes que a admissibilidade das arguições de descumprimento nº 33 e nº 54 fizeram com que a questão sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99 ficasse “superada”¹⁸.

No presente trabalho, serão analisados os fundamentos invocados por aqueles que reputam inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 9.882/99. Saber se os dispositivos da Lei acima mencionados são compatíveis ou incompatíveis com a Carta da República, pressupõe, em primeiro lugar, constatar se as matérias por ele reguladas integrariam a chamada reserva de Constituição.

Apreciação crítica à argumentação favorável à inconstitucionalidade da Lei

A fiscalização da constitucionalidade, pela sua especialidade, requer um tratamento legislativo autônomo, sendo nesse caso lícito falar-se em Direito processual constitucional. Assim, tal como há os procedimentos

¹⁷ A mesma afirmação foi feita no julgamento da ADPF nº 54/2004, relator Ministro Marco Aurélio, ainda sem julgamento de mérito.

¹⁸ Não se pode compreender como a admissibilidade das duas arguições, cujo objeto não se confunde com o da ADI nº 2.231, poderia fazer com que a questão da constitucionalidade ficasse superada. Por isso aguarda-se o resultado final do julgamento da ação ainda em tramitação no STF.

eleitoral, legislativo, de conclusão de tratados, também há processo constitucional¹⁹. A expressão processo constitucional originou-se na doutrina europeia, tendo em vista a especificidade da jurisdição constitucional, isto é, a fiscalização constitucional de modelo concentrado. Esse processo constitucional em sentido estrito contém normas que não pertencem ao processo comum e tem como objetivo precípuo a proteção da ordem constitucional objetivamente considerada²⁰.

O Direito processual constitucional em sentido amplo abrange todos os institutos pertinentes à fiscalização da constitucionalidade, designadamente as relativas aos órgãos que a exercem, as normas concernentes às garantias dos interessados nos processos jurisdicionais e administrativos e as normas que disciplinam formalidades essenciais de alguns processos²¹. O Direito processual constitucional em sentido estrito alcança somente as normas processuais. Jorge Miranda delimita ainda o domínio do Direito constitucional substantivo (as normas a garantir) e o Direito constitucional adjetivo (normas de garantia). No primeiro situam-se as normas constitucionais materiais e no segundo as normas constitucionais de garantia processuais, ou seja, normas constitucionais sobre processo, e.g., devido processo, acesso à justiça, celeridade etc.²²

O Direito processual em sentido amplo é, pois, composto por normas que regulam os atos e princípios de natureza processual orientados

¹⁹ MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, v. 6, p. 63.

²⁰ Manoel Gonçalves Ferreira Filho não deixa de observar que, em sentido amplo, a expressão processo constitucional passou a designar as normas regentes do controle de constitucionalidade no modelo difuso e concreto (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios do processo constitucional. In: **Revista da FDUL**. Coimbra: Coimbra, v. 49, n. 1 e 2, 2008, p. 326).

²¹ CANAS, Vitalino. **Os processos de fiscalização da constitucionalidade e a da legalidade pelo tribunal constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1986, p. 14 e 15.

²² Para uma visão crítica da diferenciação entre Direito constitucional processual e Direito processual constitucional, cf. CATTONI, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 190 et seq.

à produção de um ato constitucional final, entendido este como o ato jurídico sujeito e regulado parcial ou integralmente pela Constituição, quer nos seu conteúdo, quer na sua formação. Este ato jurídico sujeito e regulado, integralmente ou não pela Constituição pode ser um ato legislativo (leis em sentido formal), um ato administrativo (regulamento ou um decreto autônomo) ou um ato jurisdicional (decisão declaratória de inconstitucionalidade). Por outro lado, o Direito processual constitucional em sentido estrito alcança apenas as normas que regulam o processo por via do qual se produz um ato final cujo objetivo principal é preservar a supremacia da Constituição. Em outras palavras, o Direito processual constitucional em sentido estrito diz respeito às fases do controle de constitucionalidade.

Sendo assim, o Direito processual constitucional em sentido estrito compreende normas jurídicas reguladoras dos atos processuais por meio dos quais se torna possível o exercício pela jurisdição constitucional do controle de constitucionalidade. Esses atos formam no seu conjunto as três principais fases do controle de constitucionalidade: a fase de iniciativa (legitimidade, pressupostos processuais), a instrutória (intervenção de terceiros e participação de auxiliares do juízo) e a decisória (efeitos e limites da decisão).

O exame da constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.882/99 pressupõe a análise da margem de discricionariedade deixada pelo legislador constituinte ao legislador ordinário no domínio do Direito processual constitucional específico da ADPF. Assim, tornar-se-á possível verificar se a matéria foi integralmente ou não regulada pela Constituição.

Diz o art. 102, § 1º, da Constituição, que “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”. O legislador constituinte originário pretendeu conferir ao legislador constituído a atribuição para regular o modo pelo qual o STF deve *apreciar* a ADPF. Ou seja, a matéria sobre a qual o legislador ficou autorizado a tratar diz respeito, por isso, às regras informadoras do processo constitucional relativo

à ADPF. Logo, para se saber se as regras da Lei nº 9.882/99 são ou não compatíveis com a Constituição deve-se analisar se as matérias por elas reguladas seriam ou não de reserva constitucional.

Percebe-se, assim, que o enunciado normativo da Constituição que introduziu a ADPF no ordenamento jurídico brasileiro silenciou-se acerca dos legitimados para a sua propositura, do seu objeto e sobre os efeitos das decisões proferidas pelo STF no seu julgamento²³. É esse o motivo principal da intensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da validade dos enunciados da Lei que regulamentou a ADPF.

Já se disse que ao legislador ordinário ficou delegada a tarefa de editar normas sobre Direito processual constitucional. Assim, a primeira conclusão a que se chega é a de que é condição de validade das regras da Lei nº 9.882/99 versarem elas tão somente sobre Direito constitucional processual e não sobre Direito constitucional substantivo. Apresentado o parâmetro que conduzirá a presente análise, cumpre investigar se o objeto da ADPF e os efeitos da decisão que o STF profere no seu julgamento são matérias afetas ao Direito processual ou ao material.

Cumpra, em primeiro lugar, analisar a validade do art. 1º, parágrafo único da Lei. O argumento de que a criação da arguição de descumprimento incidental viola a Constituição porque a relevância do fundamento da controvérsia constitucional relativa à lei ou ao ato normativo federal, estadual ou municipal, não está prevista no § 1º do art. 102, da Lei Maior, não procede. Isso porque há de se atentar para a diferença entre *parâmetro* de controle e *objeto* do controle. O art. 102, § 1º da CRFB, cuida de apresentar o parâmetro de controle da ADPF, que é o preceito constitucional fundamental.

²³ Sobre o reduzido grau de concretude do art. 102, § 1.º da CRFB/1988, cf. DIMOULIS, Dimitri. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 6. Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/dimitrios1.pdf>>. Acessado em: 8 fev. 2010.

Por outro lado, não tendo a Constituição declarado expressamente quais são os atos suscetíveis de controle de constitucionalidade pela via da ADPF, coube à Lei nº 9.882/99 fazê-lo. Assim, movido pela ideia central de preencher as lacunas até então verificadas no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, o legislador prescreveu ser possível que os atos normativos federal, estadual e municipal sejam objeto de controle pela via da ADPF. Com isso o legislador ordinário não ampliou a competência do STF, que continua a ser o órgão jurisdicional responsável pela preservação da superioridade das normas constitucionais no ordenamento e único legitimado para se pronunciar no controle concentrado e abstrato sobre a compatibilidade dos atos jurídico-públicos com a Constituição.

Nisso não há qualquer incompatibilidade com a Constituição, porquanto o próprio art. 102, § 1º textualmente declara que a arguição de preceito fundamental será apreciada pela Corte Constitucional, “nos termos da lei”, característica que o constituinte originário, não se sabe por quê, não pretendeu conferir à ADI nem à ADC. Relativamente a essas ações diretas a própria Constituição definiu os objetos suscetíveis de serem controlados pelo STF.

Interessa sublinhar ainda que, apesar de defender a inconstitucionalidade do art. 1º, que define como objeto do controle o direito federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, a mesma doutrina não contesta a constitucionalidade do art. 1º, *caput*, que possibilita o controle não apenas de atos normativos, mas também, de um modo geral, de qualquer “ato do Poder Público” que lese ou possa lesar preceito fundamental decorrente da Constituição²⁴. Aqui igualmente não radica qualquer vício de inconstitucionalidade, pois se não se admitir como constitucional a seleção diferenciada de atos sujeitos a controle por ADPF de nada serviria a regra do art. 102, § 1º da CRFB, uma vez que os

²⁴ É esse precisamente o objeto da ADPF autônoma.

atos normativos federais e estaduais já são sindicáveis por ação direta e ação declaratória²⁵.

Assim pode ter pretendido o constituinte originário permitir o preenchimento de lacunas pelo legislador ordinário quanto aos atos sindicáveis estranhos aos já expressamente submetidos ao controle pela ADI ou ADC. Considerar que o legislador ordinário não tem competência para definir o objeto da ADPF seria o mesmo que dizer que o art. 102, § 1º – obra do constituinte originário –, somente poderia produzir efeitos depois da edição de outra norma constitucional que declarasse expressamente qual deveria ser o objeto da ADPF. Não é, contudo, desarrazoado o entendimento de que melhor seria que a própria Constituição tivesse definido os legitimados ativos da ADPF, os efeitos da decisão do STF, bem como o objeto de fiscalização. Todavia, ao menos nesse campo, não se apresentam como inválidos os dispositivo legais que por expressa delegação do constituinte originário regulamentaram o assunto.

Argui-se ainda a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º, que possibilita ao relator da ADPF determinar liminarmente a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se tais efeitos forem decorrentes da coisa julgada.

Aqui, ao contrário do que constata parte da doutrina, não se identifica o malfadado instituto da avocatória. Este instituto, que foi rechaçado pelo

²⁵ Ingo Wolfgang Sarlet observa, ao mencionar a modulação de efeitos na arguição de descumprimento, que o legislador ordinário estaria, pelo art. 102, § 1.º, autorizado tão-somente a regular aspectos de natureza procedimental ou organizacional relacionados a essa ação. É de notar, todavia, que o autor declara expressamente que tal entendimento diz respeito aos poderes cautelares do STF, aos efeitos vinculantes que assume a decisão de inconstitucionalidade e à modulação dos seus efeitos, não fazendo qualquer menção ao objeto sujeito ao controle (SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, alguns aspectos controversos. In: **Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul./set. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-INGO%20SARLET.pdf>>. Acessado em: 3 fev. 2010.

legislador constituinte, permitia, por provocação do Procurador-Geral da República e quando decorresse imediato perigo de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança das finanças públicas, que as causas processadas perante quaisquer juízos ou tribunais fossem remetidas ao STF. A ADPF com ele não se confunde, pois nesta o âmbito de cognição do STF se circunscreve à constitucionalidade do ato questionado. Por meio da ADPF é possível que o STF aprecie tão somente a questão constitucional e não o mérito da demanda principal. Além disso, como se verá adiante, constitui requisito para a admissibilidade da ADPF a demonstração da relevância do fundamento da controvérsia constitucional, o que pressupõe a existência de decisões judiciais controvertidas.

A atribuição de poderes cautelares ao STF nos moldes da Lei nº 9.882/99, à semelhança do que se verifica no art. 21 da Lei nº 9.868/99, não fere o princípio do juiz natural. O seu objetivo é assegurar a eficácia da futura decisão do STF, este sim juízo natural para apreciar, com caráter de definitividade, as questões constitucionais. Além disso, ao contrário do que se passava com o instituto da advocatória, a regra do art. 5º, § 3º, não retira do juiz ordinário a competência para julgar a pretensão principal da demanda, mas apenas a questão da constitucionalidade que, uma vez decidida pelo STF no julgamento da ADPF, há de naturalmente produzir efeitos contra todos e eficácia vinculante.

Questiona-se ainda a validade do art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99, que atribuiu efeitos vinculantes²⁶ e gerais à decisão de inconstitucionalidade, assim como do art. 11 da mesma lei que permite ao STF modular os efeitos do seu pronunciamento de inconstitucionalidade. No que toca aos efeitos contra todos e vinculantes da decisão proferida no controle principal em sede de ADI e ADC controvérsia maior não perdura à vista da redação dada pela EC nº 45/2004 ao art. 102, § 2º, da Constituição, que atribuiu à

²⁶ Acerca das diferenças entre o efeito vinculante e a eficácia erga omnes, cf. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 484.

primeira ação os efeitos que antes eram expressamente previstos apenas para a segunda pela Emenda Constitucional nº 3/93²⁷. Logo, em relação à ADI e à ADC a Constituição é explícita ao afirmar que a decisão tem eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º).

Todavia, a EC nº 45/2004 nenhuma menção fez a respeito dos efeitos da decisão proferida no domínio da ADPF, que, por obra do legislador ordinário, passou a ter eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do “Poder Público” (art. 10, § 3º da Lei nº 9.882/99).

A atribuição de eficácia vinculante a decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas pelo STF em controle concentrado e abstrato não é novidade no Direito constitucional processual brasileiro. Por ocasião do julgamento da ADC nº 1, o STF já havia firmado a compatibilidade desse instituto com a CRFB. Cumpre dizer que a eficácia vinculante não implica violação ao devido processo porquanto a natureza do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade é objetiva, pois tem por objeto a defesa da Constituição como ordem última que confere fundamento de validade a todos os outros atos normativos estatais e não pretensões individuais. Ou seja, o sistema de fiscalização abstrata constitui instrumento de salvaguarda da higidez da ordem jurídica e não mecanismo para a tutela de pretensões subjetivas.

De outra parte, a vinculação das decisões proferidas pela Corte Constitucional no controle concentrado e abstrato de inconstitucionalidade é decorrência lógica da adoção desse sistema de controle de constitucionalidade. Não faria sentido que uma decisão dessa natureza não estivesse dotada de tal efeito. No Brasil, já dizia o Ministro Paulo

²⁷ O parágrafo único do art. 28 da Lei n.º 9.868/99 já havia atribuído à ADI os mesmos efeitos reservados à ADC pela EC n.º 3/93.

Brossard, onde não se verifica a tradição histórica e jurídica da força do precedente (*stare decisis*), fez-se necessária e útil a atribuição, por disposição normativa escrita, de efeito vinculante às decisões do STF na fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Se se considerar que a definição de efeitos às decisões proferidas no julgamento da ADPF somente é papel do legislador constituinte, acaba-se por negar aplicabilidade ao art. 102, § 1º²⁸. Em outras palavras, é o mesmo que reconhecer a não autoaplicabilidade do art. 102, § 1º não pela ausência da lei, que já existe, mas por ausência de norma constitucional definidora dos efeitos das decisões proferidas no domínio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Tendo o legislador constituinte originário encarregado o legislador ordinário da concretização do instituto, não há motivo para limitar seu poder a assuntos processuais. Além disso, essa limitação criaria um impasse constitucional. Diante da baixa densidade da norma constitucional sobre a ADPF, algum órgão estatal deveria delimitar o seu objeto, a sua legitimação ativa e passiva e os efeitos da decisão do STF. Além de juridicamente válida, a regulamentação legislativa da ADPF era necessária, pois, caso não houvesse sido exercida pelo legislador ordinário, seguramente já teria sido objeto de conformação jurisprudencial, o que seria de todo não recomendável. Sendo assim, nada mais fez o legislador do que concretizar a norma do dispositivo constitucional que previu a criação da ação de descumprimento.

O mesmo se pode dizer da modulação de efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade ou de não recepção do ato impugnado em sede de ADPF. A CRFB/88 não disse quais são precisamente os efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, motivo por que o art. 27 da Lei nº 9.688/99 mostra-se compatível com o regime do sistema de fiscalização de

²⁸ Nesse sentido, NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004, p. 117.

constitucionalidade definido pela Constituição²⁹. Não tendo o texto constitucional delimitado os efeitos da declaração de inconstitucionalidade o legislador definiu os limites temporais da eficácia da decisão do STF.

Sendo assim, tendo o legislador constituinte originário delegado ao legislador ordinário a atribuição para regular os aspectos processuais sobre a ADPF, é que se consideram constitucionais os dispositivos da Lei nº 9.882/92 sobre o objeto e os efeitos da decisão definitiva proferida no julgamento da ADPF, ato normativo legitimamente gerado no âmbito da competência legislativa privativa da União sobre direito processual (art. 22, I, da CRFB/1988).

De todo modo, por ora importa considerar que, embora ainda não concluído o julgamento da ADI 2.231, a decisão do STF sobre a admissibilidade da ADPF 54 parece refletir a superação do debate acerca da constitucionalidade da Lei nº 9.882/99. Nessa ação, o Tribunal, em questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, por maioria, admitiu o cabimento da ADPF. Também no julgamento do mérito da ADPF 33, o Tribunal, por unanimidade, rejeitou o pedido formulado por *amicus curiae* que pretendia suspender o julgamento da ação até o pronunciamento definitivo sobre a constitucionalidade da Lei nº 9.882/99³⁰.

Na verdade, as críticas voltadas contra a atribuição de efeito geral e vinculante às decisões proferidas em sede de ADPF dirigem-se não

²⁹ Regina Maria Macedo Nery Ferrari considera inconstitucional a atribuição por lei ordinária de efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo STF, mas reputa constitucional a regra legislativa que autoriza a modulação de efeitos da mesma declaração. Em outras palavras, a autora entende que a questão relacionada aos limites objetivos da coisa julgada no controle de constitucionalidade é matéria de reserva da Constituição, mas os limites temporais dessa mesma declaração não estariam insertos na mesma reserva, podendo, por isso, serem regulados por legislação infraconstitucional (FERRARI, Regina Macedo Nery, **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**, cit., p. 492 e 498-450).

³⁰ MENDES, Gilmar et alii. 2008, op. cit., p. 1195.

propriamente à invalidade da sua introdução no ordenamento brasileiro como obra do legislador ordinário, mas às implicações políticas que tais efeitos podem acarretar; inconformismo este que, em última instância, não é dirigido contra protagonismo assumido pelo legislador, mas ao processo de politização da jurisdição constitucional, que tem como uma de suas causas os critérios constitucionais de designação dos magistrados do Supremo Tribunal Federal³¹.

A ADPF paralela na jurisprudência do STF

No presente tópico não se pretende esmiuçar as questões constitucionais de fundo debatidas nas arguições de descumprimento citadas. Antes se pretende com os exemplos fornecidos, representativos de casos judiciais emblemáticos, a utilidade que a jurisprudência do STF confere ao instituto.

Na ADPF nº 33/2005³² e na nº 47/2005³³, o STF declarou não recepcionado regulamento administrativo editado antes da promulgação da CRFB/1988 que vinculava os vencimentos dos servidores públicos ao salário mínimo, preceito que se mostra incompatível com o preceito do art. 7º, inciso IV, da CRFB/1988 e que fere a autonomia do ente federado para fixar os vencimentos dos seus próprios servidores públicos.

Na ADPF nº 46/2003³⁴, o STF decidiu que a regra da Lei nº 6.548/78, que prevê sanções para quem desobedece ao monopólio da União

³¹ Para uma visão crítica sobre os critérios de escolha dos Ministros do STF, cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138 et seq.

³² Relator Ministro Gilmar Mendes, acórdão publicado no DJ em 27/10/2006.

³³ Relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no DJ em 17/04/2008.

³⁴ Relator para o acórdão Ministro Eros Grau, acórdão publicado no DJ em 25/02/2010.

relativamente à prestação de serviço postal, não viola os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. O STF considerou que o serviço postal não consubstancia atividade econômica em sentido estrito e deu interpretação conforme a Constituição ao art. 42 da lei nº 6.548/78, que estabelece a sanção correspondente à conduta de violar a exclusividade da União, para restringir a sua aplicação às atividades descritas no art. 9º do mesmo ato normativo, preceito que define o que se deve compreender por atividades postais.

Na ADPF nº 130/2009³⁵, o STF declarou como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250/1967 (Lei de Imprensa), que dispõe sobre a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Nesse julgamento, o STF firmou a posição que, excluídas unicamente as restrições que a própria Constituição prevê, o Poder Público somente pode dispor, no domínio da liberdade de imprensa, sobre materiais marginais, circunstância que o impede de definir previamente o que pode ou não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Ainda de acordo com o teor do acórdão, a Lei nº 5.120/62 seria materialmente incompatível com a Constituição especialmente porque cria uma série de exceções à liberdade de imprensa.

A ADPF nº 153/2008³⁶ contesta a Lei nº 6.683/1979 (Lei da Anistia). Segundo os autores da ação, a anistia, que é uma causa de exclusão da punibilidade, não deve alcançar os autores de crimes comuns praticados por agentes públicos acusados de homicídio, abuso de autoridade, lesões corporais, desaparecimento forçado, estupro e atentado violento ao pudor, contra os opositores ao regime político da época. No dia 29/04/2010, o STF, por maioria, julgou improcedente a arguição, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski,

³⁵ Relator Ministro Carlos Ayres Britto, acórdão publicado no DJ em 06/11/2009.

³⁶ Relator Ministro Eros Grau, acórdão publicado no DJ em 11/05/2010, mas ainda não disponibilizado no sítio na internet do STF.

que lhe dava parcial provimento, e Ayres Britto, que a julgava parcialmente procedente para excluir da anistia os crimes previstos no artigo 5º, inciso XLIII, da Constituição.

Segundo dados fornecidos pelo STF, de 1993 a 2010, foram distribuídas 208 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Desse total, 52,4% não foram sequer conhecidas, 1,4% julgadas procedentes, 1,0% procedente em parte, 1,0% improcedente e 38% ainda aguardam julgamento³⁷. A partir de um exame mais aprofundado dos dados relacionados ao número de arguições de descumprimento ajuizadas e conhecidas, é possível notar que da data em entrou em vigor a Lei nº 9.882/99 (3/12/1999) até dezembro de 2004 foram propostas 60 ações, sendo que apenas 18 foram conhecidas (30%); dessa data até setembro de 2007 outras 60 arguições foram protocoladas, sendo que 22 foram admitidas (36%); de setembro de 2007 a julho de 2009 mais 60 arguições de descumprimento foram ajuizadas, das quais 35 foram conhecidas (58%). A partir de então e até dezembro de 2009 foram propostas mais 23 ações, sendo que 19 delas foram conhecidas (82%)³⁸.

Com isso nota-se que o número de arguições ajuizadas cresceu a cada ano e que a taxa de conhecimento pelo STF dessa ação seguiu a mesma lógica. Essa tendência decorre principalmente da evolução da jurisprudência do STF quanto aos requisitos de admissibilidade da ADPF. Seguindo tal tendência, os legitimados ativos da ADPF perceberam a importância e os efeitos práticos deste instituto, movimento que fomentou a sua utilização.

³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas do STF, dados de 2010**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=adpf>>. Acessado em: 5 mar. 2010.

³⁸ As proporções apresentadas são conclusão da análise individualizada de cada uma das arguições de descumprimento já ajuizadas, tarefa realizada com o auxílio dos dados globais disponibilizados no sítio eletrônico do STF.

Os dados que medem a relação de arguições ajuizadas por categoria de legitimado dão conta de que 17,3% daquelas ações foram ajuizadas por chefes do Executivo estadual ou distrital, 27,4% por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, 27,9% por Confederação Sindical e Entidade de classe de âmbito nacional, 2,4% pelo Presidente da República, 1% por Mesas de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do DF, 4,3% pelo Procurador-Geral da República, 2,4 % pelo Conselho Federal da OAB e 17,3 % não foram conhecidas porque ajuizadas por pessoas ou entidades deslegitimadas.

Esses dados revelam que, ao contrário de previsões realizadas quando da edição da Lei nº 9.882/99, a ADPF não constitui um instrumento do governo. Pelo contrário, ela nos últimos anos vem se firmando como um mecanismo democrático de controle de compatibilidade de atos normativos, porquanto, à vista dos dados acima referidos, mais de 50% das arguições de descumprimento foram ajuizadas por legitimados que não integram a estrutura orgânica do Estado. Se forem somadas as arguições ajuizadas pelo PGR e pela OAB, entidades públicas independentes que são legitimados universais e que exercem, de acordo com os artigos 127 e 133 da CRFB/1988, funções essenciais à Justiça, chegar-se-ia ao percentual de 62% de arguições propostas por entidades não diretamente ligadas ao Governo ou ao Poder Legislativo.

Conclusões

A ADPF amplia o espectro do controle concentrado de constitucionalidade. A Lei nº 9.882/99 supre a lacuna até então existente no sistema brasileiro de fiscalização de constitucionalidade. Além disso, o novo mecanismo processual prestigia a uniformização das controvérsias sobre questões constitucionais relevantes, pois as decisões de inconstitucionalidade proferidas no controle difuso não são capazes de extirpar do ordenamento jurídico as normas consideradas nulas. Assim, permanecem no sistema normas inconstitucionais ou não recepcionadas já

declaradas incompatíveis com o ordenamento constitucional, normas que, não fossem os efeitos gerais e obrigatórios da decisão do STF, cedo ou tarde poderiam ser aplicadas por outros juízes, situação que desprestigia a segurança jurídica e o princípio da igualdade.

As estatísticas revelam que a ADPF paralela, ao contrário do que defendem os seus críticos, tem assumido um importante papel como instrumento de cidadania e de forma democrática de controle de constitucionalidade do direito pré-constitucional e do direito municipal em defesa dos direitos fundamentais, pois a maioria delas foi ajuizada por pessoas e órgãos que não integram a estrutura do Estado.

A proporção entre o número de arguições ajuizadas nos últimos anos e a quantidade de decisões de conhecimento ou admissibilidade proferidas pelo STF revela a importância que a ADPF vem assumindo no ordenamento constitucional brasileiro. Além disso, as estatísticas sobre a relação de arguições ajuizadas por categoria de legitimado evidenciam que, ao contrário de previsões realizadas quando da edição da Lei nº 9.882/99, a ADPF não constitui um instrumento do governo, mas um mecanismo de garantia dos direitos fundamentais.

O exame da constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 9.882/99 pressupõe a análise da margem de discricionariedade deixada pelo legislador constituinte ao legislador ordinário no domínio do Direito processual constitucional específico da ADPF. Nos termos do art. 102, § 1º da CRFB/88, a arguição de preceito fundamental deve ser apreciada pela Corte Constitucional, *“nos termos da lei”*, característica que o constituinte originário não pretendeu conferir à ADI nem à ADC. Relativamente a essas ações diretas, a própria Constituição definiu os objetos suscetíveis de serem controlados pelo STF. Logo, o Direito processual constitucional relativo à ADPF não se insere no domínio da reserva de Constituição, mas no âmbito da competência legislativa da União, nos termos do art. 22, I, da CRFB/88.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANAS, Vitalino. **Os processos de fiscalização da constitucionalidade e a da legalidade pelo tribunal constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1986.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CATTONI, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DIMOULIS, Dimitri. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 6. Disponível em: <<http://www.ibec.inf.br/dimitrios1.pdf>>. Acessado em: 8 fev. 2010.
- DIMOULIS, Dimitri. Redundâncias e silêncios constitucionais no exemplo da arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os princípios do processo constitucional. In: **Revista da FDUL**. Coimbra: Coimbra, v. 49, n. 1 e 2, 2008.
- LENZA, Pedro. A arguição de descumprimento sob a perspectiva do STF. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Aspectos atuais do controle de constitucionalidade no Brasil**, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: **Revista Jurídica Virtual da Presidência da República**, Brasília,

v. 1, n. 7, dez./1999, p. 2-5. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm>. Acessado em: 20 jan. 2010.

MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2008, v. 6.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**, São Paulo: Atlas, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, t. 1.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Direitos fundamentais e arguição de descumprimento de preceito fundamental**, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, alguns aspectos controversos. In: **Revista Eletrônica de Direito de Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, jul./set. 2009, p. 7. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-19-JULHO-2009-INGO%20SARLET.pdf>>. Acessado em: 3 fev. 2010.

SARMENTO, Daniel Sarmento. Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: TAVARES, André Ramos Tavares e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99**, São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei. In: TAVARES, André Ramos e ROTHENBURG, Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei nº 9.882/99**, São Paulo: 2001.

A Procuradoria do Estado no Contexto Constitucional Brasileiro

Mércia Miranda Vasconcellos¹

Considerações Iniciais

A Constituição Federal de 1988, produto de anseios plurais da sociedade em movimento, trouxe em seu bojo inúmeras conquistas, novas visões, novas bases sobre as quais se assentam a ordem jurídica. Traduz-se na materialização de um novo pacto social entre Estado e sociedade, implementado com a observância dos anseios desta última, deixando de lado a representatividade dos ditames do liberalismo.

A instituição de um novo modelo de Estado ensejou, via de consequência, um novo modelo de Direito e de sociedade. Nessa ordem, a emergência de um novo paradigma do Direito e, mais especificamente, do Direito Constitucional, apresentou-se ao mundo jurídico rompendo com a dogmática, com a proposta de novas visões, reflexões, interpretações do Direito. A comunidade jurídica já não nega o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos; depara-se com a rejeição ao formalismo, bem como com a proposta de métodos mais abertos ao raciocínio jurídico, tais como ponderação e argumentação; aceita, de forma geral, a reaproximação entre Direito e Moral.

¹ Procuradora do Estado do Paraná, doutoranda em Direito das Relações Sociais pela UFPR.

Tais mudanças, antes improváveis, inaceitáveis e até impensáveis, hoje causam a transformação da comunidade e do próprio Direito, trazendo vários questionamentos e com variadas possibilidades de respostas. O texto constitucional utiliza-se de uma linguagem porosa, indefinida e possui textura aberta, em virtude dos princípios e conceitos jurídicos indeterminados que compõem a maioria das normas constitucionais. Diante desse quadro plurissêmico, o presente estudo apresenta reflexões sobre os caminhos apontados no documento jurídico fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à normatização da Advocacia Pública, mais especificamente da Procuradoria do Estado.

Da Interpretação Constitucional

Com a finalidade de justificar a argumentação do presente estudo, explicita-se a linha de pensamento sobre a qual se estrutura todo o raciocínio. Dessa forma, antes de se falar sobre a Advocacia Pública, notadamente a Procuradoria do Estado e os mandamentos constitucionais a ela referentes, mister entender como as reflexões sobre o estudo foram feitas e qual a racionalidade implementada acerca da interpretação constitucional praticada.

A Constituição Federal de 1988 coroou um processo de democratização vivido pela sociedade brasileira, após vinte anos de ditadura militar, e é a materialização da ordem jurídica de um novo pacto social entre Estado e sociedade, com toda a sua complexidade, pluralismo de valores e ideais.

Assim, pode-se entender que se a Constituição é fruto de anseios sociais em cujos meios havia divergências de interesses e de ideologias, portanto ela mesma contém, por vezes, disposições, a princípio, contraditórias, bem como lacunas no texto, a serem supridas, posteriormente, via interpretação cuja metodologia ela mesma indicou.

Daniel Sarmiento (2010, p. 233) aponta mudanças profundas no Direito brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988, com a emergência de um novo paradigma, tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, envolvendo diversos fenômenos, dentre eles: o reconhecimento da força normativa e valorização dos princípios jurídicos; rejeição ao formalismo e raciocínio jurídico mais aberto, com a utilização da ponderação, teorias da argumentação, dentre outros métodos; irradiação das normas constitucionais para todos os demais ramos do Direito, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais; reaproximação entre Direito e Moral.

Nessa linha de raciocínio, um novo modelo de Direito foi inaugurado, mais dinâmico, mais comprometido com a transformação social. Sendo assim, a atuação do Direito não pode continuar engessada por moldes antigos de interpretação que somente ensejarão a recusa da história e da realidade social. “Como se pode olhar o novo, se o novo não pode ser concebido como novo?” (STRECK, 2005, p. 316).

A hermenêutica clássica, pautada no pensamento liberal-individual, de cunho objetivista-reprodutivo, entende a interpretação como um ato unitário, praticado segundo um método específico, alheio à historicidade e facticidade em que se encontram o texto e o intérprete. Os intérpretes ainda consideram que as palavras refletem a essência das coisas, da mesma forma, continuam atrelados ao velho entendimento positivista do acesso ao sentido – preexistente – do texto.

Ao contrário, a significação, a essência do texto dá-se com a ação do intérprete, observando-se todos os elementos nele contidos – tais como gramatical, teleológico, histórico –, pelo simples fato de que tanto o texto quanto o intérprete encontram-se envoltos por uma determinada historicidade e facticidade. A hermenêutica, pois, deve ser vista como totalidade inserta em um contexto social, histórico, político e econômico.

É necessário ter a clareza de que o texto não existe por si só, ele depende do intérprete que está inserido em uma realidade fática. As normas jurídicas vêm a lume entre relações sociais, políticas e econômicas e são

influenciadas por essas, ao mesmo tempo em que as influenciam. Seguindo esse raciocínio, a norma não está contida na Constituição, mas será construída a partir da interpretação constitucional. É o que Lênio Luiz Streck denomina “construção hermenêutica do sentido do texto”. Esse mesmo autor afirma: “Não se interpreta o texto, mas o texto em sua historicidade e faticidade, que vai constituir a ‘norma’. Norma é, assim, o texto aplicado/concretizado.” (2005, p. 322)

Eventual reprodução da hermenêutica tradicional consiste em uma hermenêutica de bloqueio, pautada na dogmática jurídica, responsável por uma “baixa compreensão” da Constituição e impede, via de consequência, a efetiva interpretação e a realização dos objetivos fundamentais e da ideologia constitucional. Se a hermenêutica tradicional transforma-se em hermenêutica de combate, ao se tratar de interpretar novos conceitos, qual seria a proposta de exegese? Se o processo lógico-dedutivo não mais corresponde às necessidades de interpretação, ante a complexidade de interesses e a pluralidade de ideias, qual seria a metodologia a ser aplicada?

Willis Santiago Guerra Filho aponta, com propriedade, que o ato de interpretação constitucional sempre tem um significado político baseado em uma ideologia. Entretanto, essa ideologia não deve ser a particular do intérprete, mas aquela em que se baseia a própria Constituição. No caso da brasileira, a fórmula política encontra-se claramente indicada no “Preâmbulo” e no seu artigo primeiro: Estado Democrático de Direito. (2006, p. 403).

Para Lênio Luiz Streck, o processo de interpretação da Constituição Federal possui uma série de especificações e peculiaridades, uma vez que a Magna Carta, espaço garantidor das relações democráticas entre Estado e sociedade e espaço de mediação ético-política da sociedade, é o *topos* hermenêutico, conformador de todo o processo interpretativo do sistema jurídico. (2003, p. 259).

Afirma, ainda, o referido autor, que interpretar é compreender e não se pode falar na existência de uma hermenêutica constitucional

stricto sensu. Admite, porém, a existência de especificidades, uma vez que a Constituição é o norte, o fundamento de todo o processo interpretativo do sistema jurídico. “A especificidade de uma hermenêutica constitucional está contida tão-somente no fato de que o texto constitucional (compreendendo nele as regras e os princípios) deve-se auto-sustentar, enquanto os demais textos normativos, de cunho infraconstitucional, devem ser interpretados em conformidade com aquele”. (2005, p. 259-260).

Manoel Messias Peixinho afirma que a Constituição deve ser interpretada a partir de valores que ela mesma consagra. A hermenêutica sedimentada nos princípios fundamentais orienta-se para uma aplicação que extrai a sua legitimação da vontade soberana inserta nos postulados básicos que o próprio poder constituinte elegeu como fundamento e fonte primária dos parâmetros por que se deve pautar o Estado Democrático de Direito. (2003, p. 160). Nesse diapasão, tem-se que os princípios constitucionais revelam os valores fundamentais e políticos que ordenaram o regime, a ordem jurídica constitucional e que, por conseguinte, devem orientar a atividade hermenêutica constitucional.

Não se há de tentar mitigar a força normativa dos mandamentos constitucionais, como poderiam ansiar os positivistas. A discussão sobre a normatividade da Constituição já foi superada. Tem-se que a Constituição tem força vinculante, ainda em relação às normas programáticas, sendo, em seu todo, dirigente e vinculante. (STRECK, 2003, p. 250).

A Constituição deve ser interpretada, pois, a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos. A corroborar esse raciocínio, Augusto Zimmermann acrescenta que se espera que a compreensão dos princípios fundamentais, entendidos como expressão suprema da ordem jurídica de valores nacionais, possibilite uma mais correta interpretação sistêmica da Constituição vigente (2006, p.221). Os princípios constitucionais servem de norte, de vetor, além de traduzirem os valores fundamentais da sociedade que devem ser devidamente relevados e compreendidos pelo intérprete.

Nessa linha de raciocínio, pode-se inferir que os artigos 1º ao 4º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual a todo o ordenamento jurídico constitucional. O Estado, além de interpretar a Constituição, deve atuar nos moldes delimitados por ela e cumprir os programas e compromissos nela contidos. Assim, é imperioso que ele atue de forma a desempenhar a sua função constitucional. A ausência de atuação nesse sentido importará em omissão e o prejuízo causado por essa omissão deve ser ressarcido ao cidadão e, quiçá, à sociedade. Ora, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza, a promoção do bem de todos são metas fundamentais do Estado brasileiro.

De toda a reflexão, até aqui, delineada, tem-se que: 1) A Constituição Federal de 1988 deve ser considerada pelo intérprete como uma totalidade, considerando a sua **unicidade** no momento da interpretação; 2) Os mandamentos constitucionais são dirigentes e vinculantes, normativos, pois; 3) Se a Constituição é totalidade normativa, mister extrair-se a maior efetividade possível de seus comandos; 4) O Estado deve respeito às normas constitucionais.

Do respeito às Normas Constitucionais pelo Estado

O Estado deve respeitar as normas jurídicas por ele mesmo criadas, além de respeitar as diretrizes internacionais, produtos dos costumes, tratados e das convenções. Há uma infinidade de regras harmônicas, ou não, em diversos campos, cuja observância é fundamental para a consecução dos objetivos maiores da instituição. No seu território, o Estado deve **obedecer a sua organização jurídica** em cujo topo encontra-se a norma fundamental: a Constituição.

Augusto Zimmermann define Constituição como “organização jurídico-política fundamental do Estado, concernente ao conjunto de regras

básicas sobre a sua forma e sistema de governo, sobre o seu regime político e a separação de funções estatais.” (2006, p. 131). De uma maneira simplificada, pode-se entender Constituição como documento magno da organização jurídica de um Estado. Cabe à Constituição dispor sobre a estrutura, poderes e deveres do Estado, bem como sobre os direitos, as garantias e os deveres dos cidadãos. Além do sentido formal, a Magna Carta confere substância ou essência a instituição estatal, uma vez que do conjunto de seus artigos extrai-se a racionalidade da sociedade que a promulgou.

Cabe ressaltar, neste ensejo, que a reflexão toma por base a função última, essencial do Estado, e não as periféricas. O Estado deve pautar todo o seu atuar nos objetivos fundamentais e respeitar os princípios também fundamentais insertos nos primeiros artigos da Magna Carta, pelo simples fato que eles expressam a ideologia da sociedade para a qual tem o dever de atuar e de buscar o bem comum. A verdadeira conquista estatal é executar a lei, respeitar a Constituição, além de implementar os seus mandamentos, com o intuito de realizar justiça.

Advocacia Pública e a Defesa de Interesses do Estado

Entende-se por advocacia pública o conjunto de funções permanentes, referentes à representação judicial, extrajudicial e de consultoria, com a finalidade de patrocinar o interesse público de pessoas jurídicas de direito público. Em outras palavras, a advocacia pública é a competente para defender os interesses do Estado. De que interesse se trata? Institucionalmente, o Estado tem por finalidade precípua o bem daqueles que o formaram e o constituem sendo, portanto, fundamentos de sua existência.

Os artigos que inauguram o rol normativo constitucional não deixam dúvidas do vetor a ser seguido pela sociedade e pelos atuantes do Direito. Segundo a Constituição Federal de 1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo

político e como metas a construção de uma sociedade justa, livre, solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades sociais.

Sabe-se que a Constituição jurídica de um Estado é condicionada historicamente pela realidade de seu tempo (BARROSO, 2002, p. 01), refletindo o pensamento da época. A ideologia constitucional brasileira é clara no sentido de outorgar aos princípios fundamentais, núcleo essencial, material e formal, a qualidade de normas supremas, embasadoras e informativas de toda a ordem constitucional. (SARLET, 2001, p. 61).

Seguindo esse raciocínio, pode-se dizer que a defesa do Estado pauta-se na defesa dos **interesses públicos indisponíveis**, impossibilitando, assim, a atuação do administrador segundo a vontade individual e própria, fazendo com que essa atuação seja pautada nos princípios da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade. Em outras palavras, a defesa do Estado consiste na defesa dos interesses que a pessoa pública possui o dever institucional de realizar.

Dito isso, deduz-se que, havendo divergência entre interesse do governo e interesse do Estado, o interesse do governo ou do administrador público somente deverá ser relevado enquanto harmonizado com os interesses e com a finalidade do Estado, sendo que esta deverá sempre visar ao bem comum, toda a sociedade, respeitando os mandamentos constitucionais. Não se pode mais, em pleno Século XXI, aceitar que o interesse estatal seja confundido com o interesse de seu administrador ou da administração.

A Advocacia Pública na Constituição Federal: Função Essencial à Justiça

A Constituição Federal constituiu o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, estabelecendo, dentre as normas de organização política, o exercício das funções essenciais à Justiça, delegando a alguns órgãos parcelas do poder emanado do povo, a fim de democratizar o poder estatal.

A advocacia pública encontra-se inserta na Seção II do Capítulo IV do Título IV que dispõe acerca da organização dos poderes. A organização política do Estado, pois, é compreendida de Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário e das Funções essenciais à Justiça. Infere-se do contexto constitucional que, além das funções tradicionais do Estado – legislativa, executiva e judiciária –, há as funções essenciais que dizem respeito à fiscalização da observância do interesse público, efetivada mediante instituições autônomas.

Ao lado das funções precípua, a Magna Carta contempla as funções essenciais à realização da Justiça que, nesse contexto, deve ser entendida como o cumprimento das finalidades do Estado Democrático de Direito. Portanto, ao Ministério Público, à Advocacia Pública e à Defensoria Pública, denominadas “procuraturas constitucionais” por Diogo Figueiredo Moreira Neto, incumbe o dever constitucional de zelar pela Justiça.

Note-se que a cada uma das instituições foi conferida uma função específica: 1) ao Ministério Público cabe zelar pelos interesses difusos da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; 2) à Advocacia Pública cabe garantir que a ação estatal não seja arbitrária nem ilegal e que os interesses públicos primários sejam respeitados e efetivados pelo Estado; 3) à Defensoria Pública cabe defender os interesses dos necessitados, com a finalidade de inclusão social, em atendimento ao clamor social.

Tem-se que a importância da defesa dos interesses difusos, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como a defesa dos interesses públicos no seio do Estado administração, além da defesa dos interesses dos necessitados são equivalentes e estão situadas em um **mesmo patamar constitucional**, não havendo, pois, hierarquia entre elas.

A diferença existente entre as funções essenciais à Justiça insere-se **no enfoque do interesse público** conferido pela Constituição, manifestada

na divisão das atribuições segundo as categorias de interesses públicos tutelados: no caso do Ministério Público, o enfoque é a sociedade; no caso da Advocacia Pública, é o Estado e, finalmente, no caso da Defensoria Pública, o enfoque é a defesa dos necessitados, dos excluídos.

Seguindo o raciocínio apresentado, pode-se afirmar, com clareza e segurança, que não existe hierarquia entre as funções entre si e nem entre qualquer uma delas e os Poderes (funções) do Estado, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário.

Da autonomia das Funções Essenciais à Justiça em relação aos Poderes-Funções do Estado

O poder político do Estado é uno e indivisível, tendo como seu titular o povo. O exercício desse poder, todavia, pode ser dividido por entre os órgãos que compõem a estrutura estatal. No Estado liberal, a separação do poder político estatal em Poderes atendia aos interesses de reduzir os poderes do monarca e, depois, do próprio Estado, tendo em vista o enfraquecimento deste ante a descentralização ocorrida.

A complexidade crescente das relações existentes na sociedade contemporânea, bem como a nova visão paradigmática inaugural de uma nova racionalidade, não mais permite tal entendimento, tampouco aceitação dessa estrutura compartimentada e especializada, enfraquecedora do ente estatal que também evoluiu, juntamente com as demandas sociais.

O Estado contemporâneo é dinâmico e complexo e deve atender à complexidade social, cada vez mais necessitada de mecanismos de fiscalização e de controle. Respondendo a essa realidade, a Constituição contemplou as funções essenciais à realização da Justiça, juntamente com a contemplação da divisão de suas funções primordiais: legislativa, executiva e jurisdicional, o que se permite afirmar que além de suas funções normais, a Magna Carta previu funções fiscalizatórias e de controle de seu atuar, desempenhadas por instituições autônomas: Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública, segundo os interesses públicos tutelados.

A concretização do Estado Democrático de Direito necessita do atuar efetivo das referidas instituições, sendo estas autônomas, não havendo, portanto, supremacia ou prevalência dos poderes – funções – estatais sobre as instituições que desempenham as funções essenciais à Justiça, ou, ainda, hierarquia entre elas. Todas estão previstas no Título IV – da organização dos poderes – ao lado das funções primordiais do Estado. Todas possuem a mesma importância, para cumprir os misteres constitucionais a cada uma conferidos.

Da Procuradoria do Estado na Constituição Federal

A advocacia pública, mais especificamente, a Procuradoria do Estado, está contemplada no artigo 132 do texto Magno. Segundo o contexto apresentado no presente trabalho, as Procuradorias do Estado são instituições autônomas incumbidas da fiscalização da legalidade estatal, de seu controle interno, tendo por objeto a consultoria jurídica e a representação judicial dos entes federados.

Conforme salientado acima, cabe à Procuradoria do Estado cuidar da primazia do interesse público no agir estatal, como realização da Justiça. Os mandamentos constitucionais autorizam a assertiva de que as Procuradorias são competentes para a fiscalização, postulação e correção da realização da finalidade essencial do Estado: a promoção do bem comum.

Os artigos 131 e 132 da Constituição Federal institucionalizaram a advocacia pública e conferiram-lhe prerrogativas básicas. Dessarte, qualquer norma que disponha de maneira diversa a respeito da representação judicial e consultoria jurídica dos Estados-membros, em suas três faces – legislativa executiva e judiciária – e do Distrito federal serão inconstitucionais. Os elementos normativos contidos na Constituição não dão margens à interpretação de que elementos estranhos à carreira de Procurador do Estado desempenhem atribuições a estes expressamente consignadas no

texto constitucional. A prerrogativa institucional tem sede constitucional e não pode ser mitigada por nenhuma legislação infraconstitucional.

O Procurador do Estado desempenha uma função de relevância capital para a concretização do Estado Democrático de Direito, que é a fiscalização do cumprimento da lei e da Constituição, é, portanto, o curador do interesse público, interesse da coletividade, superior ao do particular e indisponível pelos respectivos gestores. O seu atuar será sempre no sentido de cuidar da realização do interesse público no atuar administrativo do Estado, seja mediante consultoria, seja mediante representação judicial.

Relativamente à consultoria, o procurador prestará assessoramento extrajudicial, a fim de auxiliar a Administração na realização das atividades-fins, garantindo o controle da legalidade dos atos administrativos. Diga-se, por oportuno, que não é tão somente a legalidade estrita, mas a legitimidade dos atos praticados.

Com relação à representação judicial, o procurador representará os interesses do Estado na seara jurídica. Entretanto, ainda que haja uma representação formal do Estado-administração no processo judicial, o procurador deverá verificar se o interesse da Administração se coaduna com a finalidade estatal precípua, tendo em vista que as escolhas feitas pela Administração devem ser para a realização do interesse público primário.

Saliente-se que o controle da legalidade pelo Procurador do estado, que vai além da estrita legalidade, englobando a legitimidade do ato, a licitude, a moralidade do agir, a consonância com o interesse público, não exclui outras formas de controle por outros entes estatais como Ministério Público, Tribunal de Contas, pois a finalidade última é a concretização da Justiça que se pode entender a realização do Estado democrático de direito.

Finalmente, a Constituição Federal consagrou a Procuradoria do Estado como instituição autônoma não integrante de qualquer dos poderes – funções – estatais: Legislativo, Executivo e Judiciário, cuja função é essencial à realização da Justiça, que, em última análise, é a consecução do Estado Democrático de Direito, mediante a observação da legalidade e da legitimidade do atuar estatal.

Princípios Constitucionais que norteiam a Procuradoria do Estado

Os princípios aqui elencados terão o condão apenas exemplificativo, até porque, da interpretação constitucional poderão ser inferidos outros, além dos explicitados neste trabalho.

Procedendo-se a uma interpretação filosófica e principiológica da Constituição Federal de 1988, podem-se extrair alguns princípios, vinculantes, referentes à Advocacia Pública e, especificamente, à Procuradoria do Estado.

Importante salientar que, embora alguns princípios não constem expressamente no texto constitucional, sendo, pois, implícitos, são vinculantes e cogentes como os demais princípios constitucionais fundamentais cuja fundamentalidade decorre da essencialidade da função outorgada à Procuradoria do Estado, e a normatividade emana da própria normatividade da Constituição Federal.

Relevante esclarecer que a interpretação quanto às instituições responsáveis pela Justiça deve ser feita de forma harmônica, tendo em vista a identidade de patamar atribuída pela Constituição Federal, no Título IV “Da organização dos Poderes”, Capítulo IV “Das funções essenciais à Justiça”. Assim, os princípios explicitados para o Ministério Público, por exemplo, são aplicáveis para a Advocacia Pública e para a Defensoria Pública, ainda que para essas não estejam explicitados gramaticalmente.

Relativamente ao Ministério Público, a Constituição, respondendo a anseios sociais pautados em exigências postas pela realidade social brasileira, dispôs detalhadamente sobre a instituição. Não obstante, não se pode afirmar que, pelo fato de a Advocacia Pública não possuir disposições tão detalhadas, a ela não se aplicam os princípios explicitados para o Ministério Público. Conforme já foi minuciosamente explicitado acima, não pode haver nenhum tipo de discriminação entre as três funções essenciais à Justiça, responsáveis pela efetividade do Estado Democrático de Direito. A interpretação constitucional, pois, deve ser no sentido de

harmonizá-las no mesmo patamar e sob a ingerência dos mesmos princípios, excetuando-se o que diz respeito às especificidades do interesse público tutelado por cada uma delas.

Extraem-se da interpretação constitucional alguns princípios norteadores das funções essenciais à Justiça – Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública –, os seguintes:

- Institucionalização das Funções Essenciais à Justiça;
- Unicidade orgânica;
- Indelegabilidade da competência funcional;
- Independência de qualquer dos Poderes;
- Autonomia técnica, administrativa e financeira.

Institucionalização da Procuradoria do Estado

A Constituição Federal de 1988 institucionalizou a Procuradoria Geral do Estado entendendo-a Função Essencial à realização da Justiça, juntamente com o Ministério Público e Defensoria Pública. A Procuradoria do Estado possui existência garantida pelo ordenamento constitucional, sendo **ESSENCIAL** à efetividade do Estado Democrático de Direito.

Como instituição, não pode deixar de ter as características constitucionais e nem de realizar as incumbências a ela impostas, cujos limites materiais encontram-se no conteúdo normativo do artigo 132. Com eficácia vinculante e cogente, a Constituição estabelece que a Procuradoria do Estado, instituição permanente que desempenha uma função essencial à Justiça, deve ter a estrutura organizada em carreira na qual o ingresso dos membros se faz mediante concurso público de provas e títulos, estabilidade funcional após avaliação e decurso de prazo.

Unicidade Orgânica

Os princípios são todos interconexos e são extraídos da interpretação do texto constitucional, alcançando o caráter normativo e vinculante já

comentado. Com referência ao princípio da unicidade orgânica, tem-se que os misteres constitucionais outorgados pela Constituição da República o foram ao órgão Procuradoria Geral do Estado, estruturado em carreira composta por procuradores submetidos a concurso de provas e títulos. Dessarte, compete somente ao Procurador do Estado, pertencente ao quadro de procuradores da Procuradoria Geral do Estado, cujo ingresso obedeceu à disposição normativa constitucional, desempenhar as funções de representação judicial e de consultoria dos entes federados.

Em outras palavras, consiste **atribuição exclusiva** dos Procuradores dos Estados a representação judicial e a consultoria jurídica de todos os órgãos da Administração direta, uma vez que esses não possuem personalidade jurídica distinta e, em sendo assim, os atos por eles praticados são atos de Estado. O mandato judicial, diretamente outorgado pela Constituição Federal às Procuradorias, consiste na consultoria e representação judicial dos três Poderes – funções – estatais e não somente do Executivo, pelo fato de que órgãos como Tribunal de Justiça ou Assembléia Legislativa não possuem personalidade jurídica própria, ao mesmo tempo em que integram a entidade Federativa possuidora de tal atributo.

A única exceção havida ao princípio da unicidade é estabelecida pelo próprio texto constitucional, no artigo 69 dos Atos das Disposições Constitucionais Provisórias da Constituição Federal, e importa em permitir a manutenção de consultorias (e não representações) jurídicas separadas das Procuradorias-gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, já houvesse tais consultorias.

Indelegabilidade da Competência Funcional

A função desempenhada pela Procuradoria do Estado é essencial e tem a finalidade de preservar o interesse público. Tal competência está inserida em seara constitucional, sendo, pois, de ordem pública. Disso

dessume-se que o múnus realizado pelo Procurador do Estado somente deve ser desempenhado por ele. A disposição constitucional é clara e não deixa dúvida de que somente ao Procurador do Estado compete o desempenho das atribuições expressadas na Constituição Federal.

A atuação funcional deverá ser implementada por membros integrantes da Procuradoria Geral do Estado, não podendo ser conferida a terceiros o exercício da função. Essa prerrogativa institucional tem sede no documento magno do Estado brasileiro. Somente o Procurador do estado possui legitimidade para atuar nos interesses estatais por determinação constitucional e tal competência funcional não é delegável a terceiros. A eficácia vinculante e cogente da norma extraída da interpretação da Magna Carta não permite conferir a nenhum outro órgão ou pessoa não integrante da carreira de Procurador do Estado o exercício, intransferível e indisponível, das funções. A prerrogativa funcional decorre da institucional, sendo, pois, de ordem pública, e tem a sua fundamentação na Constituição Federal.

Por fim, a competência do Procurador do Estado é delegada constitucionalmente e, portanto, possui fundamento constitucional. A natureza jurídica do cargo de procurador e a competência funcional não permitem que o chefe do Executivo nomeie alguém de fora dos quadros da Procuradoria Geral do Estado para o cargo de Procurador-Geral. O exercício do cargo de Procurador-Geral por pessoa que não tenha prestado concurso público de provas e títulos, e, portanto, não integre a estrutura orgânica dessa instituição, contraria frontalmente os ditames constitucionais.

Há uma diferença patente entre a nomeação de Secretário de Estado e Procurador-Geral, por exemplo. A Secretaria de Estado está vinculada diretamente ao Executivo, integrando a administração direta desse poder. As atribuições do secretário são de natureza técnico-administrativa no sentido de realizar e operacionalizar políticas públicas que são de competência do governador, cuja delegabilidade é permitida. Já as atribuições do Procurador-Geral estão inseridas constitucionalmente e, nos termos normativos da Constituição, a Procuradoria é instituição autônoma,

não se subordinando a qualquer dos poderes e a função constitucionalmente atribuída é indelegável.

As previsões infraconstitucionais em sentido oposto ao mandamento maior são inconstitucionais, porque eivadas de nódoa fatal contra o ordenamento magno do Estado brasileiro. A realidade do Estado brasileiro afasta-se, em muito, dos mandamentos da Constituição Federal, o que não supre a ilegitimidade pela inconstitucionalidade daquela.

Independência de Qualquer um dos Poderes

A contemplação da Procuradoria do Estado como função essencial à Justiça encontra-se inserta no Título de que trata da organização dos Poderes, em capítulo próprio e não em algum subitem de capítulos referentes aos outros poderes ou funções do Estado.

Seguindo a racionalidade já demonstrada no início do presente trabalho, chega-se, facilmente, à conclusão de que tanto o Ministério Público quanto a Advocacia Pública e a Defensoria Pública não são subordinados a nenhum dos Poderes Estatais, não havendo, outrossim, subordinação entre eles.

A ideologia constitucional apontada pelos princípios norteadores da hermenêutica constitucional nos permite afirmar a existência do referido princípio com absoluta segurança. Ora, as instituições referidas foram incumbidas de uma missão democrática de alta relevância. Deixá-las subordinadas ou dependentes de quaisquer dos poderes do Estado seria mitigar e esvaziar toda a missão a elas conferida, enfraquecendo a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Autonomia Técnica, Administrativa e Financeira

A autonomia financeira da Procuradoria do Estado, nos moldes das demais instituições que desempenham funções essenciais à Justiça, consiste

na apresentação de proposta orçamentária, segundo as suas próprias necessidades, por ela estimadas, sem depender de recursos de outro Poder.

Embora a Constituição Federal tenha inaugurado uma nova era jurídica e tenha contemplado a Procuradoria do Estado em seu texto normativo como função essencial à Justiça, função essa de alta relevância para a efetividade do Estado Democrático de Direito, a realidade vivenciada é dispare dos mandamentos constitucionais, sendo as suas funções constitucionais mitigadas pela dependência, pelo vínculo inconstitucional com o Poder Executivo. Infere-se do sistema constitucional federal que a **autonomia financeira está consagrada na Constituição Federal.**

As atribuições outorgadas pela Constituição Federal somente serão desempenhadas da forma proposta quando houver o respeito à efetiva autonomia – técnica, administrativa e financeira – da Procuradoria do Estado. A experiência histórica embasa a afirmação de que somente a partir de sua autonomia financeira, poderá, efetivamente, exercer o seu múnus público. A partir da efetiva autonomia financeira, a Procuradoria poderá rumar a novos caminhos, já delineados pela Magna Carta, porque efetivamente desempenhará as funções a ela incumbidas pela sociedade brasileira detentora do poder soberano. A autonomia financeira está contemplada pela Constituição e é essencial para a efetividade do Estado Democrático de Direito. Falta, porém, vontade política de implementá-la.

Da Inconstitucionalidade da Advocacia Privada pelos Procuradores do Estado

Em acréscimo aos princípios acima abordados, este estudo pretende colocar sob reflexão um ponto polêmico sobre a função essencial à Justiça: Procuradoria do Estado, que é a possibilidade ou não de o Procurador do Estado advogar.

Muito embora o trabalho não pretenda aprofundar o assunto, aproveitará o raciocínio efetivado para a reflexão sobre a Instituição PGE,

a fim de submeter ao crivo reflexivo dos leitores esse assunto tão controverso, cujas defesas de um ou outro posicionamento, por vezes, pautam-se em visões individualistas, sem relevar os princípios, valores, ideais e as normas constitucionais.

A Procuradoria do Estado, desde o advento da Constituição Federal de 1988, não é tão somente uma advocacia pública, mas “Função Essencial à Justiça”, com todas as implicações e consequências acima abordadas. O Procurador do Estado desempenha uma função de relevância capital para a concretização do Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, o curador do **interesse público**. O seu atuar será sempre no sentido de cuidar da realização do interesse público no atuar administrativo do Estado, seja mediante consultoria, seja mediante representação judicial. Dessa forma, é absolutamente incompatível a advocacia privada com o desempenho da função de Procurador do Estado.

Não se há de argumentar que a Constituição Federal não proibiu expressamente a advocacia. Tal argumento pauta-se na visão instrumental do Direito, dispare da ideologia e das normas constitucionais. Não há necessidade de estar explicitado em palavras algo que se extrai do texto constitucional, a partir uma interpretação segundo a nova realidade jurídica constitucional.

Discurso Jurídico-Dogmático: Suporte de Inconstitucionalidades

A disparidade entre as disposições constitucionais, normativas e a “baixa constitucionalidade” que culmina na pouca efetividade do Estado Democrático de Direito permite, ainda, uma reflexão acerca da crise enfrentada pela sociedade jurídica ante o novo caminho inaugurado pela Constituição. Há mais de 20 (vinte) anos da sua promulgação, parte de seus mandamentos continua incompreendida e, via de consequência, sem efetivação.

O motivo pelo qual o horizonte constitucional ainda não foi totalmente descoberto é a limitação paradigmática dos “operadores” do direito que ainda não permitiu que eles se transformassem em “pensadores”, “atuantes” e “realizadores” do direito. Os operadores continuam procurando entender novos caminhos com velhas diretrizes.

O discurso jurídico-dogmático instrumentalizador do Direito é fator impeditivo que obstaculariza o Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a função social do Direito. Lênio Luiz Streck afirma com muita propriedade que a interpretação das normas constitucionais é feita no “sentido comum teórico” dos juristas culminando em interpretações *despistadoras* responsáveis pela inocuidade e ineficácia do texto constitucional. (2005, p.93).

Segundo o autor, o discurso-tipo da dogmática jurídica estabelece os limites do sentido no processo hermenêutico, impedindo, fatalmente uma interpretação consentânea com a ideologia constitucional refratária de anseios sociais pautados na realidade complexa. O discurso-tipo fundante da afirmação, por exemplo, que quando a lei é clara não há a necessidade de interpretação, permeia a mente dos operadores do direito que o introjetam e não se libertam dele.

O discurso dogmático aceito e reproduzido faz com que as “verdades” criadas circulem, se reproduzam e se mantenham despercebidamente. A influência do discurso é devastadora, porém sutil e **serve para estabelecer e preservar a realidade dominante**. O discurso dogmático fundamenta as reflexões e, por isso, estabelece o limite do sentido que se quer extrair do ordenamento jurídico constitucional que precisa ser interpretado sob um novo fundamento: o constitucional orientado pelo próprio texto Magno.

Não há como implementar novas reflexões, a partir de velhas ideias. A significância construída via “sentido comum teórico” somente reproduz valores, sem, contudo explicitá-los, ou, ao menos, questioná-los, sufocando, dessarte, as possibilidades interpretativas em favor de UMA única interpretação. **Assim, o “sentido comum teórico” atua instrumentalmente por uma racionalidade positivista em uma realidade principiológica do**

Estado democrático de direito. A consequência disso, obviamente, é uma crise total de sentidos e uma disparidade entre normatividade e realidade.

O Direito instrumentalizado pelo referido discurso produz um silêncio no texto a ser interpretado, escondendo o próprio Direito e a sua função transformadora. A reprodução acrítica do discurso jurídico dogmático, totalmente alheio à realidade social é responsável pela distância abismal entre mandamento constitucional e realidade social, a quase vinte anos da promulgação da Constituição federal.

O “saber congelado”² por dogmas positivistas do paradigma liberal produz dominação, juntamente com disfunção social e favorece à “ideosfera”, ou esfera da ideologia, dominante, na medida em que impede o verdadeiro discurso, as verdadeiras interpretações, mantendo-se em discussões periféricas e irreais produtoras de “verdades” irreais.

Lênio Luiz Streck aduz que a compreensão é moldada por uma pré-compreensão figurada por uma tradição interiorizada. Dessa forma, o mundo jurídico é “pré-dado” (e, conseqüentemente, predado!) pelo sentido comum teórico que vem a ser o véu do autêntico Direito. (2005, p. 290). Cientes disso, cabe ao pensador do direito buscar des-velar, des-cobrir, abrir clareiras no território da tradição para alcançar o verdadeiro Direito, cuja função é a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Considerações Finais

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que inaugurou a nova era social, o novo ordenamento jurídico e indicou novos rumos a serem seguidos pela sociedade brasileira, os conteúdos materiais de VIDA existentes na Constituição não podem ser extraídos mediante uma interpretação pautada em uma racionalidade

² “saber congelado” e “ideosfera” são termos usados por Roland Barthes.

liberal dogmática, descontextualizada. Tal interpretação correspondeu aos anseios da sociedade do século XIX, entretanto, não mais corresponde à realidade atual do século XXI. Não se pode concordar que a pouca efetividade do Estado Democrático de Direito vigore sustentando a dominação pautada em interesses de poder que nada têm a ver com interesses de realização do bem-comum.

As concepções de Estado e de Direito na contemporaneidade são absolutamente diversas, sob a ótica do Estado Democrático de Direito. Inserta nessa nova realidade, mais humana e em busca da justiça social, a própria Constituição explicita os seus ideais e aponta o norte interpretativo, sendo que os artigos 1º ao 4º da Constituição da República Federativa do Brasil contêm os valores fundamentais e conferem unidade contextual a todo o ordenamento jurídico constitucional, havendo de ser interpretada a partir dos valores explícitos ou implícitos dos artigos acima referidos.

É sabido que a novidade trazida pela Constituição da República não é apreendida nem pela sociedade nem pelos atuantes do Direito de forma linear, sendo necessárias várias experiências e vivências, a fim de que se descubram os caminhos apontados pelo documento magno e se procedam à concretização jurídica necessária à transformação social. Ademais, essa nova forma de olhar o “novo mundo jurídico” trazido pela Constituição implica remover estruturas há muito sedimentadas no contexto social, político e jurídico do país.

Um novo olhar é necessário, se a sociedade quiser viver novos tempos. Não restam dúvidas de que o assunto é complexo e controverso. Não obstante, refletir sobre o perfil constitucional da Procuradoria do Estado é imprescindível para delimitar a sua identidade institucional, suas funções, enfim, o seu papel junto à sociedade e ao Estado.

Referências

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARTHES, Roland. **Aula**. 11. ed. São Paulo: Cultrix, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos editora, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria geral da constituição**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. 2. ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS editora, 2006.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e d entre a facticidade e a validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso:** construção, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2006.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

JURISPRUDÊNCIA

2011

Jurisprudência Comentada

Adequação do Provimento nº 140/2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná aos parâmetros da governança pública: a superação da mera legalidade (Recurso em Mandado de Segurança nº 30.982-PR).

Marcelo Henrique Pereira Marques¹

Ementa. Em decisão paradigmática, o Superior Tribunal de Justiça confirma decisão tomada pelo Tribunal de Justiça do Paraná para reconhecer a legalidade do provimento atacado e para reconhecer também que a Administração Judiciária deve ser objeto de controle e fiscalização como tutela dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Introdução

Trata-se aqui de comentário ao julgado do C. Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.982/PR, interposto pela Associação dos Serventuários da Justiça do Estado do Paraná (ASSEJEPAR), contra Acórdão do E. Tribunal de Justiça daquele estado. A questão posta a julgamento é de grande relevância para o direito público porque versa ao mesmo tempo sobre questões como *interesse público, poder normativo, fiscalização de atividade pública, princípio da*

¹ Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP. Brasil.

legalidade, princípio da eficiência, dentre outros. A ementa do acórdão ficou assim redigida:

ADMINISTRATIVO – CARTÓRIO EXTRAJUDICIAL – PROVIMENTO QUE DISCIPLINA A ATIVIDADE NO ESTADO DO PARANÁ – LEGALIDADE.

1. O recurso ordinário interposto por terceiros na qualidade de assistentes litisconsorciais somente é admissível em mandado de segurança antes do despacho da petição inicial, nos termos da nova lei que regula o mandado de segurança (Lei nº 12.016, de 17.8.2009), ante a vedação expressa prevista em seu art. 10, § 2º, que determina: “o ingresso de litisconsorte ativo não será admitido após o despacho da petição inicial.”
2. No presente caso, o recurso ordinário com pedido de assistência litisconsorcial foi interposta antes da vigência da nova lei do mandado de segurança, razão pela qual aplica-se a interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que admitia a intervenção de terceiros no mandamus “àquele que, desde o início do processo, poderia ter sido litisconsorte facultativo-unitário da parte assistida”. Precedente: REsp 616.485/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.4.2006, DJ 22.5.2006.
3. Inexiste ilegalidade no Provimento 140, de 18.2.2008, da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, que trata da estrutura e funcionamento das varas e estabelece normas relativas ao recolhimento de custas e despesas processuais.
4. Não há ilegalidade no Provimento 140/2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, pois foi editado em harmonia com os princípios da Constituição Federal, da legislação federal e estadual, com fulcro nos princípios que regem a Administração Pública que busca a eficiência e a transparência do serviço público delegado ao particular, por meio de fiscalização do órgão competente do Poder Judiciário.
5. Nos termos do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, compete ao Corregedor Geral da Justiça a função de inspecionar os auxiliares da justiça para instruí-los, sendo que esta instrução poderá se dar através de normas gerais como as portarias, provimentos, instruções, circulares, para fins de organização e funcionamento dos serviços judiciais.
6. A exigência de recolhimento das custas por guia bancária é consentânea com as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que se determinou que fosse feito um levantamento das receitas das serventias judiciais não estatizadas, por que, com a guia bancária, consegue-se saber, com mais precisão e garantia, a correta quantia de valores que foram cobrados ao longo do mês pela serventia.

7. Prevalece o princípio da supremacia do interesse público pois “o recolhimento das custas se dê através de guia de recolhimento bancário, em relação ao interesse privado dos serventuários, qual seja, a continuidade do recolhimento das custas diretamente ao escrivão, mediante emissão de recibo, posto que a arrecadação por guia garante a transparência dos valores recebidos e exame da cobrança nos termos devidos, consoante atribuição da Corregedoria”, conforme acertadamente decidiu o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Paraná.

8. Não é ilegal a exigência de destinação compulsória – prevista em Lei Estadual (Lei Estadual 6.149, de 9.9.1970) – de parcela do montante recebido pelas serventias para a estruturação dos cartórios das varas, “visto que os valores recebidos pelo servidor são relacionados ao exercício de um múnus publico, retribuição que paga pela realização de uma função pública, não podendo ficar os valores, tendo esta origem, à livre, incerta e arbitrária disposição do particular que a desempenha em detrimento da atividade delegada e a isto assistir inerte”, nos termos do acórdão recorrido.

9. O Provimento 140/2008 não criou qualquer nova modalidade de delito funcional, apenas previu que, em caso de descumprimento dos prazos quanto ao aparelhamento da serventia judicial, será instaurado processo administrativo disciplinar, nos termos da legislação estadual. Recursos ordinários em mandado de segurança improvidos.

Entendendo o caso: em 2008, por meio do Provimento nº 140², a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná estabeleceu regramento a respeito do recolhimento de custas e despesas processuais das serventias judiciais paranaenses não estatizadas. A Corte paranaense determinou que o recolhimento deveria ser feito por meio de guia bancária e não mais diretamente ao escrivão da serventia. Competia, ainda, à serventia, apresentar ao juiz em exercício na Vara os extratos da conta bancária vinculada às custas. Ademais, o Provimento prevê investimentos às custas dos respectivos titulares para melhorar a estrutura da Vara. A intenção da Corregedoria era concretizar o Princípio constitucional da eficiência,

² Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f38d106ad8c9042d9ab39e58d1bcc8f6f76cd79b8f3182db071f0c42c35ce409f>. Acessado em 26 de maio de 2011.

implementar mecanismos de controle financeiro das serventias judiciais não estatizadas e propor uma padronização mínima de estrutura e desempenho das serventias. Contra esse Provimento, a ASSEJEPAR impetrou Mandado de Segurança perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Por maioria, foi negada a segurança. Na sequência, sob o jugo do permissivo constitucional, em face da decisão denegatória em mandado de segurança decidida em única instância pelo Tribunal local, foi interposto Recurso Ordinário ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por unanimidade de votos, o STJ negou provimento ao recurso.

Cabe dizer, ainda, que a questão não se encontra resolvida. Contra o acórdão proferido pelo STJ foi interposto pela ASSEJEPAR o Recurso Extraordinário RE 638919 no Supremo Tribunal Federal (STF). Alega-se, dentre outras questões, ofensa ao art. 37 da Constituição no tocante ao princípio da legalidade.

A superação da legalidade pela juridicidade.

Pois bem. Dentre as determinações do Provimento nº 140/2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, consta a obrigatoriedade de os escrivães, servidores e auxiliares da justiça apresentarem mensalmente ao magistrado em exercício na Vara os extratos da conta vinculada ao recolhimento³. No entender da associação impetrante, essa e as demais exigências do provimento atacado só poderiam ser estabelecidas por lei e, por isso, a Corregedoria não teria competência para sua elaboração. É dizer, a matéria estaria sob o manto da reserva legal.

O STJ enfrentou a questão da legalidade e defendeu o provimento entendendo que

³ Item 2.7.1.7.1: Os escrivães e demais servidores e auxiliares da justiça apresentarão ao magistrado em exercício na vara, no primeiro dia útil de cada mês, extrato atualizado da conta corrente mencionada no item 2.7.1.9, em referência ao mês imediatamente anterior.

existe suporte legal para o Provimento 140/2008 pois o art. 16, c/c o art. 20 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná delegam ao Corregedor Geral da Justiça a função de inspecionar os auxiliares da justiça para instruí-los, sendo que esta instrução poderá se dar através de normas gerais como as portarias, provimentos, instruções, circulares, para fins de organização e funcionamento dos serviços judiciais:

Art. 16 – Compete à Corregedoria da Justiça a inspeção permanente sobre todos os Juízes e auxiliares da Justiça, para instruí-los, emendar-lhes os erros e, em relação a estes, punir-lhes as faltas e abusos, devendo manter, para isso, cadastro funcional próprio....

Art. 20 – Ao Corregedor da Justiça compete:... XXV – elaborar as ‘Normas Gerais da Corregedoria da Justiça’, dispondo a respeito da organização e funcionamento de seus serviços; XXVI – expedir provimentos, portarias, instruções, circulares e ordens de serviço;

E ainda,

o art. 20 do RITJ determina que: “Art. 20 – Ao Corregedor da Justiça compete: (...) XXV – elaborar as ‘Normas Gerais da Corregedoria da Justiça’, dispondo a respeito da organização e funcionamento de seus serviços”.

Assim, de acordo com o voto condutor do acórdão do Ministro Humberto Martins, é patente a autorização para a edição do ato normativo atacado. Ademais, a questão não é nova. O STF já teve oportunidade de analisar o poder regulamentar de órgãos judiciários quando examinou, na Ação Direta de Constitucionalidade nº 12, a constitucionalidade da resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça que proíbe o nepotismo no Judiciário. No voto condutor da medida cautelar – posteriormente confirmada no acórdão que julgou em definitivo o pedido da ação direta –, o Ministro César Peluso pontificou: “é possível concluir que o *spiritus rectus* da Resolução do CNJ é debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado⁴”. Para ele, a resolução densifica os princípios constitucionais da eficiência, impessoalidade e igualdade.

⁴ ADC-MC 12.

E vale repetir aqui suas palavras: “o que já era constitucionalmente proibido permanece com essa tipificação, porém, agora, mais expletivamente positivado”.

Ora, no caso comentado, a Corregedoria do TJPR nada mais fez que densificar princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, os quais além de exigirem mais transparência para fins de controle, trazem deveres constitucionais ao Estado. Como pondera José Casalta Nabais, “não se conclua que as normas constitucionais sobre deveres são simples proclamações, meras normas programáticas, puras normas de natureza orgânica ou organizatória⁵”.

A doutrina do direito Administrativo insiste ainda hoje em repisar a lição de Hely Lopes Meirelles de que à Administração cabe somente o que a lei autoriza. Ver, por todos, a citação de José dos Santos Carvalho Filho⁶,

Na clássica e feliz comparação de HELY LOPES MEIRELLES, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza.

Esse axioma, apesar de válido, foi pensado em momento anterior à Constituição de 1988. Precisa, portanto, ser atualizado. Vale, aqui, a lição de Gustavo Binembojm: “a superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade⁷”. E arremata, “em vez de a eficácia operativa das normas constitucionais (...) depender sempre

⁵ NABAIS, Jose Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 175.

⁶ CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 22.

⁷ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 36-37.

de lei para vincular o administrador, tem-se hoje a Constituição como fundamento primeiro do agir administrativo⁸”. Nesse sentido, não vigora mais a soberania da lei, mas da Constituição. A Administração deve pautar-se, portanto, não apenas pela lei, mas por todo o ordenamento jurídico e deve passar todos os seus atos pelo filtro constitucional, como já apontava Paulo Schier⁹.

Governança pública: A moderna administração pública.

Vem se desenvolvendo no âmbito do Direito Administrativo um modelo de governar mais contemporâneo, mais consentâneo com a sociedade de hoje: a administração consensual. Ela se contextualiza dentro da ideia de “governança pública”, ou “*good governance*”, um modelo que, como pondera Gustavo Justino de Oliveira, exige que “os governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática¹⁰”. Segundo Canotilho, “*good governance* significa, numa compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado¹¹”. E corolário de uma gestão responsável, vem a necessidade de *accountability*. Assim, a atividade administrativa contemporânea (e a gestão de uma serventia judicial é pura atuação administrativa), ainda que exercida por entes privados, como *in casu*, não se justifica mais por simples regras de competência, é dizer, por quantidade

⁸ BINEMBOJM. *Op. cit.* p. 37.

⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 215.

¹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

de poder conferida por lei, mas por uma atuação mais ampla, marcada pelo controle do interesse público por diversos atores e pela necessidade de eficiência¹². A esse processo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto chamou “desmonopolização do interesse público¹³”.

Assim, o Estado não pode mais ser pensado como “uma organização autocentrada, hermética e incomunicável¹⁴”. E, muito menos, livre de fiscalização. De acordo com Sabino Cassese¹⁵,

os novos paradigmas do Estado colocam em discussão todas as noções, temas e problemas clássicos do direito público – a natureza do poder público e de seu agir racional, movido de cima para baixo (pela lei), o lugar reservado à lei e a suas implicações (legalidade e tipicidade) e relações público-privado. E requerem também mudança de comportamento científico em relação ao direito, porque a “doutrina” jurídica não pode manter imutáveis os próprios códigos de referência com uma mudança tão radical de seu objeto

É dizer, o direito Administrativo necessita revisitar seus institutos e fazer novas leituras da atividade administrativa. A dogmática do direito Administrativo precisa ser repensada. Assim, ainda que legítimo o ato que imputou determinada serventia judicial a um determinado escrivão antes da Constituição de 1988 e ainda que esse ato esteja protegido pelo manto do direito adquirido, as relações que se desenvolvem a partir daí podem, sim, ser discutidas. O aparelhamento da serventia, a boa prestação e qualidade do serviço público, a gestão de valores para cobrir custas processuais e a eficiência da atuação da serventia refletem a função pública exercida pela

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. In: **Mutações do direito administrativo** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.* p. 29.

¹⁴ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 214.

¹⁵ CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010. p. 145.

serventia. Para Susan-Rose Ackerman, “en los sistemas democráticos, la capacidad del gobierno para rendir cuentas de sus acciones constituye um aspecto importante de la soberania popular. Es uma fuente de legitimidad política¹⁶”. Conforme ponderou o voto condutor do Acórdão,

segundo as informações prestadas pela Autoridade impetrada, o citado ato busca padronizar as serventias judiciais não estatizadas, **como forma de propiciar um maior controle por parte da Administração Judiciária**, visando à fixação de novas exigências quanto à organização física das serventias e dos trabalhos por elas realizados, de acordo com as receitas auferidas.(g.n).

Dessarte, o provimento foi confeccionado no sentido de controlar a destinação dos valores correspondentes às custas. Assim, tais valores exercem dupla função: remunerar o titular da serventia e servir de suporte financeiro para o investimento na estrutura da Vara. Infelizmente, os recorrentes entenderam que o Provimento,

ao incumbir os titulares das serventias não estatizadas de realizarem 'os investimentos necessários à implantação das alterações da vara', assegurando-lhes remuneração compatível com o exercício de suas funções, **fere-lhe o direito de continuarem a desfrutar das mesmas vantagens**, inclusive remuneratórias, que tinham antes da promulgação Da Carta Magna de 1988, ferindo o art. 31 do ADCT. (g.n).

É dizer, para os recorrentes, antes da necessidade de padronização, modernização, eficiência da Administração e da celeridade processual, existiria o direito adquirido ao desfrute de vantagens remuneratórias. Ora, como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁷:

¹⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan. El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual. **Revista del CLAD** – Reforma y Democracia, Caracas, n. 43, feb. 2009. p. 8.

¹⁷ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo (Coord). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 202.

Desde 1998, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº19 ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a eficiência está entre o rol de princípios a orientarem as atividades da Administração Pública. Trata-se de uma sinalização clara do dever (agora constitucionalizado) de que a atuação e organização administrativas se voltem a eficazmente satisfazer as finalidades públicas. Mas o dever de eficiência ainda cumpre um segundo objetivo: deve ser entendido como parâmetro de controle, de aferição permanente do atendimento das finalidades na atuação do poder público, refletindo um direito subjetivo ao recebimento da boa prestação administrativa

Ademais, como apontado pelo redator designado no TJPR, Desembargador Augusto Côrtes, “com a Emenda Constitucional nº 45/04, a finalidade das custas e emolumentos passaram a ser analisadas sobre outro enfoque, que não aquele do mero direito privado de remuneração do agente delegado”. Como se lê da ementa do recurso ordinário,

os valores recebidos pelo servidor são relacionados ao exercício de um múnus publico, retribuição que paga pela realização de uma função pública, não podendo ficar os valores, tendo esta origem, à livre, incerta e arbitrária disposição do particular que a despenha em detrimento da atividade delegada e a isto assistir inerte.

Assim, por tudo o que foi exposto, entendeu o Superior Tribunal de Justiça serem,

suficientes os fundamentos do acórdão recorrido para convencer este juízo de que não há ilegalidade no Provimento 140/2008 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Paraná, visto que foi editado em harmonia com os princípios da Constituição Federal, da legislação federal e estadual, amoldando-se aos princípios que regem a Administração Pública que busca a eficiência e a transparência do serviço público delegado ao particular, por meio da rigorosa fiscalização do órgão competente do Poder Judiciário. (g.n).

Nesse sentido, é paradigmática a decisão do STJ de reconhecer a validade do controle administrativo feito pelo TJPR sobre as serventias judiciais não estatizadas.

Referências

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: **Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 2006.

CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CASSESE, Sabino. **A crise do Estado**. Campinas: Saberes Editora, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Publica. In: MODESTO, Paulo (Coord.). **Nova organização administrativa brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA NETO, Mutações do direito administrativo. In: **_ Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NABAIS, Jose Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Portugal, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Provimento nº 140/2008 da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.dotjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9f38d106ad8c9042d9ab39e58d1bcc8f6f76cd79b8f3182db071f0c42c35ce409f>. Acessado em 26 de maio de 2011

ROSE-ACKERMAN, Susan. El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual. **Revista del CLAD – Reforma y Democracia**, Caracas, n.43, feb. 2009.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional – construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

PARECERES

2011

Consulta acerca da incidência de ITCMD em valores investidos por meio de contratos de previdência privada – Natureza Jurídica de Investimento – Possibilidade de RESGATE – Valores aplicados e restituíveis ao investidor ou beneficiários (herdeiros) em caso de falecimento

Fabiana Yamaoka Frare¹

Trata-se de consulta veiculada pelo Protocolo nº XXXXXXXXX, visando à partilha de bens deixados pelo *de cujus*, na qual a Interessada insurge-se quanto à cobrança de ITCMD sobre valores provenientes de contratos de previdência privada (PGBL e VGBL).

Alega, em suma, que:

1 – O benefício decorrente de contrato de previdência privada não se confundiria com herança ou testamento decorrentes de transmissão *causa mortis*, nem equivaleria à doação.

2 – Sustenta que a natureza jurídica de tais contratos é de seguro de vida e não de investimento.

3 – Embasa sua pretensão no art. 73, da Lei Complementar nº 109/2001 que dispõe: “as entidades abertas serão reguladas também, no que couber, pela legislação aplicável às sociedades seguradoras”.

¹ Procuradora do Estado do Paraná.

4 – Relata que no parecer da SUSEP n° XX/XXXX (enunciado n° XX), vislumbra-se a possibilidade de ser aplicada à previdência complementar o Código Civil. Desse modo, a Interessada invoca as disposições do artigo 794, do Código Civil, o qual preceitua que: “*No seguro de vida ou de acidentes pessoais para o caso de morte, o capital estipulado não está sujeito às dívidas do segurado, nem se considera herança para todos os efeitos de direito.*”

5 – Menciona disposições do Código Tributário Nacional e da Legislação Estadual, invocando o princípio da legalidade.

É o breve relato.

I – DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS – CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA: PGBL E VGBL

Insta, prefacialmente, analisar os contratos de previdência privada que ensejaram o presente parecer, conforme quadro abaixo:

	PROPOSTA	VALOR	CONTRATO
1	7 0746335	R\$ 71.552,67	VGBL sem pecúlio
2	4 6782313	R\$ 1.302,39	PGBL sem pecúlio
3	4 6744250	R\$ 0,00	
4	42 0429591	R\$ 0,00	
5	20 0401739	R\$ 131.575,63	PGBL sem pecúlio
6	43 0448290	R\$ 1.080,74	VGBL sem pecúlio
7	32 3972800	R\$ 77.595,93	MULTIPLANO (PECÚLIO)

Compilando as cláusulas gerais dos respectivos contratos, transcreve-se que:

1 – Referente à proposta XXXXXXXXX:

Declaro estar ciente de que:

(...)

Item 3 – Os resgates/portabilidade poderão ocorrer a partir do 60º dia da Inscrição, observado o intervalo mínimo de 60 dias entre os resgates/portabilidades.

Item 4 – Os valores resgatados serão tributados conforme legislação fiscal vigente.

Item 5 – Ter tido prévio e expreso conhecimento da política adotada para aplicação dos

recursos por meio do FIE, especialmente das diretrizes que serão observadas na realização, com atendimento às normas gerais e regulamentadas pertinentes, de operações em mercados organizados de liquidação futura.

Item 8 – No caso de resgate ou portabilidade será cobrada a taxa de saída de 0,38% sobre a reserva resgatada ou transferida.

Item 15 – Durante o período de diferimento do plano não há garantia de remuneração mínima, podendo ocorrer oscilações negativas na Provisão Matemática de Benefícios a Conceder.

2 – O mesmo se observa da proposta XXXXXXXX:

Declaro estar ciente de que:

(...)

Item 2 – Os resgates/portabilidade poderão ocorrer a partir do 60º dia da Inscrição, observado o intervalo mínimo de 60 dias entre os resgates/portabilidades.

Item 3 – Os valores resgatados serão tributados conforme legislação fiscal vigente.

Item 4 – Ter tido prévio e exposto conhecimento da política adotada para aplicação dos recursos por meio do FIE, especialmente das diretrizes que serão observadas na realização, com atendimento às normas gerais e regulamentadas pertinentes, de operações em mercados organizados de liquidação futura (derivativos) e especificação do percentuais mínimo e máximo de investimentos em renda variável, caso haja previsão de investimentos deste tipo.

Item 10 – Sobre o valor das contribuições do PGBl incidirá taxa de carregamento calculada de acordo com o saldo acumulado na Provisão Matemática de Benefícios a conceder, conforme tabela contida nesta Proposta de Inscrição, e sobre as contribuições aos Benefícios de Risco incidirá taxa de carregamento de 20% (vinte por cento) a serem descontadas das contribuições efetivamente pagas aos Planos.

Item 13 – Durante o período de diferimento do plano não há garantia de remuneração mínima, podendo ocorrer oscilações negativas na Provisão Matemática de Benefícios a Conceder.

3 – Sobre o VGBl, a proposta nº XXXXXXXXX tem a demonstrar que:

Declaro estar ciente de que:

(...)

Item 2 – Os resgates/portabilidade poderão ocorrer a partir do 60º dia da Inscrição, observado o intervalo mínimo de 60 dias entre os resgates/portabilidades.

Item 3 – Os valores resgatados serão tributados conforme legislação fiscal vigente.

Item 4 – Tive prévio e expreso conhecimento da política adotada para aplicação dos recursos por meio do FIE, especialmente das diretrizes que serão observadas na realização, com atendimento às normas gerais e regulamentadas pertinentes, de operações em mercados organizados de liquidação futura (derivativos) e especificação do percentuais mínimo e máximo de investimentos em renda variável, caso haja previsão de investimentos deste tipo.

Item 10 – Sobre o valor das contribuições do VGBL incidirá taxa de carregamento calculada de acordo com o saldo acumulado na Provisão Matemática de Benefícios a conceder, conforme tabela contida nesta Proposta de Inscrição, e sobre as contribuições aos Benefícios de Risco incidirá taxa de carregamento de 20% (vinte por cento) a serem descontadas das contribuições efetivamente pagas aos Planos.

Item 13 – Durante o período de diferimento do plano não há garantia de remuneração mínima, podendo ocorrer oscilações negativas na Provisão Matemática de Benefícios a Conceder.

Dos contratos acima, percebe-se que somente fora contratada a previdência privada, sem qualquer benefício de risco, quais sejam:

Pensão por Prazo Certo

Renda por Invalidez

Pensão ao Cônjuge

Pensão aos Menores

Pecúlio

Logo, são eminentemente contratos de investimentos.

Tangente à proposta nº XXXXXXXXX, embora não apresentada pela Interessada em sua cópia proveniente de microfilmagem fornecida pelo Banco, impende salientar que, uma vez se tratando de VGBL, não há alteração das condições gerais transcritas para a proposta anterior (XXXXXXX).

Já a proposta nº XXXXXXXXX refere-se ao pecúlio, ou seja, “pagamento de benefício de uma única vez ao(s) beneficiário(s) indicado(s), uma vez falecido o participante e de acordo com o regulamento do plano contratado” (definição

extraída do site da Instituição Financeira Administradora dos mencionados planos). Este, sim, ostenta características de seguros de vida, do qual se destacam os seguintes termos do plano contratado:

Estou ciente que até a ocorrência do evento gerador os valores de contribuição e do benefício serão atualizados anualmente, no mês de aniversário da inscrição no Plano, pelo índice Geral de Preços do Mercado (IGPM) acumulado nos 12 (doze) meses que antecedem o mês de aniversário da inscrição no Plano.

(..)

Assumo a responsabilidade por todas as informações por mim prestadas na primeira página desta proposta, inclusive as que estão datilografadas e que não sejam de meu próprio punho, que coincidam com a via em meu poder. Declaro ter ciência dos termos do Art. 766 do Código Civil, o qual dispõe que, “Se o Segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Ressalte-se que tais declarações não constam das contratações dos planos de previdência privada, o que lhes retira totalmente qualquer similitude com o contrato de vida.

II – DA NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA

Inicia-se a explanação acerca da natureza jurídica dos contratos de previdência privada que se faz com esteio na doutrina de Raul Teixeira:

*... no art. 202, a Carta Magna contempla o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, de cunho facultativo e **baseado na constituição de reservas** que garantam o benefício contratado.*

Aqui, ao contrário do regime oficial, temos uma relação essencialmente contratual que se forma entre o participante de um plano de benefícios e as entidades de previdência complementar que oferecem o produto.

*É inquestionável que tal relação contratual, pelo fato de ter como objeto a formação de **poupança individual para garantir as incertezas do futuro, do desamparo na velhice e da sobrevivência dos familiares dependentes**, é considerada matéria de*

*ordem pública, portanto a merecer regulamentação total por parte do Poder Público, restando restrito campo para o exercício da própria autonomia privada.*²

Nos contratos de previdência privada, o pagamento é destinado a um fundo de investimento que, por não possuir personalidade jurídica, é administrado por sociedades de investimentos, como, no presente caso, por seguradoras, sob o regime de capitalização. Nesse passo, calha transcrever o destaque feito na doutrina anexada pela Interessada:

Mas antes de detalhar todas as vantagens citadas, convém explicar os dois produtos, que ainda geram dúvidas. De maneira bastante simplificada, PGBL e VGBL são alternativas previdenciárias de investimento administradas por companhias seguradoras. Estes se assemelham aos fundos de investimentos tradicionais... (fls. 85 deste protocolado)

Inclusive dos contratos de previdência em referência, firmados pelo de cujus, conforme detalhado no item I, elencam-se os seguintes:

- 1 – Proposta nº XXXXXXXXX – VGBL em renda fixa sem pecúlio
- 2 – Proposta nº XXXXXXXXX – PGBL V40/30 sem pecúlio
- 3 – Proposta nº XXXXXXXXX – PGBL em renda fixa sem pecúlio
- 4 – Proposta nº XXXXXXXXX – VGBL V40/30 sem pecúlio

Assim, vislumbra-se que os planos VGBL FIX (Proposta nº XXXXXXXXX) e PGBL FIX (Proposta nº XXXXXXXXX) destinam os valores aportados em fundos de renda fixa. Já os planos VGBL V40/30 (Proposta nº XXXXXXXXX) e PGBL V40/30 (Proposta nº XXXXXXXXX) estipulam o investimento de 40% (quarenta por cento) do capital em fundo de renda variável e os outros 60% (sessenta por cento) em renda fixa.

² TEIXEIRA, Raul. **Seguro, previdência privada e capitalização**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 33/34.

A propósito, fundos de investimentos são condomínios de pessoas físicas e jurídicas que, mediante comunhão de recursos, visam aplicá-los em títulos e valores mobiliários, bem como outros ativos disponíveis no mercado financeiro e de capitais (art. 2º da Instrução CVM nº 409, de 18 de agosto de 2004). Tais recursos são convertidos em cotas de participação.

Assim, entendendo um pouco mais sobre a dinâmica dos fundos de investimentos:

Quando se aplica (ou seja, investe um capital), o Participante está comprando ativos financeiros, os quais irão compor a carteira de fundo, a fim de gerar rendimentos.

O resgate, por sua vez, representa a venda dos ativos financeiros da carteira do fundo no mercado secundário de títulos, disponibilizando, assim, recursos aos investidores mediante crédito em conta corrente ou conta investimento.

Como o objetivo do investimento é auferir rendimentos do capital aplicado, existem estratégias que viabilizam, por meio do maior risco, possibilidade de maior rentabilidade (por exemplo, renda variável ou fundos de ações objetivando acompanhar ou superar a variação de um índice do mercado acionário, tal como o IBOVESPA ou o IBX), ou por meio do menor risco, obter uma rentabilidade previsível (por exemplo, aplicações em títulos públicos ou privados, pré ou pós-fixados e ter como principal fator de risco a variação da taxa de juros e (ou) de índice de preços, como na renda fixa).

Nesse passo, cumpre citar o disposto no art. 95 da Instrução CVM nº 409/2004:

Art. 95 – As classificações “Renda Fixa”, “Ações” e “Cambial” são definidas a partir do principal fator de risco associado à carteira do fundo.

§ 1º Os fundos classificados como “Renda Fixa” e “Cambial” deverão possuir, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da carteira em ativos relacionados diretamente, ou sintetizados via derivativos, ao fator de risco que dá nome à classe.

§ 2º Os fundos classificados como “Ações” deverão possuir, no mínimo, 67% (sessenta e sete por cento) da carteira em ações admitidas à negociação no mercado à vista de bolsa

de valores ou entidade do mercado de balcão organizado.-

§ 3º *Entende-se por principal fator de risco de um fundo o índice de preços, a taxa de juros, o índice de ações, ou o preço do ativo cuja variação produza, potencialmente, maiores efeitos sobre o valor de mercado da carteira do fundo.*

§ 3º *com redação dada pela Instrução CVM nº 411, de 26 de novembro de 2004.*

§ 4º *Os principais fatores de risco da carteira de um fundo classificado como “Renda Fixa” deve ser a variação da taxa de juros doméstica ou de índice de preços, ou ambos.*

§ 4º *com redação dada pela Instrução CVM nº 411, de 26 de novembro de 2004.*

§ 5º *O principal fator de risco da carteira de um fundo classificado como “Ações” deve ser a variação de preços de ações admitidas à negociação no mercado à vista de bolsa de valores ou entidade do mercado de balcão organizado.-*

Assim, avaliando as características de cada produto, com base em *folders* e informações obtidas no site do Banco XXXXXXXXX dos fundos de investimentos para contrato de previdência privada, as diferenças dos planos em alusão são as seguintes:

PGBL	VGBL
• O PGBL é um plano que permite acumular recursos para sua aposentadoria e manter o padrão de vida da sua família através de coberturas de rendas vitalícias ou temporárias. • Você tem duas opções de contribuição: mensal ou única. • É possível efetuar aplicações adicionais a qualquer momento. • O participante tem 100% da rentabilidade líquida obtida na gestão do Fundo de Investimento Financeiro Exclusivo (FIFE). • São quatro opções de composição de fundo para você escolher. • Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado poderá ser resgatado pelos beneficiários. • As contribuições (exceto as efetuadas ao Plano de Pecúlio) são dedutíveis do Imposto de Renda de Pessoa Física, conforme legislação em vigor. • Benefícios complementares: Pensão por Prazo Certo; Pensão ao Cônjuge; Pensão aos Menores; Pensão por Invalidez; Pecúlio.	• Um Plano em que o participante pode acumular recursos para o seu futuro transformando-os em renda vitalícia ou renda temporária. Também é possível resgatar tudo de uma só vez. • Durante o período de acumulação, os recursos aplicados são isentos de tributação sobre os rendimentos, conforme legislação em vigor. • Você pode fazer aplicações adicionais a qualquer momento. • Participação de 100% da rentabilidade líquida obtida na gestão do Fundo de Investimento Financeiro Especialmente Constituído (FIFE). • No momento do recebimento de renda ou resgate, o IR incide somente sobre os rendimentos auferidos, e não sobre todo o montante. • Caso ocorra o falecimento do participante, o saldo acumulado no VGBL poderá ser resgatado pelos beneficiários.

As contribuições efetuadas ao VGBL não são dedutíveis no Imposto de Renda.

> COMPARAÇÃO DOS PLANOS PGBL e VGBL

PGBL		VGBL
É um plano de Previdência Complementar que permite a acumulação de recursos e a contratação de rendas para recebimento a partir de uma data escolhida pelo participante.	O que é	Um plano com possibilidade de acumulação de recursos para o futuro, os quais podem ser resgatados na forma de renda mensal ou pagamento único a partir de uma data escolhida pelo participante.
Mais atraente para quem declara Imposto de Renda completo, podendo aproveitar do abatimento* da Renda Bruta anual na fase de contribuição.	Para quem é mais indicado	Para quem é isento, declara Imposto de Renda simplificado ou tem previdência complementar e/ou já abate* o limite máximo de 12% da Renda Bruta anual.
Abatimento* das contribuições no Imposto de Renda (até o limite de 12% da Renda Bruta anual) durante o período de acumulação. Sobre os valores de resgate e rendas haverá a incidência de tributação conforme alíquota da tabela do Imposto de Renda Pessoa Física em vigor.	Tratamento fiscal	Durante o período de acumulação, os recursos aplicados estão isentos de tributação sobre os rendimentos. Somente no momento do recebimento de renda ou resgate haverá a incidência de Imposto de Renda, apenas sobre os rendimentos auferidos.
▪ Participação em 100% da rentabilidade líquida obtida na gestão do Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento Especialmente Constituídos - FICs. ▪ Possibilidade de resgates a partir de 180 dias da contribuição. ▪ O cliente pode gerenciar seu plano, fazendo contribuições adicionais ou mudando a composição do fundo de investimento. ▪ A rentabilidade do fundo pode ser acompanhada pelos jornais. ▪ Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado no PGBL será devolvido aos beneficiários indicados. ▪ Quatro opções de fundos de investimento, desde o mais conservador até o mais dinâmico.	Principais vantagens	▪ Possibilidades de contribuições adicionais a qualquer momento. ▪ Participação em 100% da rentabilidade líquida obtida na gestão do Fundo de Investimento em Cotas de Fundos de Investimento Especialmente Constituídos - FICs. ▪ Possibilidade de resgates a partir de 180 dias da primeira contribuição. ▪ Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado no VGBL poderá ser resgatado pelos beneficiários. ▪ Quatro opções de fundos de investimento, desde o mais conservador até o mais dinâmico.
▪ Mensal (a partir de R\$ 50,00) ▪ Única (a partir de R\$ 1.000,00)	Tipos de contribuição	▪ Mensal (a partir de R\$ 50,00) ▪ Única (a partir de R\$ 1.000,00)
▪ Renda Vitalícia ▪ Renda Temporária ▪ Renda Vitalícia com prazo mínimo garantido ▪ Renda Vitalícia ao beneficiário indicado ▪ Renda Vitalícia Reversível ao Cônjuge com continuidade aos menores ▪ Renda Certa	Opções de Benefícios	▪ Renda Vitalícia ▪ Renda Temporária ▪ Renda Vitalícia com prazo mínimo garantido ▪ Renda Vitalícia ao beneficiário indicado ▪ Renda Vitalícia Reversível ao Cônjuge com continuidade aos menores ▪ Renda Certa

* Conforme Legislação em vigor.

Detalhando as informações acima, observam-se os pontos comuns do PGBL e VGBL:

- 1) Há a cumulação de recursos, com possibilidade de resgate integral do valor investido, tanto no VGBL quanto no PGBL, após a devida tributação;
- 2) Em ambos os planos de benefícios, constata-se a participação em 100% da rentabilidade líquida obtida na gestão do fundo de investimento;
- 3) Quatro opções de fundos de investimentos desde o mais conservador até o mais dinâmico/arriscado;
- 4) Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado (investimento) será devolvido ou resgatado pelos beneficiários, tal como qualquer outro investimento bancário.

Ademais, buscando-se mais particularidades dos produtos em *folders* relativo aos produtos em testilha, trasladam-se os seguintes dados:

a) Encarte nº 1:

PGBL Proteção Familiar

A mais completa linha de benefícios para proporcionar **tranquilidade** a você e a sua família.

Conta com uma das melhores rentabilidades do país para quem opta pelo modelo completo de Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física (grifos nossos).

VGBL Proteção Familiar

Uma forma inteligente de acumular recursos para manter o padrão de vida no futuro, com total liberdade desde o início. Ideal para quem é isento, opta pelo modelo simplificado da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física, já aproveita o teto de dedução fiscal do PGBL ou de outro plano previdenciário. (grifos nossos)

Confira a transcrição abaixo:

Comece hoje mesmo a planejar um futuro melhor e mais tranquilo para você e sua família.

A XXXXXX Vida e Previdência tem diversas opções de planos de **Previdência Privada** para ajudar você a fazer a decisão certa e construir o futuro dos seus sonhos. Conheça as vantagens e benefícios de cada um e escolha o que mais se aproxima do seu perfil.

PGBL Proteção Familiar

A mais completa linha de benefícios para proporcionar tranquilidade a você e sua família. Conta com uma das melhores rentabilidades do país para quem opta pelo modelo completo de Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física.

- **Possibilita a dedução de até 12% de seu rendimento bruto anual*.**
- **Coberturas de rendas vitalícias ou temporárias.**

VGBL Proteção Familiar

Uma forma inteligente de acumular recursos para manter o padrão de vida no futuro, com total liberdade desde o início. Ideal para quem é isento, opta pelo modelo simplificado da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Física, já aproveita o teto de dedução fiscal do PGBL ou de outro plano previdenciário.

- **Durante o período de acumulação, os recursos aplicados estão isentos de tributação sobre os rendimentos.**
- **Coberturas de rendas vitalícias ou temporárias.**

De Pai para Filho Geração 2

A tranquilidade para quem se preocupa com o futuro de seu filho ou dependente, no caso de falta do participante.

- **Renda mensal para o menor até que ele complete 24 anos.**
- **Parte da reserva acumulada pode ser resgatada a partir de 24 meses.**
- **Sorteio mensal de prêmios em dinheiro.**

Multiplano Geração 2

Este é o plano para você que coloca a segurança da sua família em primeiro lugar. Aqui você tem assegurado que, na falta do participante, um valor de cobertura seja repassado aos beneficiários indicados.

- **Parte da reserva acumulada pode ser resgatada a partir de 24 meses.**
- **Sorteio mensal de prêmios em dinheiro.**

Vida a Vida

É um plano diferenciado, desenvolvido especialmente para atender às necessidades daqueles que buscam proteção das coberturas de pensão e pecúlio aos seus dependentes.

- **Benefício de Pecúlio**
- **Benefício de Pensão**
- **Assistência PET**
- **Assistência Funeral Familiar**

Prev Jovem PGBL/VGBL

O plano ideal para quem quer planejar o futuro de seus filhos. Através da acumulação de recursos, você poderá guardar dinheiro de forma segura para a educação e, até mesmo, para sua carreira profissional.

- **PGBL: possibilita dedução de até 12% de seu rendimento bruto anual*, para declaração completa do Imposto de Renda da Pessoa Física**
- **VGL: para quem é isento, opta pela declaração simplificada do Imposto de Renda ou deseja aumentar suas reservas de previdência.**

Planos de Previdência

Você começa hoje e usa quando quiser.

*Conforme legislação vigente.

b) Encarte nº 2: Fundos de Investimentos: possibilita o investimento em fundos conservadores e agressivos (VGBL FIX, V15/30, V30/30, V40/30 e V49/30. (grifos nossos).

CONHEÇA OS NOVOS* PLANOS DE PREVIDÊNCIA VGBL XXXXXXXX. PREV JOVEM E PROTEÇÃO FAMILIAR.

O novo Prev Jovem VGBL XXXXXXXX e o novo Proteção Familiar VGBL XXXXXXXX possuem diferenciais que ratificam o pioneirismo e a vanguarda da XXXXXXXX Vida e Previdência no desenvolvimento, na gestão e na administração de seus produtos.

Prev Jovem VGBL XXXXXXXX: é uma forma de planejar o futuro dos filhos. Através da acumulação de recursos, você poderá guardar dinheiro de forma segura para, por exemplo, custear os estudos de seus filhos. Adicionalmente à acumulação de recursos, o Prev Jovem oferece ao beneficiário, em caso de falecimento do participante, uma cobertura paga de uma só vez e uma pensão paga ao beneficiário até que ele complete 24 anos.

Proteção Familiar VGBL XXXXXXXX: é um plano de acumulação de reserva em que você tem seu recurso corrigido como um investimento e o reverte em aposentadoria, se assim desejar, mantendo o padrão de vida de sua família através de coberturas de rendas vitalícias ou temporárias. Em caso de falecimento do participante, o saldo acumulado poderá ser resgatado pelos beneficiários. Você ainda pode contar com benefícios complementares, como Pensão por Prazo Certo, Pensão ao Cônjuge, Pensão aos Menores e Pecúlio, protegendo sua família em sua falta.

VGBL: ideal para quem é isento, opta pelo modelo simplificado de declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física ou deseja aumentar suas reservas de previdência, mas já aproveita o teto de dedução fiscal do PGBL ou de outro plano previdenciário.

Tributação: o segurado pode optar pelo regime Progressivo (IRPF) ou Regressivo em função do prazo de acumulação.

Carregamento: redução da taxa de carregamento na saída, conforme tempo de permanência no Plano. Após o 24º mês não haverá cobrança.**

Fundos de Investimentos: possibilita o investimento em fundos conservadores e agressivos (VGBL FIX, V 15/30, V 30/30, V 40/30 e V 49/30).

Resgate e Portabilidade: carência de 6 meses para resgate e de 60 dias para portabilidade.

Índice de Atualização: as contribuições e os benefícios de renda são atualizados anualmente pela variação do IPCA/IBGE.

Tábua de Sobrevivência: benefício calculado pela primeira Tábua de Sobrevivência Brasileira – BR_EMS_sb, desenvolvida exclusivamente com base na nossa população de consumidores de Seguros de Vida e Previdência Privada.

A TAXA DE CARREGAMENTO INCIDE SOBRE APORTES/PRÊMIOS MENSAIS OU ÚNICOS DE ACORDO COM O SALDO ACUMULADO.

Saldo da Provisão – R\$	Na entrada	Na saída
Até 4.999,99	4,5%	0,5%
De 5.000,00 a 29.999,99	3,0%	0,5%
De 30.000,00 a 49.999,99	2,0%	0,5%
A partir de 50.000,00	1,2%	0,3%

*Benefícios calculados pela nova Tábua de Sobrevivência Brasileira – BR_MS_sb, versão 2010.

**O carregamento na saída incide no momento do resgate ou na portabilidade, sobre o valor nominal dos prêmios pagos, sendo reduzido a zero quando o Segurado completar 24 meses de permanência no Plano.

Em ambos, portanto, constata-se que há acumulação de recursos restituíveis, a qualquer momento, ao investidor. Logo, são planos idênticos. A única diferença entre os contratos é justamente a forma de tributação, pois no VGBL o resgate se dará pelo valor líquido, uma vez que o Imposto de Renda recairá somente sobre os rendimentos auferidos, enquanto no PGBL incide o Imposto de Renda tanto sobre os valores de capital aplicado pelo investidor como dos rendimentos.

Assim, transcrevendo o art. 9º, da Lei Complementar nº 109/2001, constata-se que:

Art. 9^a. As entidades de previdência complementar constituirão reservas técnicas, provisões e fundos, de conformidade com os critérios e normas fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º. A aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos de que trata o caput será feita conforme diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 2º. É vedado o estabelecimento de aplicações compulsórias ou limites mínimos de aplicação. (grifos nossos)

Avaliando os comentários despendidos sobre o citado dispositivo legal, cabe mencionar o seguinte:

A constituição dessas reservas, fundos e provisões tem por finalidade proporcionar a segregação do patrimônio destinado à cobertura dos benefícios assegurados pelo plano de previdência complementar, evitando, assim, que ele se confunda com o patrimônio próprio da entidade previdenciária.

Este patrimônio segregado deve ser capitalizado, mediante a realização de aplicações financeiras que observem os critérios e limites estabelecidos pelo CMN.

(...)

A constituição de reservas técnicas encontra-se consagrada no texto constitucional, no caput do artigo 202, o qual prevê que 'o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefícios contratado, e regulado por lei complementar'.

Trata-se, portanto, de uma obrigação inerente aos planos de benefícios previdenciários, pois são estas reservas financeiras que proporcionam a existência de patrimônio especificamente para o pagamento de benefícios assegurados aos participantes. É bem verdade que não é apenas a constituição dessas reservas, fundos e provisões que garantirão o cumprimento das garantias contratuais, pois é necessário que as aplicações financeiras sejam capazes de capitalizar os recursos arrecadados pelo plano, de forma a acompanhar as alterações do cenário econômico do País...,

(...)

O Parágrafo primeiro, do artigo 9º, da Lei Complementar nº 109, de 2001, dispõe sobre a aplicação dos recursos correspondentes às reservas, às provisões e aos fundos constituídos pelas entidades de previdência complementar, os quais deverão seguir as diretrizes estabelecidas pelo CMN.

A aplicação referida em tal dispositivo corresponde à aplicação financeira desses recursos, isto é, da realização de investimentos nos mercados financeiro e de capitais,

segundo os critérios fixados pelo órgão regulador desses mercados, o CMN.³ (negritos nossos)

No caso, a previdência privada complementar se opera pelo regime de capitalização, isto é:

No regime de capitalização, diferentemente do regime de repartição simples, cada geração constitui as reservas para suportar o pagamento dos seus próprios benefícios. Ou seja, o próprio trabalhador, durante a sua fase laborativa, constrói a sua reserva financeira, acumulando recursos. Pode ser comparado, grosso modo, ressaltadas as peculiaridades de cada plano de benefícios, a uma caderneta de poupança.⁴ (negritos nossos)

Ademais, segundo a Circular SUSEP nº 338, de 30 de janeiro de 2007, em seu artigo 1º, parágrafo único e incisos I e II, constata-se a similaridade dos planos de previdência privada VGBL e PGDL, visto que capitalizam os recursos vertidos a fundos de investimento:

Art. 1º Alterar e consolidar regras e critérios complementares de funcionamento e de operação da cobertura por sobrevivência oferecida em planos de previdência complementar aberta.

Parágrafo único. Para fins de remissão nesta Circular, considera-se:

I – EAPC: entidade aberta de previdência complementar ou sociedade seguradora autorizada a operar planos de previdência complementar aberta;

II – FIE: fundo de investimento especialmente constituído ou o fundo de investimento em quotas de fundos de investimento especialmente constituídos, cujos únicos quotistas sejam, direta ou indiretamente, sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência complementar ou, no caso de fundo com patrimônio segregado, segurados e participantes de planos VGBL – Vida Gerador de Benefício Livre ou PGDL – Plano Gerador de Benefício Livre.

³ BALERA, Wagner. **Comentários à lei de Previdência Privada LC 109/2001**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 78/79.

⁴ RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. **Os planos de benefícios das entidades de previdência privada**. São Paulo: LTr, 2005, p. 90.

Interessante salientar que, somente para os planos instituídos com capitalização financeira durante o período de diferimento será possível o resgate aos beneficiários indicados, pois, se tais planos fossem estruturados pelo regime de repartição simples, não caberia a concessão de resgate de saldamento ou devolução de quaisquer contribuições pagas, haja vista que cada contribuição é destinada a custear o risco de pagamento no período.

Nesse passo, como se trata de aporte financeiro visando ao acúmulo de rendimentos, tem-se caracterizado patrimônio do Participante. Assim, no momento do seu falecimento, há a transmissão desses recursos aos seus herdeiros. Não existe, nesta modalidade contratual, a criação de contraprestação pelo Banco. É, portanto, imaginar uma relação jurídica primária do Banco com o Participante ao assegurar um plano de previdência complementar (isto é, complemento da aposentadoria) estabelecido em seu próprio favor, sendo que, na hipótese de ocorrer o falecimento do Participante, sem ter optado por resgatar em vida os recursos investidos, ocorrerá a sucessão desse patrimônio aos herdeiros ou beneficiários do falecido. Logo, é inquestionavelmente herança.

O seguro de vida, por sua vez, é estipulado, em regra, para ser destinado um capital segurado, em valor fixo, aos beneficiários do segurado. Ou seja, a relação jurídica, embora, firmada pelo segurado, é feita, desde o liminar, em favor dos dependentes/beneficiários do seguro.

Nesse vislumbre, o artigo 36, da Lei Complementar nº 109/2001, ao dispor acerca das entidades abertas para operar os planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, demonstra diferenciação com a regulamentação dos contratos de previdência privada com os de seguro de vida, pois:

Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.

Parágrafo único. As sociedades seguradoras autorizadas a operar exclusivamente no ramo vida poderão ser autorizadas a operar os planos de benefícios a que se refere o caput, a elas se aplicando as disposições desta Lei Complementar. (grifos nossos)

Alicerçado nos comentários tecidos sobre tal dispositivo legal:

*Com relação ao parágrafo único, tem-se que os benefícios oferecidos pelas entidades de previdência aberta são muito semelhantes àqueles oferecidos pelas sociedades seguradoras ressaltando, logicamente, a responsabilidade social premente. **Inegável que o resguardo do bem estar da pessoa humana é mais importante em termos de interesse social do que o seguro de vida.***

*A iminente **incompatibilidade mercadológica** entre a previdência privada e o seguro de vida levou as seguradoras a criarem entidades específicas, sob a forma de sociedades anônimas para operarem planos de benefícios de previdência privada.*⁵ (grifos nossos)

Daí ressaem as diferenciações dos contratos:

1) O contrato de previdência privada possui uma responsabilidade social maior, pois visa resguardar a segurança do Participante em vida, podendo, obviamente garantir essa tranquilidade aos familiares e dependentes com o falecimento do investidor mediante a devolução do saldo acumulado. O seguro de vida é uma relação inversa. Visa resguardar a segurança e manutenção dos dependentes, porém, não do segurado.

2) Incompatibilidade mercadológica, pois se trata de produtos diferenciados. Com leis de regência específica a cada um, já que o próprio artigo 73, da LC 109/2001⁶, prevê aplicação subsidiária da legislação das

⁵ BALERA, Wagner (Coord.). **Comentários à lei de Previdência Privada LC 109/2001**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 228.

⁶ Segundo comentários ao artigo 73, da Lei Complementar n.º 109/2001, “Justifica-se o dispositivo legal, já que tanto as entidades abertas de previdência complementar quanto as sociedades seguradoras objetivam a satisfação dos interesses derivados do risco através de estruturas comerciais que almejam lucros.

(...)

Ressalte-se, apenas, que a legislação aplicável às seguradoras regula as entidades abertas de previdência complementar apenas subsidiariamente, no que a

sociedades seguradoras, apenas em relação às entidades abertas, e não aos contratos de previdência privada.

Ora,

Como a previdência social, em seu regime geral de previdência social, almeja a garantia do mínimo necessário à subsistência de seus segurados, surgiu novamente a necessidade de proteção individual, já que havia pessoas que não se encontravam adequadamente protegidas para manter a qualidade de vida.” Foi criado, então, em 1977, o sistema de previdência complementar, de caráter privado, paralelo ao regime de previdência social, básico e estatal, com a finalidade de, por meio de contrato, propiciar o pagamento de benefícios em contraprestação às contribuições vertidas⁷.

De qualquer modo, como os contratos de previdência privada se assemelham muito mais à Seguridade Social, pois objetiva à segurança de uma aposentadoria e à manutenção da mesma qualidade de vida do Participante, em caráter mais publicista que privado, calha ressaltar que o Decreto-Lei nº 73/66, em seu artigo 3º, parágrafo único, é expresso em vedar sua aplicação aos seguros da Seguridade Social:

Art. 3º Consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias.

Parágrafo único. Ficam excluídos das disposições deste Decreto-lei os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente. (grifos nossos)

3) Destarte, não cabe a aplicação das disposições do art. 794, do Código Civil, para afastar a incidência do ITCMD sobre os investimentos em planos de previdência privada transferido aos herdeiros ou dependentes

legislação for omissa”. (BALERA, Wagner (Coord.). Comentários à lei de Previdência Privada LC 109/2001, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 307, negritos nossos).

⁷ RAMOS, Maria Cibele de Oliveira. **Os planos de benefícios das entidades de previdência privada.** São Paulo: LTr, 2005, p. 21/22.

com a ocorrência da morte do Participante. Ressalva-se, contudo, o pecúlio, este sim, contratado como benefício à parte, com características de seguro de vida.

Ademais, ainda que os Interessados insistam quanto à aplicação das disposições do Código Civil, mister se faz citar as disposições do artigo 109, do Código Tributário Nacional:

*Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da **definição, do conteúdo e do alcance** de seus institutos, conceitos e formas, **mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.** (negritos nossos)*

Assim, transcrevendo as palavras de Ricardo Alexandre, observa-se que:

*O direito tributário é ramo de **direito público**, estando sujeito, por conseguinte, aos princípios basilares que informam o regime jurídico publicista, quais sejam, a **supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público.***⁸

*O **direito privado** fundamenta-se em princípios diametralmente opostos, pois, nas relações entre particulares, presume-se que **as partes buscam interesses privados, sendo tratadas de maneira igual pela lei** (não se fala em supremacia dos interesses de nenhuma das partes). **Os interesses privados são, em regra, disponíveis, sendo a indisponibilidade exceção.***⁹

Conforme afirma o art. 109 do CTN, os princípios gerais de direito privado devem ser utilizados para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance dos seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

*Porém, não lhe será útil vasculhar os princípios gerais adotados pela doutrina civilista para perquirir os efeitos tributários da propriedade, pois tal atividade é levada a cabo sob outra ótica, a dos princípios de direito tributário.*¹⁰

⁸ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Gen e Editora Método, 2010, p. 263.

⁹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Gen e Editora Método, 2010, p. 263.

¹⁰ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. São Paulo: Gen e Editora Método, 2010, p. 264.

Desse modo, pela perspectiva do resgate em vida pelo Participante, vislumbra-se a nítida característica patrimonial do contrato de previdência privada. Em outras palavras, se em vida o beneficiário pode resgatar os valores aportados, ou melhor, investidos, urge destacar que se configura herança transmitida aos herdeiros/dependentes no momento de abertura da sucessão. Logo, a obrigação do Banco já existe, com a possibilidade de resgate dos valores investidos.

No entanto, o seguro de vida já é firmado para que a importância segurada (geralmente estabelecida em valor fixo) seja destinada diretamente aos beneficiários, por exemplo, aos dependentes, informados pelo estipulante/segurado.

Com efeito, cite-se, a título de ilustração, o caso de um segurado com 33 (trinta e três) anos de idade, que, mediante o pagamento de um prêmio de R\$ 19,90 (dezenove reais e noventa), possui a importância segurada de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), conforme dados obtidos pela tabela bancária. Sendo o contrato de seguro de vida primordialmente aleatório, a projeção dos seus efeitos estará no recebimento pelos beneficiários da indenização integral do valor contratado, uma vez ocorrido o evento gerador morte. Com isso, verifica-se que inexistente um investimento visando à rentabilidade dos valores alocados, pois a prestação direta do Banco/Seguradora surge, ou melhor, nasce com a morte do segurado.

Em tal esteira, com espreque na obra *Comentários à Lei de Previdência Privada – LC 109/2001*:

*O resgate, em planos abertos de previdência complementar é conceituado pela Resolução CNSP nº 104, de 2004, como sendo o ‘instituto que, durante o período de diferimento e na forma regulamentada, permite o resgate de recursos da provisão matemática de benefícios a conceder’. Ou seja, é o instrumento que possibilita o recebimento dos recursos acumulados pelo participante, antes do início do pagamento do benefício contratado.*¹¹ (negritos nossos)

¹¹ BALERA, Wagner. **Comentários à lei de Previdência Privada LC 109/2001**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 178/179.

Em nota de rodapé, a obra citada anteriormente, traz os seguintes esclarecimentos:

*A Provisão Matemática de Benefícios a Conceder é composta pelas contribuições e demais lançamentos efetuados a crédito no plano de benefícios, atualizados em função dos rendimentos e ganhos obtidos na aplicação financeira de tais recursos, quando a remuneração assegurada ao participante estiver baseada na rentabilidade da carteira de investimentos.*¹² (negritos nossos)

Assim, o site do Banco Administrador dos contratos em alusão confirma a assertiva acima, pois define que Provisão ou Reserva Matemática de Benefícios a Conceder:

É o saldo individualizado, apurado durante o período de diferimento, decorrente da movimentação de recursos de cada participante, sendo seu valor atualizado diariamente em função da valorização das Cotas do FICs.

Em suma, o resgate se torna obrigatório nos planos de benefício por sobrevivência (a exemplo do PGBL e VGBL), pois o participante ao aportar valores está investindo em um fundo de investimento (cotas), e, com isso, acumula recursos em sua provisão matemática de benefícios a conceder que devem retornar em seu favor, caso desista do plano contratado, ou em favor de seus beneficiários, caso venha a falecer.

Contudo, ainda algumas considerações precisam ser postas à baila.

A Lei Federal nº 11.196/2001 estabelece que:

Art. 76. As entidades abertas de previdência complementar e as sociedades seguradoras poderão, a partir de 1º de janeiro de 2006, constituir fundos de investimento, com patrimônio segregado, vinculados exclusivamente a planos de previdência complementar ou a seguros de vida com cláusula de cobertura por sobrevivência, estruturados na modalidade de contribuição variável, por elas comercializados e administrados. (Vigência)

¹² BALERA, Wagner. **Comentários à lei de Previdência Privada LC 109/2001**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 178.

§ 1º Durante o período de acumulação, a remuneração da provisão matemática de benefícios a conceder, dos planos e dos seguros referidos no caput deste artigo, terá por base a rentabilidade da carteira de investimentos dos respectivos fundos.

§ 2º Os fundos de investimento de que trata o caput deste artigo somente poderão ser administrados por instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários – CVM para o exercício da administração de carteira de valores mobiliários.
(negritos nossos)

Logo, restou evidente que a natureza jurídica do PGBl e VGBL é de contrato de investimento administrado por Instituições Financeiras ou Seguradoras.

Assim, inobstante o art. 79, da Lei nº 11.196/2001 estabeleça que o recebimento de benefício independe de abertura de inventário, não sugere que haja isenção no pagamento do ITCMD, senão vejamos:

Art. 79. No caso de morte do participante ou segurado dos planos e seguros de que trata o art. 76 desta Lei, os seus beneficiários poderão optar pelo resgate das quotas ou pelo recebimento de benefício de caráter continuado previsto em contrato, independentemente da abertura de inventário ou procedimento semelhante.

De qualquer modo, a legislação não isenta ao pagamento dos impostos, uma vez que determinou a responsabilidade pela retenção e recolhimentos dos tributos à entidade de previdência complementar, nos termos do artigo 83, parágrafo único, da Lei Federal nº 11.196/2001:

Art. 83. Aplica-se aos planos e seguros de que trata o art. 76 desta Lei o disposto no art. 11 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e nos arts. 1º a 5º e 7º da Lei no 11.053, de 29 de dezembro de 2004. (Vigência)

Parágrafo único. Fica responsável pela retenção e recolhimento dos impostos e contribuições incidentes sobre as aplicações efetuadas nos fundos de investimento de que trata o art. 76 desta Lei a entidade aberta de previdência complementar ou a sociedade seguradora que comercializar ou administrar o plano ou o seguro enquadrado na estrutura prevista no mencionado artigo, bem como pelo cumprimento das obrigações acessórias decorrentes dessa responsabilidade.

Além disso:

*Como é sabido, a Constituição Federal não cria tributos, apenas outorga competência para que os entes políticos o façam por meio de leis próprias*¹³.

Assim, com base no art. 155, da Constituição Federal, o ITCMD é imposto conferido à competência dos Estados:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; (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)

III – propriedade de veículos automotores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (grifos e negritos nossos).

Logo, somente lei estadual poderia conceder isenção quanto ao recolhimento do ITCMD aos Cofres Públicos do Estado. Segundo Eduardo Sabbag:

Com efeito, ‘a isenção, em princípio, deve ser concedida por lei editada pela pessoa política competente para tributar’.

(...)

O caput do art. 176 do CTN, por sua vez, reafirma que a regra da **isenção sempre decorre de lei**, que especifique as condições, os requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e sendo o caso, o prazo de sua duração, ainda quando **prevista em contrato**¹⁴ (grifos nossos)

¹³ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed., São Paulo: Gen e Editora Método, 2010, p. 204.

¹⁴ SABBAG, Eduardo. *Op. cit.*, p. 873 e 875.

Se, todavia, as disposições da Lei Federal nº 11.196/2001 forem invocadas como forma de isenção ao pagamento do ITCMD, tem-se caracterizada hipótese de isenção *heterônoma*, uma vez que está sendo “concedida por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere.”¹⁵

No entanto, com espeque na doutrina de Hugo de Brito Machado, informa-se que:

Na Constituição anterior havia expressa autorização à União para conceder, por meio de lei complementar, isenção de impostos estaduais e municipais. Tinha-se nesse caso exemplo de isenção heterônoma. Isenção concedida por lei complementar da União, concernente a impostos estaduais e municipais.

Na Constituição de 1988, porém, a regra inverteu-se. Agora, a União está proibida de conceder tais isenções.¹⁶ (grifos e negritos nossos)

Ademais, o artigo 123, do Código Tributário Nacional dispõe que:

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Acolhendo ainda os ensinamentos do citado autor atinente ao preceito do artigo 123, do Código Tributário Nacional, tem-se o seguinte:

A não ser que a lei específica do tributo estabeleça de forma diferente, as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias respectivas.¹⁷ (grifos e negritos nossos).

¹⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 206.

¹⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 206.

¹⁷ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. cit.*, p. 126.

Com escólio na doutrina do tributarista Leandro Paulsen, tem-se que:

*Conforme Hugo de Brito Machado a lei ordinária, **especialmente a lei de cada tributo**, pode dispor em sentido contrário, vale dizer, pode admitir a eficácia das convenções particulares contra a Fazenda Pública. Isto é pouco provável que venha a acontecer, **mas é bom que assim esteja dito na Lei Complementar, porque assim fica assegurada maior autonomia no trato da questão pelo legislador de cada ente tributante...***¹⁸

Portanto, repise-se que, embora o artigo 79 da Lei Federal nº 11.196/2001 não disponha expressamente sobre isenção quanto ao pagamento do ITCMD, alinhavam-se as seguintes situações:

1) A Lei nº 11.196/2001 é lei federal e sequer se refere à matéria tributária.

2) Logo, em razão da autonomia dos Entes Federados não se aplica como isenção ao pagamento de ITCMD, pois a lei de regência seria de âmbito estadual.

Outrossim, em face do princípio da legalidade, aplica-se o art. 1º, inciso I, da Lei Estadual nº 9.827/88 no vertente caso:

Art. 1º. O imposto, de competência dos Estados, sobre a transmissão de bens e direitos pela via sucessória ou por doação, tem como fato gerador:

I – a transmissão “causa mortis” ou por doação de direitos e da propriedade, posse ou domínio de quaisquer bens ou direitos;

II – a transmissão, por uma das modalidades previstas no inciso anterior, de direitos reais sobre quaisquer bens inclusive os de garantia;

III – a cessão, a desistência ou a renúncia por ato gratuito, de direitos relativos às transmissões referidas nos incisos I e II.

¹⁸ In: PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência**, p. 879/880.

Nessa testilha, utiliza-se do mesmo entendimento esposado na ementa jurisprudencial abaixo:

Agravo de instrumento. Previdência privada. Integralidade de pensão. Execução de sentença. Herdeiros já habilitados no precatório. Desnecessidade de realização de inventário, cabendo aos herdeiros informarem a proporção atinente a cada um. Pagamento de ITCD no momento da percepção dos valores. Precedentes da Corte. Decisão monocrática. Recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70022248512, Terceira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ney Wiedemann Neto, Julgado em 28/11/2007 publicado no DJ de 21/12/2007).

Portanto, com o falecimento do Participante, há transmissão dos investimentos aos herdeiros, fato gerador para a tributação do ITCMD.

Em suma, as conclusões são as seguintes:

- 1) Os contratos de previdência privada objetivam em primeiro momento o resguardo da segurança do Participante, com a complementação da aposentadoria;
- 2) Para tanto, constituem-se em acúmulos de recursos, uma vez que vertidos a um fundo de investimento, a fim de capitalizar o capital aportado, **restituíveis ao investidor**;
- 3) Não estão, portanto, imunes à incidência de tributação;
- 4) De forma que, somente por lei estadual, poder-se-ia cogitar acerca da isenção do pagamento de ITCMD (tributo de competência dos Estados-membros);
- 5) Logo, ocorrido o falecimento, há a transmissão dos investimentos do *de cujus* aos seus herdeiros/dependentes, o que caracteriza o fato gerador para a cobrança do ITCMD.

Por todo o exposto, opina-se pela cobrança de ITCMD sobre os saldos resgatados pelos herdeiros, por meio dos planos de PGBL e VGBL, haja vista serem contratos de investimentos, (exceto os valores referentes à eventual contratação de pecúlio – benefício complementar) os quais

constituem, outrossim, patrimônio deixado pelo *de cujus*, com fundamento no artigo 1º, inciso I, da Lei Estadual nº 8.927/88.

Como o artigo 79, da Lei Federal nº 11.196/2001 estabelece que o resgate de saldos investidos por meio dos planos de previdência privada em comento independe da abertura de inventário ou procedimento semelhante, sugere-se que seja notificado o Banco Central do Brasil para que oriente as Entidades Abertas a informarem à Receita Estadual o pagamento de benefícios instituídos nos planos de previdência privada, possibilitando, assim, conhecimento do Fisco para que sejam tributados os valores transmitidos em razão da morte do participante.

É o parecer.

SMJ.

XXXXXXX, 13 de setembro de 2011.

Fabiana Yamaoka Frare

Procuradora do Estado – OAB/PR nº 36.425

DIREITO
DO ESTADO
EM DEBATE

REVISTA JURÍDICA
DA PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DO PARANÁ

2011
