



# Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo

ISSN 0102-8065

**Estudos em homenagem a  
Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves**

75  
janeiro/junho 2012

---

# REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

---



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

**75**

JANEIRO/JUNHO 2012





# GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

GERALDO ALCKMIN

*Governador do Estado*

## PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

ELIVAL DA SILVA RAMOS

*Procurador-Geral do Estado*

Mariângela Sarrubbo Fragata

*Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos*



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

ISSN 0102-8065

## **CENTRO DE ESTUDOS**

### **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Rua Pamplona, 227 - 10º andar  
CEP 01405-902 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel. (11) 3286-7005  
Home page: [www.pge.sp.gov.br](http://www.pge.sp.gov.br)  
e-mail: [divulgacao\\_centrodeestudos\\_pge@sp.gov.br](mailto:divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br)

#### **Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos:**

Mariângela Sarrubbo Fragata

#### **Assessoria:**

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Camila Rocha Schwenck e Luiz Henrique Tamaki

#### **Comissão Editorial**

Adriana Ruiz Vicentin, Alessandra Obara Soares da Silva, Camila Rocha Schwenck, Carla Pedroza Andrade, Cláudia Garcia Grion, Eduardo Luiz de Oliveira Filho, Mara Regina Castilho Reinauer Ong, Maria Marcia Formoso Delsin, Patricia Ulson Pizarro Werner, Luiz Henrique Tamaki.

#### **Revista**

Coordenação editorial desta edição: Dora Maria de Oliveira Ramos e Luiz Henrique Tamaki. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Qualquer pessoa pode enviar, diretamente ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores

Tiragem: 2.000 exemplares

---

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo, SP,  
Brasil, 1971-.(semestral)

1971-2010 (1-72)  
1998 (n. especial)  
2003 (n. especial)

CDD-340.05  
CDU-34(05)

---

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>VII</b>
<b>Homenagem a Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves .....</b>	<b>XI</b>
Ana Maria Oliveira de Toledo Rinaldi	
<b>O pensamento de Maria Teresa Ghirardi M. Neves: a aplicação do direito civil ao direito administrativo; a supremacia do interesse público e o papel do Estado; o intérprete da norma administrativa e a criação do direito. Despacho no parecer PA nº 165/2005 ..</b>	<b>1</b>
<b>PONTO DE VISTA – A arbitragem no Poder Público. Viabilidade? SIM: Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado .....</b>	<b>13</b>
Marcelo José Magalhães Bonicio	
<b>NÃO: O Estado, a Jurisdição e a Arbitragem: para começo de conversa.....</b>	<b>21</b>
Demerval Ferraz de Arruda Junior	
<b>A jurisdição constitucional e o problema da legitimidade: soluções advindas da hermenêutica constitucional contemporânea.....</b>	<b>33</b>
André Gardesani	
<b>Imposto de renda da pessoa física – inconstitucionalidade do limite legal para dedução de despesas de educação .....</b>	<b>61</b>
Antonio Joaquim Ferreira Custódio e Rufino Armando Pereira Passos	
<b>Desapontação: necessidade de lei para regulamentação do direito.....</b>	<b>87</b>
Caroline de Camargo Silva Venturelli	
<b>A delegação dos serviços públicos essenciais .....</b>	<b>105</b>
Célia Mariza de Oliveira Walvis	

<b>Regime próprio de previdência dos militares do Estado de São Paulo – algumas questões atuais.....</b>	<b>141</b>
Danilo Barth Pires	
<b>O princípio da autonomia universitária na prática da Administração Pública: os limites do controle interno .....</b>	<b>167</b>
Dora Maria de Oliveira Ramos	
<b>A ética pública como imperativo constitucional.....</b>	<b>183</b>
Eduardo Muylaert	
<b>O processo legislativo nos Estados e Municípios .....</b>	<b>195</b>
Fernanda Dias Menezes de Almeida	
<b>Financiamento internacional e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos – reflexões .....</b>	<b>219</b>
Maria do Carmo Garcez Ghirardi	
<b>Do regime próprio de previdência social .....</b>	<b>243</b>
Marina de Lima Lopes	
<b>Revisão dos contratos com finalidades diversas segundo o ramo do direito a que pertencem.....</b>	<b>287</b>
Nestor Duarte	
<b>Democracia e coletividade .....</b>	<b>295</b>
Paulo Salvador Frontini	
<b>Anotações sobre o Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada na cidade de São Paulo.....</b>	<b>307</b>
Sérgio Rizzi	
<b>A licitação como instrumento para implementação de políticas públicas voltadas à proteção ambiental .....</b>	<b>327</b>
Sílvia Helena Nogueira Nascimento	

# Apresentação

**T**enho sempre muita satisfação em fazer apresentações ou prefácios de obras monográficas, coletâneas ou revistas sobre temas de Direito Público ou reunindo trabalhos da lavra de Advogados Públicos.

No caso presente, essa satisfação, entretanto, é quádrupla: em primeiro lugar, trata-se de número especial da Revista da Procuradoria Geral do Estado, instituição em que milito há mais de 30 (trinta) anos e que se tornou parte indissociável de minha vida; em segundo lugar, o volume que ora apresento compõe-se de um conjunto de artigos sobre temas de notável relevo para o Direito Público; o terceiro fator de regozijo é que a maior parte desses trabalhos é da autoria de Procuradores do Estado, da ativa ou aposentados; porém, o aspecto que mais de perto me tocou ao redigir essas linhas aligeiradas é o da pessoa homenageada por esta edição da Revista: Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves.

Foi ela uma Procuradora do Estado exemplar. Não fez da advocacia pública uma simples opção profissional, mas um autêntico sacerdócio. Isso porque tinha a exata dimensão do que significa ser um advogado público, operador do direito recrutado por concurso público entre os graduados mais bem preparados, que coloca o saber jurídico a serviço do bem comum, finalidade última do Estado. Para ser um advogado público, não bastam as incontáveis horas de dedicação aos estudos, a leitura atenta de processos e documentos, a pesquisa em livros, pareceres e nos bancos de dados eletrônicos, a atualização constante: é preciso se identificar com o Estado democrático, seus fins e funções.

A Teresa, como carinhosamente a chamavam seus amigos, reunia todos esses predicados. Bem por isso, marcou sua trajetória na PGE como poucos. Não foram apenas pareceres e manifestações redigidas com elegância e apuro técnico. Em muitas delas transparecia o espírito público que animava a sua atuação, indignando-se com os desvios



funcionais, com a falta de compromisso de administradores relapsos ou com falta de ética dos gestores ímprobos, com o desperdício de recursos públicos, com o mau funcionamento dos serviços públicos.

Tive a ventura de conviver mais de perto com a Teresa nos últimos anos de sua vida, prematuramente encerrada. Em maio de 2007, retornei ao exercício de meu cargo efetivo de Procurador do Estado, classificado, desde o ingresso na PGE, na Procuradoria Administrativa, mais especificamente na antiga 3ª Subprocuradoria da PA, incumbida da prolação de pareceres, que, a partir de 2002, passou a corresponder à própria unidade especializada, *tout court*. Nesse regresso de um longo período, de mais de 20 (vinte) anos, exercendo cargos de provimento em comissão em outros órgãos da PGE, fui recebido de braços abertos, coração exultante, pela Teresa.

Durante três anos e meio conversamos diariamente sobre processos e pareceres; sobre a PGE e o mundo jurídico; sobre a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da qual éramos ambos egressos; sobre ciência, cultura e lazer; sobre família, pessoas, suas mazelas, virtudes e sonhos; enfim, CONVIVEMOS!

Embora diferentes em nossos modos de exprimir a condição humana, cresceu entre nós uma profunda amizade, plantada no terreno fértil do respeito e da identidade de valores. Continuamos divergindo sobre muitas coisas, especialmente no terreno esportivo (ela corintiana e eu palmeirense...), mas de uma forma democrática, respeitosa e, principalmente, divertida! O mais claro sinal disso, é que me lembro com saudade desse período de minha vida.

Em 2011, já reconduzido ao cargo de Procurador-Geral, convidei-a para continuar no cargo de Procuradora-Chefe da Procuradoria Administrativa, não com muita expectativa, confesso, de que aceitasse a incumbência. Afinal, já houvera completado o tempo para aposentadoria e se encontrava em plena luta contra a moléstia, que veio a abreviar sua vida terrena. No entanto, para minha surpresa e imensa alegria, a Teresa aceitou dar mais essa contribuição à PGE e o fez com a mesma dedicação e encantamento, escrevendo uma das páginas mais significativas e comoventes da história da Instituição.

Peço aos leitores que me perdoem por essas notas permeadas de personalidade (contrariando a homenageada, que sempre defendeu a im-

pessoalidade nas relações publicísticas). A justificativa, valendo-me da motivação, a tábua de salvação do administrador bem-intencionado, é a de que não estamos apenas diante de uma destacada Procuradora do Estado, que cumpriu com exatidão os deveres de seu cargo. Algumas pessoas mantêm com as instituições relações semelhantes às dos caules de plantas que se entrelaçam, a não mais permitir a identificação de um e outro vegetal. Esse foi o caso de nossa homenageada, cuja vida operosa e digna veio a se confundir, no período, com a da Procuradoria Geral do Estado, máxime a da Procuradoria Administrativa.

Há neste número especial da Revista da PGE trabalhos de grande valor científico e de extrema utilidade para a advocacia pública, com destaque para aqueles versando sobre a previdência especial dos servidores públicos, assunto de particular apreço da eterna Chefe da Procuradoria Administrativa.

Convido a todos os leitores a se debruçarem sobre esses saborosos exercícios de raciocínio jurídico e desfilarem de informações profissionalmente relevantes. Não se esqueçam, entretanto, que um advogado público não se faz apenas com o estrito cumprimento dos deveres do cargo: é preciso partilhar um sonho, o de ver triunfar a democracia e as instituições que a encarnam, os direitos fundamentais da pessoa humana e as políticas que os viabilizam; enfim, é preciso transformar o exercício do cargo público em instrumento de amor ao próximo!

**ELIVAL DA SILVA RAMOS**  
*Procurador-Geral do Estado*



# Homenagem a Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves

Meu tipo inesquecível

Este não será um texto jurídico, talvez nem muito apropriado para uma revista jurídica, mas os que tiverem interesse em ler entenderão a razão que me leva a escrever como alguém apaixonado pela pessoa, ainda mais do que pela colega, advogada, jurista ou Procuradora.

Conheci **Maria Teresa Garcez Ghirardi** na Faculdade de Direito, meados dos anos 70. Apesar da diferença de apenas dois anos e de interesses comuns no que se refere ao Estado de Direito, ao Estado Democrático, à preocupação com a *res publica*, e o privilegiar o interesse público como forma de realizar o bem comum, não nos tornamos imediatamente amigas. Ela parecia uma adulta, e eu, alguém saindo da adolescência. Mas muitas vezes me vali, como quase todos os demais da classe, do “caderno da Teresa”. Como um colega disse, recentemente, num grupo no *Facebook*, se ela tivesse cobrado os empréstimos ou publicado o caderno, poderia ter ficado rica. Esse caderno, escrito em letra bonita, clara, redonda, uniforme, era um espetacular acompanhamento das aulas dadas pelos professores e seus assistentes, enriquecido com observações e anotações da dona. Era melhor estudar por ele do que por livros, manuais, apostilas. E era o que a maioria de nós fazia: perto das provas, pedíamos o caderno emprestado para fazer xérox. E por ali estudávamos. Já havia aí um retrato da Teresa: mulher bonita, clara (no sentido de precisa, objetiva), uniforme (no sentido de evitar contradições, mal-entendidos), disposta a compartilhar o produto do seu esforço com os demais.

Depois, nos reencontramos por ocasião do concurso de ingresso na PGE, em 1985. Ela, a essa altura **Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves**, grávida pela terceira vez; eu, esperando a primeira filha. Novamente, travamos contato, trocamos experiências e, mais uma vez, me vali dos conhecimentos que ela estava disposta a compartilhar: tudo sobre gestação,

amamentação, fraldas, papinhas, e demais coisas típicas da vida de mulher adulta. Fui para a Grande São Paulo e ela, para a Procuradoria Fiscal. Às vezes, eu a via em reuniões de trabalho, na rua. Mas ainda não éramos amigas.

Finalmente, no início da década de 90, recebemos, na Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, o reforço de duas colegas – uma delas, a Maria Teresa. Ali iniciamos verdadeiramente a convivência que se revelou profícua e apaixonada, do ponto de vista do trabalho e pessoal. A Teresa brilhante, de raciocínio rápido, arguta, solerte (palavra que ela adorava usar), divertida, determinada, elegante, ética, crítica, rigorosa, até severa, se mostrou por inteiro. Eu gostava de trabalhar com ela e pensava na sorte que era encontrar uma amiga assim. Tratava-se de uma amizade que se estabeleceu em termos de igualdade, respeito, admiração, franqueza, sinceridade. Com ela, tudo podia ser conversado, discutido, analisado, e era – ou se tornava – objeto de prazer e diversão: a licitação cujo edital havíamos aprovado, o processo administrativo disciplinar que havíamos examinado, rumores de Gabinete, humores do dia a dia, queixas sobre a rotina doméstica, maridos, filhos, dinheiro. Tudo podia ser falado sem censura e acabava bem digerido, apesar de, quando vencida, “curvar-se” com a ponta do nariz bem empinada aos céus. Éramos parecidas, mas não iguais, e nos completávamos. Uma segurava ou empurrava a outra, de acordo com a necessidade e a circunstância.

Aí, Teresa, cotada para ser chefe da CJ/SSP, cometeu um deslize, acho que o único em toda a sua vida profissional: foi até a Subprocuradora-Geral da Área da Consultoria para dizer que na CJ já havia uma chefia natural que deveria ser consagrada e que essa chefia era eu. Sua posição firme terminou por ser acolhida e nós terminamos afastadas, pois ela foi designada para a chefia da CJ/Educação (a Procuradoria não podia – como não pode até hoje – desperdiçar, deixar duas pessoas em condições de chefia na mesma unidade). Mas já éramos verdadeiramente amigas e, a partir daí, nunca mais nos separamos, porque, mesmo longe, estávamos juntas. Por telefone, pela *internet*, em pensamento. Falávamos diariamente, discutindo teses jurídicas, questões políticas, interesses gerais e particulares.

A seguir, ela esteve na assessoria da Subprocuradoria-Geral da Área da Consultoria, na Procuradoria Administrativa, foi Chefe de Gabinete da PGE, ajudou a estruturar uma instituição que se desligava da Secretaria da Justiça, a criar o cargo de Procurador-Geral do Estado Adjunto e muita coisa mais.

Voltou para a Procuradoria Administrativa e de lá não mais saiu. Foi chefe da unidade da mesma forma que era colega na São Francisco: brilhante, enérgica, incansável, divertida, dura, clara, precisa, uniforme. Sempre disposta a compartilhar o que sabia, o que aprendia, o que pesquisava, o que ouvia. Era a mãe, a professora e a amiga que por vezes bate, mas na maioria das ocasiões termina por afagar, acarinhar, acalmar, acolher. E deixa sempre uma lição. Que o digam os “novos” por ela monitorados. Além disso, não só recebeu de braços abertos, para ser por ela chefiado, o então ex-Procurador-Geral (hoje, novamente no cargo), como se esforçou para que ele viesse mesmo para a unidade. E tudo isso com a lhaneza (outra palavra que só ela vi usar) que lhe era peculiar.

Dotada de enorme espírito público e de irresistível vocação para o ensino, trabalhou firme até o fim. Sempre presente, sempre inteirada das coisas. Sempre orientando, agregando, compartilhando.

Inúmeras vezes pensei em parar tudo e anotar o que ela dizia. Era uma “frasista” genial. Eu olhava para ela e pensava “é meu tipo inesquecível”, como aqueles das crônicas que eu lia, entre a infância e a adolescência, no interior do Estado, nas décadas de 60 e 70, na *Seleções do Reader's Digest*. Não o fiz por falta de material no momento (ainda não havia ou não se tornara minha rotina usar celular, *ipad*), em outras ocasiões por receio de ofendê-la, de acabar com a espontaneidade de seus atos ou de sofrer alguma dura reprimenda, daquelas de que só ela era capaz (e quem a conheceu sabe do que falo), ante a possível infantilidade da ideia. Lamento, agora, pois não só o “caderno da Teresa” deveria ter sido publicado, mas também as coisas que ela dizia na Procuradoria, em casa, na *happy hour*. Ela deveria ter sido filmada, gravada, salva em disco rígido, remoto, por qualquer meio disponível, para que a ela pudéssemos sempre voltar, recorrer, pedir socorro, “trocar figurinhas”.

Felizmente, tive tempo, oportunidade e coragem de dizer a importância dela, o amor verdadeiro que sentia por ela e reconhecer tudo que nos unia. Felizmente, ainda tenho a memória. Só lamento não ter condições de melhor apresentá-la aos que não a conheceram, nem conhecem. Saudade imensa da querida amiga, mais que amiga, irmã!

ANA MARIA OLIVEIRA DE TOLEDO RINALDI

*Procuradora do Estado*

# O pensamento de Maria Teresa Ghirardi M. Neves: a aplicação do direito civil ao direito administrativo; a supremacia do interesse público e o papel do Estado; o intérprete da norma administrativa e a criação do direito.

## **Apresentação**

*Mesmo a ausência dela é uma coisa que está comigo*

Fernando Pessoa

No despacho proferido como Procuradora do Estado-Chefe da Procuradoria Administrativa, em parecer que discutia a situação funcional de servidor público com relação ao direito ao gozo de licença-prêmio, a homenageada expôs sua linha de pensamento sobre aspectos relevantes da atuação administrativa e que se mantêm extremamente atuais. Expressa esse despacho a forma de pensar da homenageada, muito firme em suas convicções na defesa do interesse público.

Teresa era uma pessoa realmente especial. Personalidade marcante, raciocínio rápido, liderança inata. Contundente na defesa de seus argumentos. Conviver com ela era estar sempre preparada para um embate de ideias. Nada a desviava de suas convicções. Podia ser convencida

com argumentos jurídicos, mas nunca se afastava daquilo que entendia idealmente correto.

A Procuradoria Administrativa deve muito a ela. Deu ao órgão um padrão organizacional, cunhando sua face moderna. Seu exemplo de dedicação, sua capacidade de extrair o melhor de cada um, sua firmeza, seu talento narrativo, sua memória invejável e única, tudo isso ela colocou à disposição da Procuradoria Geral do Estado. Comandou incessantemente o órgão que chefiava até o limite de suas forças físicas. Sua perda deixa um vazio na Instituição muito difícil de ser preenchido.

A homenageada tinha uma grande capacidade de suscitar o debate de questões jurídicas. Sua participação na solução dos temas submetidos à Procuradoria Administrativa no mais das vezes não era retratada em textos por ela assinados. O *de acordo* singelamente apostado ao fim de um parecer condensava, por vezes, longas discussões. No seu entendimento, quem deveria brilhar era o parecer, não o despacho. Esta é a imagem da pessoa sábia que foi e que tinha na humildade uma de suas marcas.

O resgate de suas ideias é diariamente feito no âmbito da Procuradoria Administrativa pela memória das conversas que com ela mantínhamos. Seus despachos também podem e devem ser resgatados para consolidar um conhecimento a ser preservado. Com essa finalidade, selecionou-se o despacho proferido no exame do Parecer PA nº 165/2005 por entendê-lo significativo da forma de pensar da homenageada. Resgatar sua memória é uma obrigação de todos que com ela conviveram. Aqueles que não a conheceram devem ter ciência que perderam a oportunidade de conviver com um dos maiores nomes da Instituição, uma Procuradora que dedicou sua vida à causa pública e que deixou um respeitável legado à Procuradoria Geral do Estado.

DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS

*Procuradora do Estado*



**Processo: PGE nº 202/2005**  
**PARECER PA nº 165/2005**

*Conclui o bem-elaborado Parecer PA nº 165/2005 que: (I) o direito ao gozo da licença-prêmio tem natureza potestativa (item 10); (II) o prazo de 4 anos e 9 meses do artigo 213 da Lei nº 10.261/68, na redação da Lei Complementar nº 857/99, tem natureza decadencial (item 12); (III) o prazo decadencial em questão admite suspensão, interrupção e impedimento (item 20); (IV) é possível, pela via interpretativa, a fixação de causas interruptivas, suspensivas ou impeditivas daquele prazo (item 21, 22 e 23).*

*Peço vênia para me apartar parcialmente das conclusões acima asentadas, pelas razões que passo a elencar.*

*Por primeiro, entendo que não cabe o transporte do conceito de direito potestativo, na forma como concebida pelo Direito Privado, como aquele cujo exercício não pode ser impedido a qualquer título pela outra parte ou por terceiro, para o campo do Direito Público.*

*Assim porque o instituto do direito potestativo tem sua razão de ser na igualdade de posição que se presume sempre existir no campo das relações privadas das pessoas. Esta igualdade, entretanto, não existe e não pode existir nas relações dos cidadãos com o Estado. O Estado não é igual aos cidadãos, o Estado não é igual aos administrados, o Estado não é igual aos contribuintes, o Estado não é igual aos seus servidores. O Estado existe para atendê-los a todos, na medida em que atende às necessidades sociais. Portanto, e em razão de seu objetivo maior, tem o Estado posição desigual, de supremacia, quando com aqueles se relaciona. Enquanto o Estado titula o interesse público, os cidadãos, os administrados, os contribuintes e os servidores são titulares de direitos individuais e, em determinadas situações, devem estes últimos ceder, para que o Estado cumpra de maneira eficiente seu objetivo social.*

*Esta desigualdade de posição, em razão do interesse tutelado, tem reflexo direto na interpretação das normas jurídicas em que o Estado figura como agente, normas do Direito Administrativo.*

*Assim, a interpretação das normas administrativas não pode ser feita sob a ótica estritamente civilista, sob pena de se incorrer em equívoco. Para tal risco alerta Hely Lopes Meirelles:*

*“O Direito Administrativo não é refratário, em linhas gerais, à aplicação analógica das regras do Direito Privado, mesmo porque já não se pode mais considerá-lo um Direito excepcional. Mas, sendo um ramo do Direito Público, nem todos os princípios da hermenêutica do Direito Privado lhe são adequados. A diversidade de seu objeto, a natureza específica de suas normas, os fins sociais a que elas se dirigem, o interesse público que elas visam sempre a tutelar, exigem regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos.*

*A nosso ver, a interpretação do Direito Administrativo, além da utilização analógica das regras do Direito Privado que lhe forem aplicáveis, há de considerar, necessariamente, esses três pressupostos: 1º) a desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados; 2º) a presunção de legitimidade dos atos da Administração; 3º) a necessidade de poderes discricionários para a Administração atender ao interesse público.*

*Com efeito, enquanto o Direito Privado repousa sobre a igualdade das partes na relação jurídica, o Direito Público assenta em princípio inverso, qual seja, o da supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais. Dessa desigualdade originária entre a Administração e os particulares resultam inegáveis privilégios e prerrogativas para o Poder Público, **privilégios e prerrogativas que não podem ser desconhecidos nem desconsiderados pelo intérprete ou aplicador das regras e princípios desse ramo do Direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o bem comum** As leis administrativas visam, geralmente, a assegurar essa supremacia do Poder Público sobre os indivíduos, enquanto necessária à consecução dos fins da Administração. Ao aplicador da lei compete interpretá-la de modo a estabelecer o equilíbrio entre os privilégios estatais e os direitos individuais, sem perder de vista aquela supremacia”. (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27ª ed, 2002, pág. 47; destaque meu).*

*Calha também, na matéria, o ensinamento de Osvaldo Aranha Bandeira de Mello, citado por Carlos Ari Sundfeld na obra “Fundamentos de Direito Público” (Malheiros, 1993, 2ª. Ed. pág. 25):*

*“As normas jurídicas que organizam o Estado-poder e regulam a sua ação, seja em relação com outros Estados, seja em relação com a própria entidade, através dos seus órgãos, ou com outras pessoas que receberam o encargo de fazer as suas vezes, ou mesmo com terceiros, particulares, no Estado-sociedade, a fim de realizar o objetivo deste, são de valor social diferente das normas jurídicas prescritas para regerem as relações dos particulares, entre si, ou das comunidades por eles formadas.*

*‘Isto se explica porque ordenam institutos jurídicos para o Estado-poder alcançar o bem comum dos indivíduos coletivamente considerados, como elementos do Estado-sociedade, como participantes de um todo político. Não se confundem com os oferecidos aos particulares para alcançarem imediatamente o seu bem individual, de cada qual isoladamente considerado, nas suas relações recíprocas.’*

*‘Fundamentam, destarte, a distinção do direito em dois ramos distintos: público e privado’ (Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol 1, pg. 13)” (destaquei)*

Posto isto, peço vênia para não endossar o raciocínio desenvolvido no Parecer PA nº 165/2005 acerca do “poder” que teria o servidor de sujeitar “a Administração a uma situação a que ela, em última instância, não pode resistir” (item 10).

Entendo que a Administração não pode se ver “sujeita” ao direito individual de nenhum administrado. Ao contrário, o Estado, titular do interesse público, na sua atuação administrativa corrente deve cuidar para que sempre prevaleça o interesse público sobre o do particular, quando aparentes conflitos se apresentarem, pena de atuação viciada.

Não se olvida, todavia, que os administrados são, sim, titulares de direitos. Há dentre esses direitos alguns específicos que passam a ser titulados pelos administrados a partir do cumprimento de determinados requisitos legais e, em face dos quais, fica a Administração adstrita a uma única conduta previamente estabelecida em lei. Em tais casos, diz-se que a atuação do Estado se opera de forma vinculada. Acerca do tema, cabe a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

*“Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram po-*

*sição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, entre cujos postulados básicos se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.*

*Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são **regrados** pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.*

*No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é **vinculado**, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (Direito Administrativo, Atlas, 14<sup>a</sup> ed, 2001, pág. 203; destaques originais; grifo meu).*

*Entendo que a teoria da atuação vinculada da Administração tem cabimento no caso aqui estudado de gozo de período de licença-prêmio. Penso que esta é a situação que se estabelece quando determinado servidor tem bloco de prêmio concedido pela Administração nos termos da legislação em vigor, para gozo no prazo de 4 anos e 9 meses. Vale dizer, parece-me que o servidor, em princípio, tem **direito subjetivo** de exigir da autoridade a edição de determinado ato (autorização de gozo dos três meses de prêmio naquele prazo assinalado em lei), e a Administração, assim não procedendo, fica submetida à eventual “correção judicial” de sua conduta.*

*Passando agora à análise da natureza jurídica do prazo de 4 anos e 9 meses estabelecido pelo artigo 213 do Estatuto dos Funcionários Públicos, desde logo anoto que, pessoalmente, já me posicionei pela natureza decadencial de tal prazo ao aprovar o precedente Parecer PA n° 85/2004.*

*É certo ao se apreciar aquele precedente que o tema da natureza daquele prazo não foi objeto de consideração por parte da chefia da Instituição, como bem observado pelo i. signatário do Parecer PA n° 165/2005, sendo igualmente certo que a d. chefia referida admitiu,*

*naquela mesma ocasião, a suspensão do indigitado prazo de gozo do prêmio, entendendo incidente na hipótese concreta então examinada a regra do artigo 38 da Constituição Federal.*

*Tenho para mim que a discussão acerca da natureza jurídica do prazo de 4 anos e 9 meses para gozo do bloco de licença-prêmio adquirido após o advento da Lei Complementar nº 857/99, se ela é rica do ponto de vista doutrinário, assume feição secundária para o deslinde da questão posta nestes autos.*

*A questão que parece ter maior relevância agora é a de se saber se o prazo estabelecido pelo artigo 213 do EFP para gozo dos blocos de prêmio regularmente adquiridos após a edição da Lei Complementar nº 857/99, seja ele de que natureza for (de decadência, de prescrição, extintivo, etc.), se esse prazo pode vir a ser suspenso, interrompido ou obstado por causa impeditiva.*

*Sou de opinião de que tal prazo pode ser suspenso, interrompido ou obstado desde que lei anterior trate de estabelecer previamente tais situações. Não concordo com a possibilidade alvitrada no Parecer PA nº 165/2005 de se buscar, na via interpretativa, caminho que leve à suspensão, à interrupção ou ao impedimento do curso do prazo de gozo de licença-prêmio estabelecido na Lei Complementar n 857/99.*

*O texto da Lei Complementar nº 857/99 não cuidou desta matéria e, desta forma, entendo que o administrador não está autorizado a praticar nenhuma conduta que reconheça alteração no fluxo daquele indigitado prazo sem que lei anterior o autorize. Vejo aqui a aplicação direta do princípio da legalidade. O administrador está impedido de agir sem que lei a tanto o autorize.*

*Entendo, com a devida vênia daqueles que advogam posição diversa, que na hipótese não há lacuna legal a ser preenchida pela via interpretativa. Não, aqui o que não há é a lei. De fato, o tema atinente ao efeito dos vários afastamentos previstos na Lei nº 10.261/68 no curso do prazo de 4 anos e 9 meses da LC 857/99 não foi abordado pelo legislador do Estado; poderia, ou melhor, deveria ter sido, mas não foi tratado e, não havendo lei, não se cuida de interpretar, mas de criar lei onde esta não existe, função que, desenganadamente, não compete ao intérprete, mas, sim, ao Parlamento.*

*Penso, sempre com o devido respeito à tese diversa, que incorre em inconstitucionalidade o intérprete que, a pretexto de interpretar, cria norma em situação não enfrentada pelo legislador.*

*Idêntico raciocínio ao que ora sustento – de impossibilidade de se criar norma administrativa pela via da interpretação – foi desenvolvido pelo i. subscritor do Parecer PA-3 nº 227/99, Dr. Carlos Ari Sundfeld, quando cuidou ele de examinar o então recém-editado texto da Lei Complementar nº 857/99. À época, questionava-se se a Lei Complementar nº 857/99 havia imposto o prazo de 4 anos e 9 meses também para o gozo dos períodos de prêmio formados antes de sua edição. Dizia então o Dr. Carlos Ari Sundfeld, naquele parecer que mereceu endosso do Procurador Geral do Estado:*

*“A questão seguinte é mais complexa. Terá a lei realmente regulado não só a fruição das licenças que viessem a ser adquiridas, mas também a daquelas já então adquiridas? Parece-nos ser inegável que a lei nada disse de expresso quanto a isso. Portanto, se as licenças antigas também tiverem sido reguladas, será por força do comando implícito. E isso ocorreu?”*

*A resposta parece-nos negativa, simplesmente porque o novo texto estabelecido para o art. 213 do Estatuto é insuficiente para tratar dessas licenças antigas, que logicamente exigiam uma disciplina compatível com sua peculiaridade, a saber: a circunstância de seu período aquisitivo se ter completado antes da vigência da lei. Diante disso, era indispensável decidir se o tempo transcorrido entre a data da aquisição da licença e da entrada em vigor da lei seria totalmente desprezado (hipótese em que o prazo extintivo fluiria, em sua inteireza, somente a partir da data da lei), parcialmente considerado (hipótese em que seria preciso definir a dimensão da parte considerada) ou integralmente considerado. Caso se resolvesse considerar esse tempo (total ou parcial, pouco importa), seria então preciso criar uma regra especial quanto às licenças adquiridas (...), já que a aplicação simples desse prazo importaria em suprimir o direito instantaneamente, quando da edição da lei.*

*Nosso raciocínio funda-se, destarte, na constatação de que a aplicação, à situação que estamos analisando, das novas normas (a*

*saber: a que determina a perda do direito pela fluência do prazo para gozo e a que fixa esse prazo em 4 anos e 9 meses) supõe a definição de “normas de passagem”, que expressem a escolha, feita pelo legislador, entre as variantes acima indicadas.*

*Mas é verdade que a LC 857/99 não contém nenhuma dessas definições. No item 2 da minuta de Comunicado CRHE, tenta-se instituir essa definição, optando-se pelo desprezo da totalidade do tempo já transcorrido. Mas essa escolha de modo algum está na lei (...). A nosso ver, portanto, o item 2 da minuta de Comunicado CRHE expressa uma decisão que não cabe ao mero aplicador, pertencendo à esfera legislativa.*

*Parece-nos clara, assim, a ilegitimidade da visão segundo a qual a lei teria implicitamente colhido as licenças adquiridas antes de sua vigência e ainda não gozadas: é que, para acolhê-la, o aplicador é obrigado a atribuir-se o poder de fazer definições de natureza legislativa. E isso, por óbvio, é a demonstração definitiva de que a providência não está na lei, pois, se estivesse, o aplicador não precisaria “criá-las”*

*Desse raciocínio resulta que, embora fosse possível à LC 857/99 estabelecer um prazo fatal para gozo também das licenças que já estavam adquiridas quando de sua vigência, ela não o fez, quer de modo explícito quer implícito. E se a imposição não está na lei, não pode ser feita pelo aplicador (...)* (grifo e itálico originais; destaque meu).

*No caso examinado nestes autos (efeito dos afastamentos legais no curso do prazo de gozo de licença-prêmio) observa-se que também há espaço para escolhas legislativas diversas. Assim, por exemplo, o afastamento nos termos dos artigos 65 e 66 do EFP poderia ser considerado, a critério exclusivo do legislador, tanto causa suspensiva como causa interruptiva do prazo em curso do artigo 213 da Lei nº 10.261/68, na redação da LC nº 857/99. Anote-se, a propósito, e como lembrado no item 31 do Parecer PA nº 165/2005, que afastamentos concedidos com base naquelas normas estatutárias interrompem o curso do período aquisitivo da licença-prêmio.*

*Reforço, pois, a ideia de que no caso em pauta, entendo que não se está a aplicar analogia, ferramenta conhecida dos intérpretes das normas*

*administrativas, mas se está a legislar, o que parece-me descabido. A este propósito, calha o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:*

*“Afora estas regras privativas do Direito Público, admite-se a utilização dos métodos interpretativos do Direito Civil (LICC, arts. 1º a 6º), que é a lei de todos, quando estabelece princípios gerais para aplicação do Direito. Os princípios do Direito Civil são trasladados para o Direito Administrativo por via analógica, ou seja, por força de compreensão, e não por extensão. A distinção que fazemos é fundamental, e não pode ser confundida sem graves danos à interpretação.*

*A analogia admissível no campo do Direito Público é a que permite aplicar o texto da norma administrativa a espécie não prevista, mas compreendida em seu espírito; a interpretação extensiva, que negamos possa ser aplicada ao Direito Administrativo, é a que estende um entendimento do Direito Privado, não expresso no texto administrativo, nem compreendido no seu espírito, criando norma administrativa nova. A distinção é sutil, mas existente (...).(Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros, 27ª ed, 2002, pág. 48/49; itálico original; destaque meu).*

*Também o magistério de Inocêncio Mártires Coelho, invocando a doutrina de Emílio Betti, ilustra a posição que ora se busca sustentar:*

*“Segundo o autor da monumental Teoria Generale della Interpretazione, para que não se comprometa a objetividade da interpretação, quaisquer formas significativas – obviamente também as formas jurídicas – enquanto objetivações da mente de um Outro, têm de ser compreendidas em relação a essa mente, que nelas foi objetivada, e não com referência a qualquer sentido que a própria forma possa adquirir, uma vez abstraída da função representativa que tinha para aquela outra mente ou pensamento; em suma, o sentido a determinar-se tem de ser extraído das formas significativas e não introduzido nessas objetivações do espírito humano de modo arbitrário (...).*

*Nessa perspectiva – em que o respeito à autonomia do texto é condição de objetividade da interpretação – a letra da lei possui uma dupla finalidade: por um lado funciona como ponto de par-*



*tida da elucidação do sentido pelo intérprete; por outro, define os limites postos à sua atividade interpretativa (Méier-Hayoz)” (Inocência Mártires Coelho, *Interpretação Constitucional*, Sérgio Antonio Fabris Ed.; 1997, pág. 57/58; *italico original; grifei*)*

*Observo, de outra parte, que, em meu entendimento, as situações figuradas pelo i. prolator do Parecer nº 165/2005, no item 21, são regidas pelo artigo 183 do CPC, não havendo aí, entendo, ausência de norma, mas utilização analógica de norma existente.*

*Isto considerado, sou de opinião que o prazo de 4 anos e 9 meses para gozo dos períodos de prêmio obtidos pelos funcionários após a Lei Complementar nº 857/99 só pode ter seu curso alterado pela edição de lei complementar, de iniciativa do Executivo, que venha a tratar especificamente do tema. E, neste ponto, é de se advertir para o fato de que neste processo está a se tratar apenas de **uma** das formas de afastamento do funcionário com reflexo no prazo de gozo de licença-prêmio. Várias outras hipóteses legais há e as mesmas haverão também de ser consideradas pelo legislador (anoto, por exemplo, a situação versada nos artigos 70 e 266, I do EFP).*

*Finalmente, realço, como já salientado no corpo do Parecer PA nº 165/2005, que a análise empreendida no processo se faz em tese, posto que acerca da situação pessoal do interessado nada há certificado pelos órgãos da Administração.*

*Transmitam-se os autos à elevada consideração da Subprocuradora Geral do Estado – Consultoria.*

PA, em 25 de julho de 2005.

**MARIA TERESA GHIRARDI MASCARENHAS NEVES**  
*Procuradora do Estado-Chefe da Procuradoria Administrativa*  
OAB nº 79.413



# Breve análise sobre a arbitragem em conflitos que envolvem o Estado

Marcelo José Magalhães Bonicio<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Hipóteses de arbitragem nos conflitos estatais especificamente previstas em lei; 3. Questões polêmicas a respeito da arbitragem nos conflitos estatais; 4. Síntese conclusiva.

---

## 1. Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar, ainda que superficialmente, as hipóteses em que a arbitragem, prevista na Lei 9.307/96, pode ser aplicada a conflitos que envolvem o Estado.

Empreendimento desta natureza ensejaria, obviamente, um estudo mais aprofundado e completo do que este, mas uma análise breve da dimensão da aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvem o Estado pode servir para lançar luzes sobre esse campo da atividade estatal ainda sujeito a muitas dúvidas e questionamentos<sup>2</sup>.

---

1 Procurador do Estado de São Paulo – Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP – Professor Doutor da USP/Largo São Francisco – Pós-doutorando pela Universidade de Lisboa – Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e do Instituto dos Advogados de São Paulo.

2 Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, aponta Gustavo Justino de Oliveira a atenção que vem sendo dada por vários autores pátrios no artigo “*A arbitragem e as parcerias Público-Privadas*”, In Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2011, fls. 598/599. São eles: Joaquim Simões Barbosa e Carlos Affonso Pereira de Souza, “Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida”, in Ricardo Ramalho Almeida, *Arbitragem Interna e Internacional: Questões de Doutrina e Prática*, Rio de Janeiro, Renovar

É natural que os conflitos que envolvem o Estado sejam sempre de interesse público, não só porque envolvem o patrimônio público, mas também porque a solução judicial do litígio costuma repercutir na esfera política, econômica e social do Poder Público.

Essa preocupação com os litígios que envolvem o Estado já estava presente na época das Ordenações do Reino.<sup>3</sup>

---

2003, pp.267-291; Adilson Abreu Dallari, “Arbitragem na concessão de serviço público”, Revista de Informação Legislativa 128/63-67, Ano 32, Brasília, outubro-dezembro/1995; Eros Roberto Grau, “Arbitragem e contrato administrativo”, RTDP 32/14-20, São Paulo, Malheiros Editores, 2000; Ada Pellegrini Grinover, “Arbitragem e prestação de serviços públicos”, RDA 233/377-385, Rio de Janeiro, julho setembro/2003; José Alexandre Tavares Guerreiro, “Arbitragem nos contratos com o Estado: Direito Brasileiro e Direito Comparado”, *Seminário Internacional sobre Direito Arbitral 1*, Trabalhos Apresentados. Belo Horizonte, Câmara de Arbitragem de Minas Gerais, 2003, pp. 294-304; Claudio Vianna de Lima, “A lei de Arbitragem e o art. 23, XV da lei de Concessões”, RDA 209/91-104, Rio de Janeiro, julho/setembro/1997; Mauro Roberto Gomes Mattos, “Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem”, RDA 223/115-131, Rio de Janeiro, janeiro/março/2001; Suzana Domingos Medeiros, “Arbitragem envolvendo Estado no Direito Brasileiro”, RDA 233/71-101, Rio de Janeiro, julho/setembro 2003; Diogo Figueiredo Moreira Neto, “Arbitragem nos contratos Administrativos”, RDA209/81-90, Rio de Janeiro, julho/setembro de 1997; Carlos Pinto Moreira Coelho Mota, “Arbitragem nos contratos administrativos”, *Boletim de Direito Administrativo/BDA* 13-10/672-676, São Paulo, outubro 1997; Leon Fredja Szklarski, “Arbitragem e os contratos administrativos” RDA 209/105-107, Rio de Janeiro, julho/setembro 2007/1997; Caio Tácito, “Arbitragem nos litígios administrativos”, RDA 210/111-115, Rio de Janeiro, outubro/dezembro/1997; Carmen Tiburcio, “A Lei de Arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu art. 7º”, RDA 218/175-196, Rio de Janeiro, outubro/dezembro/1999. Após 2005, cf.: Onofre Alves Batista Junior, *Transações Administrativas*, São Paulo, Quartier Latin 2007; Cristiane Dias Carneiro, “Adoção de cláusulas de arbitragem nos contratos de administração pública, e em especial, pelas estatais”, In Marcos Juruena Vilella Souto (coord.), *Direito Administrativo Empresarial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 207-228, Cassio Telles Ferreira Netto, *Contratos Administrativos e Arbitragem*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2008; Jefferson Carús Guedes, “Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da fazenda Pública”, In Jefferson Carús Geuedes e Luciane Moessa Souza (coords.), *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça – Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, pp. 243-272; Selma Lemes, *Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica*, São Paulo, Quartier Latin, 2007; Eduardo Talamini e César Augusto Guimarães Pereira (coords.), *Arbitragem e Poder Público*, São Paulo, Saraiva, 2010, Joanathan Barros Vita, “O desenvolvimento continuado de uma nova visão da interação entre arbitragem e o Poder Público” In Eduardo Jobim e Rafael Bicca Machado (coords.), *Arbitragem no Brasil: Aspectos Jurídicos Relevantes*, São Paulo, Quartier Latin, 2008, pp.199-220.

3 A antiga apelação ex officio, prevista no art. 90 da Lei de 4-10-1831, atualmente chamada de “reexame necessário”, é reafirmada no art. 1.526 da Consolidação Ribas de 1876, pelo CPC de 1939 (art. 822, parágrafo único, III) e pelo CPC atual (art. 475), é um dos bons exemplos que podem ser encontrados a respeito dessa preocupação com os litígios que envolvem o Estado. Sobre o tema, v. Alfredo Buzaid. In *Da apelação ex officio no sistema do Código de Processo Civil*. São Paulo, 1951. Na doutrina contemporânea, v. José Carlos Barbosa Moreira. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In *Temas de direito processual*, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 199-210.

Mas em nenhum momento relevante da história processual brasileira o legislador estabeleceu qualquer “reserva de jurisdição” ao Estado, ou seja, ao contrário do que ocorre com as aplicações de penas decorrentes da prática de crimes, que só podem decorrer de sentenças judiciais, a resolução de litígios em matéria civil, mesmo aqueles que tenham o Estado como uma das partes, não exige a instauração de um processo judicial.

Daí porque, especialmente no âmbito dos Juizados Especiais, o Estado pode, nos limites da lei, celebrar acordos ou transações e, em determinados casos, ao invés de litigar judicialmente, aceitar a arbitragem como meio mais adequado de solução de certos litígios.

A escolha da arbitragem, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, não significa que o Estado esteja *dispondo* de alguma coisa, porque a indisponibilidade de seus direitos pertence ao campo do direito material, não ao campo processual.

Sabendo que a arbitragem pode ser o meio mais adequado para resolver o litígio, resta ao Estado verificar se a escolha desse meio é conveniente aos seus interesses, porque a arbitragem tem como pressuposto fundamental a autonomia de vontade das partes, o que significa que ninguém, muito menos o Estado, está *obrigado*<sup>4</sup> a aceitar a instauração da arbitragem.

Após a escolha da arbitragem para a solução de um determinado litígio, compete ao Estado verificar que o direito material envolvido nesse litígio é disponível, porque, nos termos da regra prevista no art. 1º da Lei de Arbitragem, somente os “direitos patrimoniais disponíveis” é que podem ser resolvidos pelo árbitro.

São disponíveis aqueles direitos materiais que podem ser objeto de transação pelos litigantes, ou, em outras palavras, “quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente

---

4 No sistema português, a arbitragem de conflitos que envolvem o Estado é expressamente permitida em lei, conforme previsto na regra contida no art. 1º, nº. 5, da nova Lei de Arbitragem portuguesa (nº. 63/2011). Sobre o tema, inclusive quanto à possibilidade de imposição da arbitragem ao Estado, v. Mariana França Gouveia. In *Curso de resolução alternativa de litígios*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 117-129. No sistema francês, a respeito da arbitragem em alguns conflitos que envolvem o Estado, v. Serge Guinchard, Cécile Chainais e Frédérique Ferrand. In *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne*. 31ª ed. Paris: Dalloz, 2012, pp. 1444-1445. Na Itália, diversas regras permitem a utilização da arbitragem em litígios que envolvem o Estado, conforme observa Paulo Osternack Amaral (op. cit. p. 76).

impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”.<sup>5</sup>

No tópico seguinte, a partir das premissas aqui fixadas, de que o Estado pode, se quiser, submeter seus litígios patrimoniais à arbitragem, serão elencadas as hipóteses em que a lei permite expressamente que isso ocorra.

## 2. Hipóteses de arbitragem nos conflitos estatais especificamente previstas em lei

Em princípio não é necessário que a lei diga em qual hipótese o Estado pode se submeter à arbitragem, porque a própria Lei de Arbitragem, ao não excluir o Estado, já é suficiente para permitir que isso ocorra.<sup>6</sup>

No Estado de Minas Gerais, no entanto, foi editada a recente Lei nº 19.477/11, que dispõe sobre a “adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte e dá outras providências”.

Antes disso, no âmbito federal, a Lei de Concessões (nº. 8.987/95, art. 23-A), a Lei de Parcerias Público-Privadas (nº. 11.079/04, art. 11, inciso III), a Lei de Petróleo de Gás (nº. 9.478/97, art. 43, inciso X), a Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (nº. 10.233/01, art. 35, XVI, e 39, XI), a Lei de Transporte de Gás Natural (nº 11.909/09), também já permitem a arbitragem em litígios que envolvem o Estado.

Em questões mais específicas, há outras leis nesse mesmo sentido: Lei de Portos (nº 8.630/93, art. 23, §§ 1º ao 3º); Lei nº 10.438/02, art.

5 São palavras de Carlos Alberto Carmona. In *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. Há muitas perspectivas que podem ser utilizadas para medir o grau de interesse público existente em cada litígio que o Estado está envolvido. Em geral, a doutrina entende que os direitos meramente patrimoniais são, em regra, disponíveis. Sobre o tema, v. Selma Lemes. In *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 123-149, e Carlos Alberto de Salles (org.). *Processo civil de interesse público*. In *Processo civil e interesse público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 40-77.

6 Nesse sentido, v. Paulo Osternack Amaral. In *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, pp. 61-70. Esse mesmo autor, no entanto, adverte que o tema não é pacífico (idem, pp. 56-60). Para Carlos Alberto de Salles, por exemplo, é preciso que exista uma lei específica permitindo a escolha da arbitragem pelo Estado. In *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Método, 2011, p. 10. Eros Roberto Grau, no entanto, já manifestou entendimento contrário: “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração Pública, sem que isso importe em disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem. Arbitragem e contrato administrativo. In *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32 (2000), p. 20.

4º, § 5º, inciso V (contratos de aquisição de energia); Lei nº 10.848/04, art. 4º, §§ 4º e 5º (sobre o estatuto da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica); Lei nº 9.472/97 (telecomunicações); Lei nº 11.668/08 (franquias postais); Lei nº 11.442/07, art. 19 (transportes rodoviários).<sup>7</sup>

Convém deixar claro que, se não é obrigatória a existência de lei específica, não há como fugir ao entendimento de que afigura-se *melhor* que exista uma lei, não só para disciplinar os limites da arbitragem, mas também para dar maior segurança ao administrador público que decidirá pela utilização dessa arbitragem.<sup>8</sup>

### **3. Questões polêmicas a respeito da arbitragem nos conflitos estatais**

A possibilidade de utilização da arbitragem pelo Estado, aqui estudada superficialmente,<sup>9</sup> ainda é um campo a ser explorado, principalmente porque costuma despertar dúvidas e inquietações relevantes ao ser posta em prática.

A escolha dos árbitros, por exemplo, parece dispensar licitação, não só porque o árbitro não presta serviço ao Estado, mas também porque a escolha desse árbitro precisa da anuência dos demais litigantes.

Além disso, é discutível a transposição pura e simples para a arbitragem das prerrogativas que a Fazenda Pública tem em juízo, como a contagem diferenciada dos prazos e a eventual exigência de intimação pessoal, embora, no caso concreto, nada impede que o árbitro leve em consideração as peculiaridades das partes para dimensionar o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Também será relevante saber se poderá haver liminar contra o Estado na arbitragem, pois há regras que limitam essa possibilidade na esfera

---

7 Resenha feita por Carlos Alberto de Salles. Op. cit., p. 237-243.

8 O Tribunal de Contas de União já se manifestou desfavoravelmente à aplicação da arbitragem aos conflitos que envolvem o Estado, conforme se vê na conhecida Decisão nº. 286/93, proferida antes da vigência da Lei de Arbitragem, mas reforçada nos julgamentos seguintes a respeito desse mesmo tema (584/03), especialmente pela falta de regra expressa nesse sentido (1.271/05).

9 Não se cogita, no presente estudo, da arbitragem utilizada pelas empresas públicas ou pelas sociedades de economia mista que, por atuarem com os mesmo poderes e deveres da iniciativa privada, estão cotidianamente submetendo seus conflitos à arbitragem. A jurisprudência, aliás, tem sido bastante favorável a essa possibilidade, conforme se vê, por exemplo, nos seguintes julgamentos: REsp 612.439-RS; REsp 606.345/RS; e MS 11.308-DF.

judicial, tal como aquela prevista no art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança), e também será importante saber, uma vez admitidas essas liminares, se será possível a utilização do agravo e do pedido de suspensão de segurança, que são meios de impugnação de decisões judiciais.

Por último, deixando de lado questões aparentemente secundárias, tais como a utilização das regras nacionais, a exigência de adoção da língua portuguesa, a proibição de julgamento por equidade e a impossibilidade de utilização da confidencialidade, dentre várias outras, é preciso saber se, na hipótese de condenação da Fazenda Pública, será obrigatório que o pagamento ocorra por meio de precatórios,<sup>10</sup> e se, nas licitações em geral, será preciso que o edital de abertura estabeleça previamente a possibilidade de adoção de arbitragem nos conflitos que eventualmente surgirão em decorrência do cumprimento dos chamados “contratos administrativos”.<sup>11</sup>

#### 4. Síntese conclusiva

A utilização da arbitragem pelo Estado, conforme já foi afirmado, ainda é uma página em branco, cujo correto preenchimento dependerá do bom senso do legislador, do administrador público e também dos árbitros, advogados e juízes que forem chamados a trabalhar nesse campo.

As ideias e opiniões aqui ventiladas, para dizer o mínimo, ainda carecem de algum amadurecimento, e este estudo pode servir justamente para intensificar o debate que já vem sendo feito pela doutrina brasileira em torno desse relevante tema.

---

10 Em princípio, não parece ser possível afastar o sistema de precatórios da arbitragem. A Constituição da República, em seu artigo 100, não abre exceções, e a Lei de Arbitragem, embora produza decisões “equiparadas” às judiciais (art. 475-N, inciso IV, do CPC), não confere nenhuma vantagem nesse ponto àquele que for reconhecido como credor da Administração Pública.

11 Carlos Alberto de Salles entende que é preciso que o edital de abertura da licitação preveja a arbitragem (in *Arbitragem em contratos administrativos*, op. cit., pp. 270-271), mas em sentido contrário posiciona-se Paulo Osternack Amaral (op. cit. pp. 77-80). Parece correto que, embora não seja obrigatório que o edital mencione a possibilidade de arbitragem, é *melhor* que isso ocorra, porque a concordância com a instauração da arbitragem do vencedor da licitação já fica registrada e haverá uma possível “diminuição de riscos” aos licitantes em virtude da “celeridade e maior tecnicidade dos julgamentos arbitrais” (idem, p. 80). Aliás, não custa lembrar que a existência da previsão de arbitragem nos editais de licitação pode atrair propostas economicamente mais vantajosas para a Administração Pública, mas isso não parece significar que, após a celebração do contrato administrativo, diante do aparecimento de uma controvérsia, o Estado não possa se valer da arbitragem para solucionar o conflito simplesmente porque o edital não previa essa possibilidade.



Apenas para relembrar, é importante fixar que arbitragem não é, propriamente, um meio alternativo de solução de conflitos, mas, sim, uma *técnica* de solução de conflitos que, em determinadas circunstâncias, tende a ser a mais *adequada*,<sup>12</sup> pois uma de suas vantagens é a potencial produção de decisões mais próximas da realidade do que aquelas que podem ser produzidas pelo Poder Judiciário, principalmente porque dificilmente encontraremos um juiz que tenha profundo conhecimento de uma determinada questão técnica envolvida num litígio, enquanto que, na arbitragem, o árbitro pode ser, por exemplo, um engenheiro ou médico especializado nessa questão técnica.

É a partir dessa premissa que parece ser possível, ou recomendável, a escolha da arbitragem pelo Estado,<sup>13</sup> desde que se trate de litígio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

Em determinadas circunstâncias, a arbitragem poderá ser muito mais conveniente, ou eficiente, do que o sistema judicial, seja por razões econômicas, como aquelas já ventiladas no presente estudo, ou até mesmo por motivos políticos ou sociais, tais como a maior agilidade no cumprimento das obrigações que assumiu, a melhora de sua credibilidade perante a sociedade ou frente a organismos internacionais, e a óbvia diminuição de sua litigiosidade perante os Tribunais.

Convém deixar claro, por último, que a arbitragem também possui desvantagens, como o alto custo de suas despesas e do valor cobrado pelos árbitros, e que está longe de ser uma técnica ideal de solução de conflitos, sejam estatais ou não, mas isso não pode significar que a sua adoção deva ser *sempre* repudiada pela Administração Pública, até porque, em atendimento ao princípio constitucional da eficiência, conforme já foi visto no presente estudo, eventualmente a arbitragem pode ser o meio mais adequado de solução de um determinado conflito que envolva o Estado.

---

12 Cfr. Carlos Alberto Carmona. In *Arbitragem e processo*. Op. cit., p. 32.

13 Assim como essa premissa apontada no texto pode servir para a escolha da *transação* ou da *mediação*, as quais, especialmente frente às novas regras dos Juizados Especiais, ninguém duvida que possam ser aplicadas aos conflitos estatais que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. É nesse mesmo ponto que se insere a arbitragem, que nada mais é do que outra *técnica* de solução de conflitos. Sobre o tema, v. Gustavo Justino de Oliveira. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In Carlos Ari Sundfeld (Coord.). *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.



# O Estado, a jurisdição e a arbitragem: para começo de conversa

Demerval Ferraz de Arruda Junior<sup>1</sup>

---

**Resumo:** Em tempos de aceitação passiva de teses jurídicas que apequenam o papel do Estado na construção de uma sociedade mais justa, este trabalho procura recuperar algumas noções fundamentais de extração constitucional que, embora óbvias, têm sido negligenciadas por aqueles que admitem – e mesmo defendem – a submissão do Poder Público às decisões de sujeitos privados por força das chamadas convenções de arbitragem.

**Palavras-chave:** Estado; jurisdição; legalidade; autonomia da vontade; arbitragem.

---

O Estado tem o monopólio da jurisdição. Talvez pela repetição exagerada dessa frase já não cause impressão nenhuma e, no entanto, sem a contínua lembrança de seu significado cometem-se os mais infelizes equívocos a respeito da arbitragem no direito brasileiro. Um desses equívocos, em que lamentavelmente incorrem alguns dos nossos doutrinadores de melhor renome, consiste em supor que todos ou alguns dos litígios relativos a interesses perseguidos pelo Estado possam ser resolvidos pelo juízo arbitral. Não o podem.

Em primeiro lugar, é preciso compreender bem o que é a arbitragem. Dizem que constitui um meio alternativo de solução de controvér-

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo classificado e em exercício na Procuradoria Administrativa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bacharel em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

sias, mas isso não nos explica muito, porque não aparta a arbitragem de outros meios que de antemão sabemos bastante distintos, como a transação, por exemplo. Há, então, quem sustente que a arbitragem, dentre aqueles meios alternativos, compõe um *sistema não estatal de jurisdição*<sup>2</sup>, na medida em que por ele um terceiro, não integrante da estrutura do Estado, põe-se a resolver um conflito de interesses instaurado entre determinados sujeitos de direito. Segundo esta visão, o árbitro seria uma espécie de substituto do juiz, atuando com poderes algo semelhantes aos do agente estatal e proporcionando às partes, ainda por cima, algum tipo de vantagem, como a celeridade do processo decisório.

É um modo de ver interessante, mas não vale como explicação científica. Pior: conduz, por ingenuidade ou não daqueles que o adotam, a conclusões sobre a arbitragem que nosso ordenamento jurídico não autoriza nem ao mais aguerrido defensor do que chamam de moderno direito administrativo. Jurisdição, recomeçemos por aqui, é função exclusivamente estatal. Corresponde a uma das razões de ser do próprio Estado, nascida da necessidade de que interesses em conflito na sociedade não fossem ordenados por um poder vinculado a esses mesmos interesses, mas por um poder maior, dominante, *soberano*, legitimado pelos fins coletivos a que o Estado historicamente devesse servir, conforme os estabelecesse o ordenamento jurídico<sup>3</sup>. A jurisdição, como expressão

2 Assim, p.ex., CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA em “O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos”, RDA n.º 248, maio/agosto 2008.

3 CELSO RIBEIRO BASTOS observa que o nascimento do Estado tal como hoje o conhecemos “prende-se às vicissitudes políticas por que passou a sociedade no início dos tempos modernos. Deflagrou-se, então, um violento processo de lutas religiosas, instaurando a insegurança no próprio meio social e relativamente à qual as instituições jurídicas da época medieval eram absolutamente impotentes. Urgia o surgimento de um poder que se colocasse acima das facções em pugna. Era necessário, em outras palavras, que o rei deixasse de ser tão-somente um aliado de um dos grupos rivais do qual tiraria a força para subjugar o outro. Cumpria que a fundamentação do poder real se desvinculasse da mera força que ele pudesse trazer em seu auxílio. Em uma palavra era mister tornar o rei soberano e acima das próprias leis (*legibus solutus*). Ao cabo do fortalecimento do poder real advém o Estado moderno, cuja tônica é precisamente a existência de uma ordem jurídica soberana, o que significa dizer que ela é suprema e a origem de toda a autoridade dentro do Estado. No mundo exterior não reconhece este nenhuma entidade que lhe esteja acima, com todas se relacionando num nível, ao menos, de coordenação, é dizer, de poderes dotados da mesma hierarquia. Vê-se, assim, que o poder se concentra na mão da autoridade régia, que repele a intromissão de qualquer outra advinda do exterior, assim como subjuga todas as existentes no interior do território sob sua jurisdição” (*Curso de teoria do Estado e ciência política*, pp. 30-32).

dessa soberania, existe desde o momento em que “se reconheceu que nenhum outro poder se encontra em melhores condições de dirimir os litígios que o Estado, não só pela força de que dispõe, como por nele presumir-se interesse em assegurar a ordem jurídica estabelecida”<sup>4</sup>.

Não pode haver, portanto, jurisdição que não seja estatal, desempenhada por agente estatal, formalmente habilitado a expressar a vontade estatal. Fosse a jurisdição entregue a particulares, o ordenamento jurídico não seria o que é, senão o que cada particular arbitrasses sobre ele; não seria um, mas muitos. *Leis emanariam do Poder Legislativo sem nenhuma garantia de que a vontade do povo que as fez vir ao mundo seria obedecida no decisivo momento em que tivessem de ser aplicadas*<sup>5</sup>. Desapareceria assim o direito objetivo, diluído nos mais variados conflitos de interesses que o Estado, outrora, nascera para administrar de modo soberano e uniforme, segundo as exigências do bem comum.

É por isso que nossa Constituição bem o garante: a lei não excluirá a apreciação pelo Poder Judiciário e, assim, pelo Estado, de toda lesão ou ameaça a direito (artigo 5º, XXXV). O princípio aí inscrito, como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA, “constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos”<sup>6</sup> e realiza-se – agora a colocação é nossa – por uma atividade estatal com a qual a atividade do árbitro pode, quando muito, comparar-se em termos de forma, nunca de substância. À arbitragem falta justamente o objetivo de resguardar uma ordem jurídica que, como adverte CELSO BASTOS, não é “igualada por nenhuma ordem de direito interna, nem superada por nenhuma outra externa”<sup>7</sup>.

Em tais circunstâncias, é lícito que nos indaguemos: em que se fundamenta a arbitragem? Como alguém pode achar-se submetido à solução de um litígio dada por quem não exerce a jurisdição? A resposta é evidente e está naquele princípio de feição liberal denominado *autonomia da vontade*. Até certo ponto, os particulares têm o poder de determinar o conteúdo de seu estatuto civil de acordo com os interesses que lhes sejam mais ou

---

4 MOACYR AMARAL SANTOS, *Primeiras linhas de direito processual civil*, p. 67.

5 A propósito, MOACYR AMARAL SANTOS salienta que “A função jurisdicional é, assim, como que um prolongamento da função legislativa” (op. cit., p. 67).

6 *Comentário contextual à Constituição*, p. 131.

7 Op. cit., p. 82.

menos valiosos. Podem contratar e com isso obrigar-se perante terceiros; podem renunciar à maior parte de seus direitos; podem fazer transação; podem, inclusive, conformar-se com situações injustas, deixando de acorrer ao Poder Judiciário para ver determinadas lesões apreciadas e sanadas. “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, garante o artigo 5º, II, da Constituição.

A autonomia da vontade vigora entre nós de tal forma que mais espantoso seria se o ordenamento não admitisse a arbitragem. Visto que, como particulares, podemos mesmo abrir mão de nossos direitos subjetivos, é quase natural que tenhamos também a faculdade de pedir que uma pessoa qualquer os examine e, mais, de obrigar-nos previamente a acatar as conclusões dessa pessoa, quaisquer que sejam, assim como nos obrigamos a comprar todo o produto de uma colheita futura, haja ou não safra<sup>8</sup>. *Por outras palavras, se até a álea pode ser negociada, não nos deveria causar perplexidade que se possa negociar, do mesmo modo, o resultado da apreciação criteriosa de um litígio feita por um terceiro particular, nos termos da lei que disciplina a matéria.* As teorias que desbordam desse esquema para afirmar virtudes paranormais da arbitragem, como a constituição de uma jurisdição privada, vão muito longe sem antes perceber o óbvio; paradoxalmente, questionam a posição de supremacia do Estado justo pelo esquecimento de um dogma liberal.

Lembremos, aliás, que o compromisso arbitral já vinha previsto ao lado de figuras como a transação e o contrato aleatório no livro do Código Civil de 1916 que tratava do *direito das obrigações* (artigo 1.037 e seguintes), disposição essa mantida no Código Civil em vigor (artigos 851 e seguintes). De seu turno, a lei especial que disciplinou a matéria – Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 – forneceu-nos em seus três primeiros artigos provas cabais de que a arbitragem é simples corolário da autonomia da vontade: restringiu o juízo arbitral a “*litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (artigo 1º), os mesmos, por sinal, que podem ser objeto das concessões mútuas que caracterizam a transação<sup>9</sup>; permitiu às partes a livre escolha das regras de direito material que orientarão a arbitragem, algo possível apenas

8 O exemplo é de WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO (*Curso de direito civil*, volume V, 2ª parte, pp. 72-3).

9 O artigo 841 do Código Civil prescreve: “*Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação*”.

no campo da *facultas agendi*; e, sem que se possa presumir figura de pensamento, chamou o instrumento pelo qual se acerta a arbitragem de “*convenção*” (artigo 3º), vocábulo que, de gênero que era no direito romano, passou modernamente à condição de espécie, sinônimo de contrato<sup>10</sup>. Foi preciso, apenas, que a lei desse os contornos do procedimento da arbitragem e conferisse um *status* especial à sentença arbitral, que, embora equiparada à sentença judicial quanto a seus efeitos (artigo 31), viu-se sujeita ao controle do Poder Judiciário justamente em hipóteses nas quais a autonomia da vontade das partes não tenha condições de ser livremente exercida ou preservada (artigos 32 e 33). De resto, esse controle apenas externo do ato é semelhante ao que se permite em relação à transação, que não se anula nem mesmo por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes (artigo 849, parágrafo único, do Código Civil).

Logo, enquanto decorrência do exercício da autonomia da vontade e mero capítulo do direito obrigacional, a arbitragem não *substitui* a jurisdição, mas apenas a *previne*. Procura solucionar livremente, a *critério das partes*<sup>11</sup>, um conflito de interesses de maneira que os sujeitos envolvidos não precisem valer-se mais tarde do Poder Judiciário. A sentença arbitral, nesse sentido, não é nada mais que uma decorrência lógica do poder dos indivíduos de estabelecer para si mesmos um ordenamento complementar ao ordenamento estatal<sup>12</sup> no âmbito de relações que, via de regra, não concernem a terceiros.

Esse caminho pode funcionar perfeitamente bem para os particulares, até em função da inércia que caracteriza a atividade jurisdicional<sup>13</sup>.

---

10 Como observa CARLOS ROBERTO GONÇALVES, “Hoje, as expressões *convenção*, *contrato* e *pacto* são empregadas como sinônimas, malgrado a praxe de se designar os contratos acessórios de pactos (pacto comissório, pacto antenupcial, etc.). A propósito, afirma ROBERTO DE RUGGIERO que tudo se modificou no direito moderno, pois qualquer acordo entre duas ou mais pessoas, que tenha por objeto uma relação jurídica, pode ser indiferentemente chamado de contrato ou convenção e às vezes pacto, visto este termo ter perdido aquele significado técnico e rigoroso que lhe atribuía a linguagem jurídica romana” (*Direito civil brasileiro*, volume III, p. 3).

11 A expressão em destaque é retirada da própria Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 (artigo 2º).

12 FRANCISCO AMARAL descreve a autonomia da vontade, ou, mais especificamente, sua dimensão objetiva, a autonomia privada, como o poder de “criar, nos limites da lei, normas jurídicas; vale dizer, o poder de alguém de dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal” (*Direito civil: introdução*, p. 327).

13 Na expressão de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “Embora a jurisdição seja função

Para a Administração Pública, entretanto, não é assim que sucede. À altura, é necessário que entendamos um pouco mais sobre o princípio constitucional da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição da República) e sobre como ele se compara com o princípio da autonomia da vontade, do qual, como vimos, a arbitragem é expressão.

O ordenamento jurídico tanto disciplina o funcionamento do Estado como regula as relações entre os particulares. Isso não se dá, contudo, da mesma forma para um e para outros: de acordo com a ideologia liberal que produziu o conceito político de Estado de Direito, à lei cumpriria diretamente reger a atuação concreta do Estado ao mesmo tempo em que assegurasse a liberdade de agir dos indivíduos. Como ensina RUY CIRNE LIMA, “a esfera da liberdade individual é um dado anterior ao Estado, sendo a liberdade individual ilimitada em princípio, enquanto que é limitado o poder de nela interferir”<sup>14</sup>. Desse modo, ainda hoje e com toda a razão – vivemos num Estado Democrático de Direito (artigo 1º da Constituição) –, diz-se amiúde que o administrador público, ao exercer o poder estatal, só deve fazer o que a lei prescreve, ao passo que aos particulares é dado realizar tudo o que a lei não proíbe<sup>15</sup>. De um lado, impera o princípio da legalidade; do outro, predomina o da autonomia da vontade.

O princípio da legalidade, nessa ordem de ideias, implica a submissão completa da Administração à lei em sentido formal, como garantia

---

ou atividade pública do Estado, versa, quase sempre, sobre interesses privados – direitos materiais subjetivos das partes –, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser *quando solicitada*, nos casos controvertidos, *pela parte interessada*. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade ‘provocada’ e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*” (*Curso de direito processual civil*, volume I, p. 33, destaques no original).

14 RUY CIRNE LIMA, *Princípios de direito administrativo*, p. 43.

15 É conhecidíssimo o seguinte asserto de HELY LOPES MEIRELLES: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (*Direito administrativo brasileiro*, p. 89). Em idêntico sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que, “Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize. Onde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições. Segue-se que a atividade administrativa consiste na produção de decisões e comportamentos que, na formação escalonada do Direito, agregam níveis maiores de concreção ao que já se contém abstratamente na lei” (*Curso de direito administrativo*, p. 105).



maior de que toda atuação do Estado sobre a esfera dos particulares decorra de um poder que emana do povo (artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República). Não é mera submissão em termos de *liberdade sob a lei*, mas *de dever por força da lei*. Enquanto o problema da autonomia da vontade é, como o sintetiza FRANCISCO AMARAL, “somente, um problema de limites que se colocam”<sup>16</sup>, o problema da legalidade é, verdadeiramente, um problema de comandos que se impõem: nem mesmo os atos administrativos ditos discricionários, como nos mostrou a teoria do desvio do poder<sup>17</sup>, escapam à finalidade explícita ou implicitamente ditada pelo ordenamento jurídico.

Essa vinculação absoluta da atividade administrativa à lei, tão bem registrada no direito brasileiro<sup>18</sup>, significa que, diferentemente dos particulares, o administrador público não tem liberdade para criar um ordenamento diverso daquele elaborado pelo Poder Legislativo; não tem *arbitrio*, compreendido este como a faculdade de eleger livremente os próprios objetivos e testar os meios mais hábeis a atingi-los<sup>19</sup>.

---

16 Op. cit., p. 345.

17 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ensina que, “Segundo sua conceituação clássica, desvio de poder é o manejo de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída”. E prossegue: “No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o seguido da norma aplicanda, como o objeto prezável e atingível pelo ato” (op. cit., p. 980).

18 Segundo RUY CIRNE LIMA, por exemplo, em colocação das mais felizes, “O fim, e não a vontade, domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, consequentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito” (op. cit., pp. 39-40).

19 Para os particulares, a lei em regra não impõe um fim a ser alcançado – assim é que se faz a liberdade de agir. É suficiente, aí, que o ato de autonomia privada (i.e. o chamado negócio jurídico, na disciplina do Código Civil vigente) tenha objeto lícito, possível, determinado ou determinável (artigo 104 do Código Civil), porque no mais, respeitadas certas balizas postas pelo ordenamento em benefício da coletividade, vale o arbítrio de cada um. “Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há adscrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar o interesse alheio, que, no caso, é o interesse público; vale dizer, da coletividade como um todo, e não da entidade governamental em si mesma considerada” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 98).

E onde não há arbítrio não pode haver arbitragem. Onde o dever legal substitui a liberdade pessoal, não existe resolução de conflitos que não seja uma afirmação precisa sobre o caráter da lei: jurisdição. É isto, afinal o que faz o Poder Judiciário quando julga uma causa do Estado, tanto que se veda ao juiz qualquer incursão no terreno da discricionariedade do administrador. Cumpre à autoridade judicial apenas verificar a conformidade da atuação administrativa com a lei, independentemente da vontade do agente público, que não é autônoma, mas dirigida pela norma jurídica em sentido estrito. À arbitragem, nesse meio absolutamente inidôneo para a criação de um ordenamento privado, não resta espaço para atuação nenhuma, salvo a decorrente de pura e simples usurpação de função jurisdicional própria e exclusiva do Estado.

Por esse ângulo, o administrador público que concede a um particular – o árbitro – o poder de dirimir uma controvérsia concernente ao Estado nada mais faz que *renunciar à legalidade*. Entrega a coisa pública a uma ordem normativa paralela, forjada consoante a visão de quem não tem interesse nenhum em resguardar o ordenamento jurídico estatal, tampouco competência constitucional para isso. Pelas mãos desse administrador, a lei é feita objeto de negociação e, então, trocada por aquilo que o árbitro quer que ela seja – isto é, por um simulacro, uma imitação rebaixada, uma perversão da vontade popular, a qual se vê assim, e mais uma vez, degradada e terceirizada com o apoio de doutrinas jurídicas de fácil assimilação, mas de indisfarçado espírito antidemocrático.

A questão fundamental que a arbitragem de conflitos entre o Estado e os particulares suscita, pois, não é aquela relativa à natureza dos interesses em jogo, se públicos ou não, se indisponíveis ou não. Isto não importa tanto quando se tem em conta que, *quaisquer que sejam esses interesses*, seu manejo pela autoridade pública depende visceralmente do que a lei sobre eles estatui. É a lei que, em todo caso, ordena a atividade administrativa, e o faz de modo específico, de maneira que o administrador não encontre liberdade nenhuma para violar, pelo uso indevido do poder concreto estatal, direitos subjetivos dos administrados. Em suma: o princípio da legalidade, e não o da indisponibilidade do interesse público, mera decorrência do primeiro, é o que definitivamente está a interditar a submissão do Poder Público às convenções de arbitragem.

Não é preciso ser muito brilhante para enxergar os riscos que o juízo arbitral traz ao Estado e à sociedade, maiormente no campo da prestação de serviços públicos. Litígios cujos desates podem comprometer a qualidade, a modicidade, a continuidade e a universalidade desses serviços, ao lado de tantos outros interesses da coletividade, passam a ser dirimidos sem atenção genuína aos ditames da Constituição e das leis, agora interpretadas ao gosto de particulares desabituaados do trato daquilo que é público. Considerações puramente técnicas e inescrutáveis pela maior parte da população substituem-se, pelas mãos de árbitros especializados, às ponderações terrenas do governante e do juiz de direito, pessoas mais afeitas à vida que corre ao largo dos balcões de negócios. O ordenamento jurídico perde, com isso, sua dimensão plural, generalista, humana, até ambígua, esbulhado por uma racionalidade instrumental que aprisiona o Estado na linguagem do mercado e sequestra-lhe a capacidade de atingir os fins antieconômicos a que eminentemente se destina.

“Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por sujeito privado possa sobrepor-se à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência” – essa verberação nada sutil de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>20</sup> a respeito da previsão contida no artigo 23-A da Lei Geral de Concessões<sup>21</sup> tem sido tachada de conservadora, quando não convenientemente ignorada, talvez porque pareça difícil a alguns defender a obediência da Constituição à custa de novidades tão auspiciosas para o setor privado como a arbitragem em contratos administrativos. Não raro se decreta que previsões genéricas como a desse dispositivo legal e a do artigo 11, III, da Lei das Parcerias Público-Privadas<sup>22</sup>, satisfazem a exigência de legalidade dos atos da Administração, olvidando-se que

---

20 Op. cit., p. 716.

21 Trata-se da Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cujo artigo 23-A, incluído pela Lei Federal n.º 11.196, de 21 de novembro de 2005, estabelece que “O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

22 É a Lei Federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, cujo artigo 11, III, faculta que o instrumento convocatório da licitação para a contratação de parcerias público-privadas preveja “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

a lei que tudo autoriza ao administrador público viola, ela mesma, o princípio da legalidade. Outras vezes, quando se torna excessivamente árduo levar adiante os desatinos da terceirização da função jurisdicional, procura-se refúgio no poder discricionário, domínio negocial que se supõe franqueável ao árbitro... e não se explica por que o próprio agente administrativo furtou-se à composição com o administrado!

Neste ponto é que acodem, ou deveriam acudir, aqueles seres sociais que tomaram para si e diante dos demais a tarefa de defender a coisa pública. Fazer isso é, antes de deixar-se impressionar por ilusões de eficiência, perceber como a Constituição instaurou nosso Estado de Direito e como lhe confiou propósitos que, através dos tempos, a iniciativa privada fragorosamente falhou em atingir; é, antes de permitir-se seduzir por promessas de modernidade, constatar como as forças de mercado vão-se reinventando para relativizar princípios constitucionais, solapar avanços sociais, reintroduzir velhas práticas de assenhoreamento do Estado apenas como se fossem novas; é, enfim, duvidar de doutrinas que, quase sempre gestadas em ventres de aluguel, pregam o aniquilamento do espaço estatal e já não se pejam de investir contra garantias fundamentais como a legalidade e a jurisdição. A arbitragem em assuntos do Estado, nomeadamente na delicada seara dos contratos administrativos, ainda está a merecer uma análise mais republicana.

## Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*, 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*, volume 1, 27<sup>a</sup> ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*, 7<sup>a</sup> ed., revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume III, 3<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 34<sup>a</sup> ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo et. al. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*, volume V, 2<sup>a</sup> parte, 31<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, n.º 248. Rio de Janeiro: Editora Atlas e Fundação Getulio Vargas, pp. 117-126, maio/agosto 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, volume I, 36<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.



# A jurisdição constitucional e o problema da legitimidade: soluções advindas da hermenêutica constitucional contemporânea

André Gardesani<sup>1</sup>

---

**Resumo:** A Justiça Constitucional tem sido alvo de diversos questionamentos, notadamente acerca da sua legitimidade, tanto sob o aspecto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como sob o prisma da jurisdição constitucional das liberdades. O estreitamento entre o político e o jurídico, a harmonia e a independência entre os poderes, a postura ativista do Judiciário e os limites impostos pela hermenêutica são apenas alguns dos aspectos sob os quais se assentam o estudo do tema no direito constitucional. A partir da teoria do sistema autopoiético de Luhmann e das propostas advindas da hermenêutica constitucional contemporânea, busca-se uma interpretação constitucionalmente adequada sobre o entrelaçamento dos poderes públicos, com vista a proporcionar a efetiva materialização dos direitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Jurisdição Constitucional. Ativismo judicial. Judicialização da política. Legitimidade.

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestrando em Literatura Comparada pela Universidade Estadual Paulista (UNESP).

## 1. Introdução

O Poder Judiciário tem por atribuição constitucional controlar a atuação dos demais poderes, apreciando a constitucionalidade e a legalidade de suas ações ou omissões. Noutras palavras, incumbe ao Poder Judiciário o controle da constitucionalidade da atuação estatal.

Entretanto, o referido controle, que originariamente tinha um caráter negativo, pois se limitava a desfazer os atos inconstitucionais e ilegais, passou a ser também dotado de um caráter positivo, já que através dos instrumentos previstos no texto constitucional e destinados à sua atuação, tem regulamentado a ordem constitucional, sem prejuízo de impor políticas públicas governamentais, com o escopo de conferir efetividade aos direitos constitucionais.

Diante desse quadro, a atuação do Poder Judiciário implica o surgimento de dois fenômenos: a “politização da justiça” ou “judicialização da política” e a “criação judicial do direito”, os quais têm suscitado inúmeras controvérsias quanto à legitimidade da Justiça Constitucional, tanto sob o aspecto do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, como sob o aspecto da jurisdição da liberdade: seria legítima a atuação concretizadora da jurisdição constitucional, face à inércia ou ineficiência dos poderes incumbidos da conformação constitucional? Quais os parâmetros que poderiam ser adotados com o escopo de se conferir à jurisdição constitucional maior credibilidade, de modo a solucionar os conflitos de interesses com a necessária compatibilidade com o princípio da separação de poderes e com o Estado Democrático de Direito?

Portanto, na ânsia de encontrar respostas para tantos questionamentos que afloram diante de um assunto de tão grande relevo é necessário que um estudo sério e responsável seja realizado a respeito da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional quando provocada a se manifestar sobre a inadequação da conformação da ordem constitucional.

É dentro desta órbita que se pretende desenvolver o presente estudo, o qual, parafraseando Mauro Cappelletti, promoverá o encontro entre os “três poderes” e as “três funções”: o encontro entre a lei, as políticas



públicas e a sentença; entre as normas e o julgamento; entre o legislador, o administrador e o juiz.<sup>2</sup>

## 2. Jurisdição constitucional: generalidades

### 2.1 Definição e enfoques doutrinários

Como se sabe, a produção plena dos efeitos das normas constitucionais depende da atividade de conformação infraconstitucional, a qual consiste em complementar, densificar e concretizar a Constituição. Essa atividade compete, em primeiro lugar, ao Poder Legislativo e, em segundo, ao Poder Executivo no exercício da sua competência normativa. Pode ocorrer, todavia, que os poderes incumbidos da conformação infraconstitucional editem normas de conformação ou de restrição que não se encontrem em consonância com o texto constitucional. Em outras situações, podem omitir-se quanto à edição das aludidas normas. Tais fatos acabam por justificar o desenvolvimento, nos mais variados sistemas jurídicos, de mecanismos destinados ao controle de constitucionalidade das leis e à tutela das liberdades, a serem exercidos mediante a provocação da denominada “jurisdição constitucional” ou “justiça constitucional”.

Destarte, a definição de “jurisdição constitucional” encontra-se intimamente atrelada à necessidade de estabelecer mecanismos destinados à solução dos conflitos de interesses que se formam no cerne da Constituição. A jurisdição constitucional é, pois, uma manifestação da soberania do Estado, cujo principal escopo é fazer prevalecer os valores consagrados na norma constitucional, através da sua aplicação ao caso concreto. Objetiva, portanto, a aplicação e a proteção da Constituição contra eventuais atos normativos que atentem contra o seu conteúdo formal ou material.

---

<sup>2</sup> Cappelletti analisou a questão da “conformação do legislador” e da “legitimidade da justiça constitucional” enfatizando que dela decorre “o encontro entre dois poderes e as duas funções: o encontro entre a lei e a sentença, entre a norma e o julgamento, entre o legislador e o juiz” (*O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984. p. 26).

Em sua maioria, os defensores da jurisdição constitucional procuram justificá-la, dentre outros argumentos, por meio da mudança no paradigma dos contornos da divisão dos poderes no Estado contemporâneo; do reforço das maiorias e do efeito marginalizador das minorias; da vasta gama de modalidades de lesão aos direitos fundamentais; e da aproximação da justiça constitucional das realidades sociais.<sup>3</sup>

O já citado jurista italiano Mauro Cappelletti entende que a jurisdição constitucional é consequência lógica do alargamento das competências dos poderes incumbidos de realizar a conformação infraconstitucional. Entende, ainda, que o controle judicial decorre do sistema de “freios e contrapesos”.<sup>4</sup>

Válidas também são as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Sobre a jurisdição constitucional já se disse praticamente tudo, seja para defendê-la, seja para criticá-la. Para o bem ou para o mal, parece que não podemos viver sem ela, pelo menos enquanto não descobirmos alguma fórmula mágica que nos permita justificar a política sem ao mesmo tempo, e em certa medida, politizar a justiça.<sup>5</sup>

Portanto, nos dias de hoje, a jurisdição ou justiça constitucional parece ter-se tornado um elemento imprescindível em todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

## 2.2 Origem

Historicamente a jurisdição constitucional surgiu como um mecanismo de defesa da Constituição, pois, sendo esta a norma suprema do ordenamento jurídico, donde emana a validade de todas as demais normas, necessita do estabelecimento de um conjunto de instrumentos destinados a protegê-la dos atos emanados dos poderes estatais.

3 SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

4 *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 19 e 46.

5 *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 133.

Nessa senda, podemos afirmar que a jurisdição constitucional encontra sua origem mais remota na Grécia antiga, quando se estabelecia a distinção hierárquica entre o *nómos*, considerada a lei em sentido estrito e o *pséfisma*, o decreto, de modo a se admitir um controle de validade das leis.

A mesma hierarquia que se estabelecia na Antiguidade grega entre a lei e o decreto, repetiu-se durante a Idade Média, entre as normas do direito natural (*jus naturale*) e as normas do direito positivo (*jus positum*).

Até então, como se nota, o controle limitava-se a avaliar a compatibilidade dos demais atos normativos com a lei ou do direito positivo com o direito natural. A ideia de supremacia da Constituição com relação às demais normas do ordenamento jurídico, somente surgiu mais tarde, em 1788, através do livro “O que é o terceiro Estado?” de autoria do abade Emmanuel Joseph Sieyès.<sup>6</sup>

Todavia, o momento crucial para o aparecimento da ideia de “jurisdição constitucional” ocorreu com o Direito Norte-americano, mais precisamente quando, em 1803, o Presidente da Suprema Corte John Marshall, no célebre caso *William Marbury v. James Madison*, reconheceu a invalidade da lei federal de organização judiciária que conferia à Suprema Corte competência que não lhe fora atribuída pelo texto constitucional. Não é demais dizer ser “deste período a maior contribuição americana ao direito constitucional: o princípio da supremacia do Judiciário ou o poder jurisdicional de controle de constitucionalidade das leis.”<sup>7</sup> Nasce, assim, a jurisdição constitucional difusa ou incidental, caracterizada por ser judicial e de caráter concreto, vale dizer, a lei apontada como inconstitucional deixa de ser aplicada ao caso concreto por qualquer integrante do Poder Judiciário.

Em oposição à jurisdição constitucional difusa originária do sistema norte-americano, surgiu a *jurisdição constitucional concentrada*, dotada

---

6 A sociedade francesa era dividida em três estados: nobreza, clero e povo. Sieyès considerava o povo como sendo o terceiro estado, pois através de seus representantes eleitos, organizavam a lei de regência do Estado: a Constituição. Esta estava acima da lei e dos poderes constituídos, razão pela qual deveria ser protegida através da instituição de um tribunal para o exercício desta finalidade.

7 RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992. p. 35.

de caráter abstrato, isto é, o exame da inconstitucionalidade somente poderia ser aferido pelo Tribunal Constitucional diante da provocação de determinados órgãos políticos, sendo defeso a qualquer juiz exercer tal mister. É importante ressaltar que este sistema foi inicialmente consagrado pela Constituição da Austrália de 1920, com fundamento na ideia de Hans Kelsen, a qual inspirou diversas constituições europeias, razão pela qual também é denominado de “sistema europeu de controle de constitucionalidade”.

Inadequado seria esquecer que o denominado “recurso de amparo” instituído pela Constituição espanhola de 1931, conferiu essencial contribuição para o desenvolvimento da ideia de jurisdição constitucional, notadamente a jurisdição constitucional das liberdades. De fato, o referido remédio poderia ser manejado diretamente à Corte Constitucional, por aquele que tivesse sofrido lesão ao seu direito constitucionalmente assegurado, em razão de ato perpetrado pela autoridade pública, desde que houvesse o prévio esgotamento das instâncias judiciais.

Logo, a “jurisdição constitucional” origina-se da junção entre o sistema norte-americano e o sistema europeu de controle de constitucionalidade, acrescidos de remédios constitucionais destinados ao resguardo das liberdades públicas, conferindo aos órgãos incumbidos de seu exercício, a garantia de realizá-la tanto sob o prisma do controle difuso quanto do concentrado, como, por exemplo, ocorre entre nós.<sup>8</sup>

---

8 O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade conjuga, em perfeita sintonia, o controle de constitucionalidade incidental ou difuso com o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado. Contudo, em vista de recentes modificações havidas no texto constitucional, mormente a ampliação do rol de legitimados para o ajuizamento da ação direta e a criação da ação declaratória de inconstitucionalidade, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco entendem que a atual Constituição reduziu o significado do controle incidental ou difuso, conferindo um novo perfil ao modelo de controle de constitucionalidade no Brasil. A propósito, vale a pena registrar o seu entendimento: “(...) a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional do Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle constitucional incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que muitas controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal federal mediante processo de controle abstrato de normas. Portanto, parece quase intuitivo que, por essa forma, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade” (*Op. cit.*, p. 1102).

A partir da difusão desses sistemas de controles, elevou-se o número de países que instituíram Cortes Constitucionais com o objetivo de garantir a supremacia da Constituição, bem como que conferiram a seus juízes e tribunais ordinários o poder de controlar a constitucionalidade dos atos infraconstitucionais.

O Direito Público, nas palavras de Jorge Miranda, passou por uma “revolução copernicana”, ou seja, “a passagem de uma fase em que as normas constitucionais dependiam de ‘interpositio legislatori’ a uma fase em que se aplicam (ou são suscetíveis de se aplicar) diretamente nas situações da vida — não resultou só em mudanças no regime político ou da ideia de Constituição. Resultou, sobretudo, no aparecimento de uma justiça constitucional, como tal estruturada e legitimada.”<sup>9</sup>

### **2.3 “Filtragem” ou “oxigenação” constitucional e os aspectos da jurisdição constitucional**

Em razão da superioridade das normas constitucionais sobre as demais normas do ordenamento jurídico, estas últimas devem guardar consonância com seu conteúdo, cabendo ao Poder Judiciário fazer uma constante (re)leitura do ordenamento jurídico infraconstitucional a partir da Constituição, a fim de adequá-lo aos ditames constitucionais. A esta “releitura” do ordenamento jurídico à luz da Constituição Clèmerson Martin Clève chama de “filtragem constitucional”<sup>10</sup>, e Alexandre Morais da Rosa, de “oxigenação constitucional”.<sup>11</sup>

Com o escopo de exercer essa “filtragem” ou “oxigenação” dos atos estatais normativos, a Constituição outorgou ao Poder Judiciário dois mecanismos de jurisdição constitucional: o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e a jurisdição constitucional das liberdades.<sup>12</sup>

---

9 *Apud* STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 31.

10 Cf. STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 229.

11 *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 102.

12 Foi Carlos Mário da Silva Velloso, com apoio nas lições de Cappelletti, quem primeiro propôs a divisão do exercício da jurisdição constitucional nestes dois aspectos: o controle de constitucionalidade e o controle da jurisdição da liberdade (“O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI”. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre, maio/2001. p. 5-16).

O controle de constitucionalidade consiste na verificação de “compatibilidade vertical”<sup>13</sup> entre a legislação infraconstitucional e a Constituição. Portanto, falar em controle de constitucionalidade significa verificar a adequação vertical entre as normas infraconstitucionais e a Constituição, tanto sob o ponto de vista formal (regularidade do processo legislativo), como sob o material (conteúdo da norma questionada).

Vimos que o controle de constitucionalidade foi idealizado a partir de dois grandes modelos ou sistemas: o norte-americano, em que se desenvolveu o controle difuso de constitucionalidade, e o europeu do qual originou-se o controle concentrado. Entre nós, o controle concentrado é exercido através das seguintes ações:

- 1) Ação direta de inconstitucionalidade (CF, artigos 102, inciso I, alínea “a”, 103 e 125, § 2º);
- 2) Ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º);
- 3) Ação declaratória de constitucionalidade (CF, artigos 102, inciso I, alínea “a” e 103); e
- 4) Ação declaratória de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º).

Por outro lado, o *controle difuso* ou *concreto de constitucionalidade* é realizado incidentalmente através dos mais diversos instrumentos de direito processual constitucional e infraconstitucional, declarando os juízes e tribunais a inconstitucionalidade de uma norma, com efeito limitado às partes processuais.

Ao lado do controle de constitucionalidade, a jurisdição constitucional também é exercida através de instrumentos processuais constitucionalmente previstos e postos à disposição do cidadão para a defesa de seus direitos, sempre que violados ou ameaçados. Sob essa perspectiva a jurisdição constitucional é denominada jurisdição constitucional das liberdades, a qual caracteriza-se através da consagração, na Constituição, de um rol de garantias de ordem processual para as hipóteses de ameaça ou violação de direitos, bem como através da outorga aos juízes e tribunais ordinários e à Corte Constitucional de poderes destinados a protegê-los.

---

13 Expressão empregada por José Afonso da Silva (*Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1992. p. 47-49).

A jurisdição constitucional das liberdades no Brasil, que segue o sistema norte-americano, é exercida de forma difusa por todos os membros do Poder Judiciário, conferindo-se ao jurisdicionado diversos instrumentos processuais destinados a provocá-la: *habeas corpus* (CF, art. 5º, inciso LXVIII), mandado de segurança (CF, art. 5º, incisos LXIX e LXX), mandado de injunção (CF, art. 5º, inciso LXXI), *habeas data* (CF, art. 5º, inciso LXXII) e a ação popular (CF, art. 5º, inciso LXXIII).

Portanto, muitos desses instrumentos além de destinar-se à proteção judicial dos direitos constitucionais, também constituem meio para o exercício do controle difuso de constitucionalidade.

## **2.4 Competência para o exercício da jurisdição constitucional**

A Constituição Federal, em matéria de jurisdição constitucional sob o aspecto do controle de constitucionalidade, confere competência a quaisquer juízes ou tribunais perante os quais a inconstitucionalidade venha a ser arguida em matéria de defesa por parte do interessado (controle difuso). Sem prejuízo, a Constituição também outorga competência a um tribunal específico, no qual se concentra a função de resguardo da Constituição: o Supremo Tribunal Federal (controle concentrado). Sob o aspecto da jurisdição constitucional das liberdades, a legitimidade também é outorgada a todos os juízes e tribunais ordinários, bem como ao Supremo Tribunal Federal, conforme regras de competência que a Constituição estabelece.

## **3. O princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle da conformação infraconstitucional**

A evolução do Direito impõe a outorga, aos indivíduos, do direito de acesso à justiça, como forma de substituir, nos conflitos ocorrentes na vida social, o emprego da força privada pela aplicação do direito. Não é por outra razão que essa garantia encontra-se prevista em grande parte das Constituições dos países europeus, norte-americanos e latino-americanos.

Entre nós, o direito de acesso à justiça, também denominado por alguns autores de princípio da inafastabilidade da jurisdição e, por outros, de princípio do direito de ação, encontra-se previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, como direito humano fundamental: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Apesar de a literalidade do texto constitucional passar a impressão de que o preceito constitucional tem como único destinatário o legislador, bom é dizer que, ao contrário do que parece, o dispositivo abrange qualquer espécie de norma, oriunda de qualquer um dos poderes constituídos, nas três esferas de governo, que venham, de qualquer forma, a obstar o acesso ao Poder Judiciário.

A propósito, válidas são as lições de Márcio Louzada Carpena:

À evidência que a abrangência da disposição legal é muito maior do que a redação que lhe foi imposta, pois essa, na realidade, somente preconiza um espírito de consagrar que ao Judiciário poderá ser levado os conflitos sociais, sendo plenamente contrária à disposição do sistema qualquer ordem, independente da origem, que venha a impedir que o cidadão possa pleitear socorro ao Estado para defender seus direitos.<sup>14</sup>

É importante assinalar que o direito de ação é exercitável até mesmo contra o Estado, notadamente diante do inadequado exercício do poder de conformação da ordem constitucional por parte dos Poderes Legislativo e Executivo.

É relevante notar, contudo, que o controle jurisdicional, em tais hipóteses, deve ser exercido em consonância com os parâmetros previstos pela própria Constituição, notadamente o princípio da separação de poderes. De igual forma, como se verá, haverão de ser respeitados alguns limites traçados pela hermenêutica constitucional contemporânea.

#### **4. A legitimidade da jurisdição constitucional**

A legitimidade da justiça constitucional vem sendo objeto de muitos questionamentos, sendo que as principais objeções versam sobre a pretensa violação ao princípio da separação dos poderes e à invasão do plano político dos Poderes Legislativo e Executivo. Essas objeções acabam por colocar em “xeque” a legitimidade da jurisdição constitucional.

---

<sup>14</sup> “Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo”. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.) *As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003. p. 14.



Não deixam de existir, no entanto, aqueles que defendem a legitimidade da justiça constitucional como decorrência lógica do alargamento das funções dos demais poderes na ordem jurídica, bem como do sistema de “freios e contrapesos” e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Com o objetivo de conter as tensões formadas entre as duas correntes de pensamento acerca da legitimidade da jurisdição constitucional, bem como estabelecer parâmetros razoáveis para o controle judicial das conformações infraconstitucionais, é importante a realização de um prévio estudo sobre a distinção das funções do Estado, adotando-se, como ponto de partida, a teoria de Luhmann sobre o sistema autopoietico.

#### **4.1 Sistema político e sistema jurídico: distinções segundo a teoria do sistema autopoietico de Luhmann**

Com o advento da modernidade, verificou-se uma ruptura entre o modelo unificado de sociedade e o modelo de sociedade descentrada, gerando um incremento da complexidade das relações sociais com um conseqüente processo de diferenciação funcional da sociedade.

Tal estado de coisas não passou despercebido aos olhos do sociólogo alemão Niklas Luhmann, que interpretou a sociedade como um sistema autopoietico. A bem da verdade, Luhmann aplicou ao sistema social uma teoria importada do conceito de autopoiese concebida na década de 1970 pelos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco J. Varela, cuja aplicação restringia-se aos sistemas vivos, referindo-se à capacidade que os seres vivos têm de autoproduzir-se.

O ponto de partida da teoria sob exame reside na distinção entre “sistema” e “ambiente”. No dizer de Cássius Guimarães Chai, sistema é um “conjunto de elementos inter-relacionados, cuja unidade é dada por suas interações e cujas propriedades são distintas da soma desses elementos.”<sup>15</sup> Tenha-se presente que o sistema encontra seus limites definidos pela fronteira existente entre ele e o meio ambiente, não se admitindo atuação do sistema para além de suas fronteiras. O ambiente, por

---

15 *Descumprimento de Preceito Fundamental: Identidade Constitucional e Vetos à Democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 50.

seu turno, não é apenas uma categoria residual, pois é elemento constitutivo do sistema, quando com ele mantém relação.

Outro elemento fundamental para a compreensão da teoria dos sistemas é a “comunicação” que somente se verifica no interior do sistema e como forma de selecionar e processar os dados que se apresentam disponíveis no mundo exterior, conferindo-lhe sentido.

No interior do sistema, os subsistemas diferenciam-se, basicamente, através da adoção de uma forma específica de comunicação, composta por “códigos binários”, isto é, códigos que miscigenam a positividade com a negatividade. Esse processo de comunicação dá origem ao que Luhmann denomina de “autorreferência”, ou seja, a “capacidade de estabelecer aquelas relações entre si ao mesmo tempo em que diferenciam essas relações mantidas com o seu ambiente.”<sup>16</sup>

Como visto, sistema e ambiente não mantêm relações entre si, daí decorre a necessidade de se estabelecer uma forma que permita a convivência harmônica entre ambos. Luhmann voltando-se mais uma vez à ideia desenvolvida pelos biólogos chilenos, emprega o conceito de “acoplamento estrutural” para promover a referida coexistência entre o sistema e o meio externo, bem como a reação contra as “irritações”<sup>17</sup> originárias do ambiente.

Apresentadas as noções fundamentais sobre a teoria da sociedade como sistema autopoietico, convém notar que o direito assim como a política representam subsistemas desta mesma sociedade, cada qual funcionando com seu código binário próprio. De fato, no subsistema jurídico o código opera por meio da distinção entre “direito” e “não direito” e, no subsistema político, por intermédio da distinção entre “poder” e “não poder” ou “governo” e “não governo”.

Vale ainda registrar que o direito e a política assim entendidos como subsistemas autônomos que operam mediante códigos binários próprios constituem um ambiente do outro. Noutras palavras, o direi-

16 Cf. CHAI, Cássius Guimarães. *Op. cit.* p. 50.

17 O “termo ‘irritação’ deve ser entendido como capacidade de reação a situações ou eventos gerados por fatores externos” (Cf. CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 35. jan.-jun./2001. p. 173).

to é o ambiente em que rodeiam outros subsistemas sociais, dentre os quais o subsistema da política, assim como este último constitui o meio ambiente do direito.<sup>18</sup>

Ocorre que a coexistência entre estes dois subsistemas pode causar perturbações ou irritações recíprocas, as quais devem ser atenuadas mediante a adoção da ideia de acoplamento estrutural, que, no caso dos subsistemas jurídico e político, é a Constituição que funcionará como elemento de acoplamento, de modo a compatibilizar o conflito entre o direito e a política. Tenha-se em mente, contudo, que a Constituição não se afigura como o único recurso de harmonização entre direito e política, já aos Tribunais é conferida a relevante tarefa de julgar os casos concretos com base no código jurídico (“direito” e “não direito”), sendo lhes defeso encontrar soluções fora do subsistema do direito.

Nesse sentido, ensina Luhmann que “os tribunais somente podem decidir com base no código jurídico – direito/não direito – abandonando qualquer enfoque moralista, político ou utilitarista.”<sup>19</sup>

Eis, portanto, uma das maiores virtudes da construção teórica de Luhmann para efeito do presente estudo: a distinção funcional entre o sistema jurídico e o sistema político, bem como as bases teóricas para a harmônica convivência entre os citados sistemas.

## 4.2 A tripartição das funções estatais

Segundo a teoria da tripartição dos poderes, proposta por Montesquieu, cada uma das atividades estatais deve ser executada por órgãos distintos, com o escopo de se impedir a formação de governos absolutos mediante a concentração de poderes nas mãos do monarca.

Nossa atual Constituição alberga a citada teoria em seu artigo 2º, ao dispor que são “poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

---

18 Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000. p. 159.

19 *El Derecho de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero-Americana, 2002. p. 380.

Não quer o aludido dispositivo dizer, entretanto, que a independência entre os poderes seja absoluta, pois há a necessidade de haver certo grau de intervenção com o objetivo de se assegurar a harmonia. É o que a doutrina norte-americana convencionou denominar de “sistema de freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Destarte, podemos afirmar que o sistema de freios e contrapesos confere ao Poder Judiciário a atribuição de tutelar os valores constantes das normas do ordenamento jurídico. Todavia, as intervenções do Poder Judiciário nos demais poderes deve ser feita com observância dos limites impostos pela norma Constitucional, pois, do contrário, violado estaria o dogma da separação de poderes.

### 4.3 O ativismo judicial e a criação judicial do direito

Com a transição do regime liberal para o Estado Social de Direito, constatou-se um aumento dos anseios sociais, o que gerou um incremento na atuação dos órgãos públicos, mormente do Poder Judiciário, com vista a concretizá-los. Entretanto, muitos dos reclamos da sociedade deixaram de ser atendidos em razão da ausência ou, mesmo, da morosidade na adoção de medidas legislativas. Diante desse panorama, verificou-se uma inevitável ativação judicial.

A justificativa para a referida “ativação” reside no fato de que o julgador é capaz de encontrar, com muito mais presteza, as soluções para os conflitos de interesses que afloram na sociedade, do que as demoradas soluções apresentadas pelo legislador ou pelo administrador. Desse modo, levando-se em conta o fato de que as exigências da sociedade são absorvidas pelo intérprete-aplicador da norma, através de novas leituras, novos modelos jurídicos acabam sendo criados. Miguel Reale denomina esses novos modelos jurídicos de “modelos autônomos” e ressalta que o aplicador da norma possui competência para criá-los desde que observe dois princípios fundamentais: 1) o julgador não pode eximir-se de julgar a pretexto de haver lacuna ou obscuridade na lei; e 2) diante da omissão da norma, o aplicador deve agir como se fosse legislador.<sup>20</sup>

<sup>20</sup> *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Ao analisar a legislação processual civil em vigor, verificamos que os princípios acima mencionados encontram-se positivados no artigo 126 do Código de Processo Civil:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

Os defensores do ativismo judicial justificam-no através do argumento segundo o qual as cortes constitucionais estão situadas fora e acima dos poderes do Estado. Aduzem, ademais, que os enunciados das normas constitucionais são abertos e indeterminados, conferindo ampla liberdade para o exercício da criatividade do intérprete-aplicador do direito.

Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco apresentam diversos argumentos favoráveis a essa tendência ativista do Judiciário, dentre os quais se destaca a questão da autonomia do objeto nas ciências naturais e nas ciências do espírito ou culturais<sup>21</sup>:

Entre as ciências naturais, rigorosamente, como todos sabemos, a questão da autonomia do objeto nem sequer se coloca, ou pelo menos não se coloca com a mesma intensidade com que se põe nas ciências humanas, porque nesse terreno o sujeito do conhecimento não pode criar nem consumir o objeto das suas investigações. É que, sendo externos e estranhos, de todo alheios ao cientista, os fenômenos naturais como que são imunes a contaminações subjetivas, e isso menos por virtude do sujeito do que pela impropriedade do objeto.

E, prosseguem, mais adiante:

---

21 As ciências do espírito ou cultural compõem-se de realidades ou fenômenos que pertencem ao *mundo* do “dever ser”, por serem dotados de valorização. As normas jurídicas pertencem a essa classe, por comportarem variação de significado em virtude da interferência da vontade humana, como forma de adequar os meios aos fins. Em contrapartida, as ciências naturais pertencem ao mundo do “ser”, pois se constituem de fenômenos que podem ser aferidos pela mera constatação de fatos naturais. As leis físicas, por exemplo, são dotadas de definitividade, na medida em que não sofrem qualquer alteração de significado com o passar do tempo, justamente por serem leis postas pela natureza. É o que se dá, por exemplo, com as leis formuladas por Isaac Newton, as quais explicam vários comportamentos que ocorrem regularmente com os objetos físicos.

No âmbito da cultura, no entanto, porque o sujeito trabalha com formas significativas, com realidades que não se explicam, antes se compreendem e, ainda, porque nesse terreno toda descoberta de sentido envolve ou exige, necessariamente, uma atribuição de sentido (...).<sup>22</sup>

Entretanto, bom é dizer que o ativismo judicial e a criação judicial do direito também encontram fortes opositores. Sebastián Soler é um deles. Segundo o citado jurista, as normas jurídicas são estruturas nas quais se articulam conceitos, ideias e valores, cujo sentido não é subjetivo, mas objetivo. Caso a criação livre do direito triunfe, trocar-se-á a firmeza objetiva dos comandos normativos pelo subjetivismo do julgador. Argumenta, ainda, que o princípio da separação dos poderes obstará a atribuição, por parte do Poder Judiciário, de sentido diverso daquele que conste na norma interpretada. O julgador, ao criar o direito, estaria substituindo a ação do legislador numa nítida ofensa ao princípio da separação dos poderes.<sup>23</sup>

Convém ressaltar que o problema em foco não é típico de países que adotam o modelo da *civil law*, pois também afeta países da *common law*, como é o caso dos Estados Unidos, onde setores de esquerda têm-se utilizado do Poder Judiciário como instrumento destinado a colocar em prática as suas propostas de reforma. Nesse sentido, o advogado norte-americano Mark R. Levin lançou um livro intitulado *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America* (“Homens de preto: como a Suprema Corte está destruindo os Estados Unidos”), onde também enfatiza a postura ativista que vem sendo adotada pelo Poder Judiciário estadunidense.

#### 4.4 Politização da justiça constitucional

A confusão entre os subsistemas político e jurídico também dá origem a uma tendência denominada pela doutrina constitucional contemporânea de “politização da Justiça Constitucional”.

A seu respeito, encontramos na doutrina duas correntes de pensamento.

<sup>22</sup> *Op. cit.* p. 89-90.

<sup>23</sup> *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962. p. 89-90.

A primeira corrente, denominada *procedimentalista*, apoia-se nas ideias de Habermas e é contrária à judicialização das políticas públicas, sob o fundamento de que o controle judicial criaria uma crise institucional, além de prejudicar o exercício da cidadania ativa, pois colocaria o cidadão na dependência do Poder Judiciário para o exercício de seus direitos fundamentais.

A segunda baseia-se no pensamento de Dworkin e denomina-se corrente *substancialista*. Trata-se de um posicionamento favorável à judicialidade das políticas públicas, pois, em síntese, entende que a lei constitui vontade indireta do povo, na medida em que ele consente na sua edição por meio de seus representantes. Logo, a partir desse contexto democrático, o juiz deve deixar de ser um aplicador formal da lei e adotar uma postura mais ativa, no sentido de que os cidadãos tenham os seus direitos concretizados.

Entre nós, entendia o Supremo Tribunal Federal que a atividade do Poder Judiciário não se confunde com ato de produção normativa:

A interpretação do ordenamento positivo não se confunde com o processo de produção normativa – O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade. A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República.<sup>24</sup>

Contudo, em julgados mais recentes, podemos constatar a modificação desse entendimento, de modo a albergar a corrente substancialista por ocasião do julgamento de instrumentos destinados à provocação da atuação da jurisdição constitucional.

Com efeito, ao julgar a ADC n. 12/DF, entendeu a Suprema Corte que, mesmo diante da inexistência de regulamentação legal, é constitucional a

---

24 RE 266041-SP, relator Ministro Celso de Melo.

Resolução n. 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, que proíbe a nomeação de parentes por parte dos membros do Poder Judiciário.<sup>25</sup> Mais tarde, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante n. 13<sup>26</sup>, estendendo a vedação do nepotismo aos membros do Poder Executivo e Legislativo.

Além disso, pode-se também verificar a mesma linha de ativismo na ADI 3682, relativa à necessidade de edição de lei complementar federal estabelecendo o procedimento e o período para que a lei estadual crie Municípios (CF, art. 18, § 4º), na qual o Plenário da Suprema Corte reconheceu a omissão do Poder Legislativo em elaborar a referida lei complementar, fixando o prazo de dezoito meses para que o Congresso Nacional edite a lei complementar federal.<sup>27</sup>

Outro fato digno de nota é que Supremo Tribunal Federal tem consagrado a perspectiva ativista também no controle concreto de constitucionalidade, pois, ao julgar os mandados de injunção 670/ES, 708/DF e 712/PA, respectivamente impetrados, pelo Sindicato dos Servidores Policiais Civis do Espírito Santo - SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa – SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP, com o escopo de garantir aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição<sup>28</sup>, decidiu que a solução para a omissão legislativa se dará mediante a aplicação, no que couber, da Lei 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.<sup>29</sup>

Essa postura ativista adotada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede do controle concreto de constitucionalidade, mereceu destaque no Informativo n.º. 485, onde restou assentado que “a Corte, afastando-

---

25 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF. Pleno. Rel. Min. Carlos Britto. 16 fev 2006. DJ 01.09.2006.

26 Nos termos da referida súmula, a “nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

27 ADI n. 3.682, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 9.5.2007, DJ 6.9.2007.

28 Nos termos do art. 37, inciso VII da Constituição, “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

29 MI 670/ES, rel. orig. Min. Maurício Corrêa, rel. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, 25.10.2007; e, MI 712/PA, rel. Min. Eros Grau, 25.10.2007.



-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário.”<sup>30</sup>

A mesma postura ativista ocorre em matéria de políticas públicas, seara em que o Supremo Tribunal Federal sufragou o entendimento segundo o qual o Judiciário pode atuar com vistas a implementá-las, sem que se vislumbre qualquer ofensa ao princípio da separação dos poderes. A propósito, foi de crucial importância o julgamento da ADPF n. 45/DF promovida contra veto presidencial incidente sobre o § 2º do art. 55 (posteriormente renumerado para art. 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004. O referido dispositivo considerava ações e serviços públicos de saúde “a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, deduzidos os encargos previdenciários da União, os serviços da dívida e a parcela das despesas do Ministério financiada com recursos do Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza.” O autor da ação argumentou que o veto presidencial importou em desrespeito a preceito fundamental decorrente da EC 29/2000, que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços públicos de saúde. Ocorre que, inobstante tenha vetado o dispositivo questionado, o próprio Presidente da República tomou a iniciativa de remeter ao Congresso Nacional um projeto de lei que restaurou, em sua integralidade, o § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003, dele fazendo constar a mesma norma sobre a qual incidira o veto, o qual foi transformado na Lei nº 10.777/2003. Destarte, não obstante tal fato pudesse prejudicar o objeto da ação de arguição de descumprimento fundamental, em razão da iniciativa do Presidente da República, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a ação como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização das políticas públicas.<sup>31</sup>

Contudo, malgrado haja por parte da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal uma forte inclinação ao ativismo judicial e à politização da justiça, entendemos que a questão mereça ser analisa-

---

30 Informativo 485, de 25/10/2007: disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo485>. Acesso no dia:27/02/2009.

31 ADPF 45 MC;DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 29.4.2004, DJ 4.5.2004.

da com maior cautela. De fato, diversas questões devem ser levadas em conta quando o tema é judicialização das políticas públicas.

De fato, a partir do momento em que o sentido e o alcance da Constituição e das leis passam a ser alterados pelo Poder Judiciário, é debilitada a própria organização do Estado, o sistema político e o princípio da soberania popular, já que, em muitas vezes, as referidas alterações contrariam a vontade do povo e de seus representantes. A tarefa de exprimir a vontade popular é atribuída pela Constituição ao Poder Legislativo, por meio da elaboração das leis, e ao Executivo, através da administração e execução das leis.

Ademais, como visto alhures, a politização da ordem constitucional acaba gerando a indevida inversão dos códigos através dos quais operam o subsistema político e o subsistema jurídico. Dessa forma, o Judiciário, ao proferir decisões que não contemplem o código jurídico (“direito” e “não direito”), acaba por subverter a ótica da separação dos poderes, invadindo, destarte, competência política atribuída com exclusividade ao Legislativo e ao Executivo.

Dessa forma, o Poder Judiciário acaba encontrando, fora do subsistema jurídico, solução para a inefetividade do legislador e do administrador, o que resulta na arbitrária criação judicial do direito, com a consequente subversão do sistema.

Convém notar, outrossim, que os juízes constitucionais não são eleitos pelo povo, razão pela qual, em face do princípio da soberania popular (CF, art. 1º), o Poder Judiciário estaria usurpando prerrogativas dos representantes do povo e, com isso, violando a aludida soberania.

Enfim, existem diversos limites que ainda devem ser considerados pelo Poder Judiciário ao implementar as normas constitucionais, os quais consistem na estrutura objetiva da norma e nas reservas da consciência e do possível, assim como na “abertura” do processo constitucional, mediante a extensão do rol dos intérpretes da Constituição.

## **4.5 Limites à materialização das normas constitucionais**

### **4.5.1 Limites decorrentes da estrutura objetiva da norma**

O primeiro limite que deve ser observado em matéria de implementação de direitos constitucionais pelo Poder Judiciário, ao exercer a jurisdição constitucional, decorre da estrutura objetiva da norma.

Nesse sentido, ainda que a estrutura da norma constitucional seja aberta e flexível e por mais ampla que seja a liberdade de interpretação conferida ao juiz constitucional, ela não é absoluta, de sorte que é vedado criar ou atribuir significados aos enunciados normativos, bem como extrapolar a estrutura objetiva da norma.

Isso não quer dizer que o julgador deve restringir-se a um mero aplicador da lei, desconsiderando a realidade social. Deve, pois, sem se afastar da estrutura normativa da norma, considerar todo o contexto das relações sociais.

É o que ensina com muita propriedade Carlos Maximiliano:

Existe entre o legislador e o juiz a mesma relação que entre o dramaturgo e o ator. Deve este atender às palavras da peça e inspirar-se no seu conteúdo; porém se é verdadeiro artista, não se limita a uma reprodução pálida e servil: dá vida ao papel, encarna de modo particular a personagem, imprime um traço pessoal à representação, empresta à cena certo colorido, variações de matiz quase imperceptíveis; e de tudo faz ressaltar aos olhos dos espectadores maravilhados com belezas inesperadas, imprevistas.<sup>32</sup>

Como se pode notar não é permitido ao julgador conferir à interpretação constitucional subjetivismos aptos a desviar o sentido e o alcance do texto constitucional.

#### **4.5.2 Limites decorrentes da reserva da consciência e da reserva do possível. “Abertura” do processo constitucional.**

Além dos limites decorrentes da estrutura objetiva da norma, ainda podemos citar outro, consistente em determinadas “reservas”, quais sejam, a “reserva da consistência” e a “reserva do possível”.

Em consonância com as lições do renomado jurista alemão Peter Häberle, Habermas foi o primeiro jurista a empregar a expressão “reserva de consciência” em sua obra *Legitimationsproblema in Spätkapitalismus*. Segundo Häberle, o resultado da interpretação “está submetido à reserva da consistência, devendo ela, no caso singular, mostrar-se

---

32 *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 81.

adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais.”<sup>33</sup>

Dessa forma, a “reserva da consistência” consiste na necessidade de o intérprete-aplicador da norma constitucional fundamentar a sua decisão, de modo a declinar todos os motivos que a embasam. Ressalte-se que essa fundamentação não se resume apenas a argumentos de natureza técnica-jurídica, pois o julgador deve, em determinados casos, recorrer a outras áreas do saber humano para conferir maior consistência à fundamentação.

Nesse sentido, considerando-se que o julgador resente-se de conhecimentos técnicos para apurar determinados fatos litigiosos e conferir à sua decisão a necessária fundamentação<sup>34</sup>, deve recorrer a pessoas entendidas, o que ocorre através da determinação da prova pericial. Assim, por exemplo, na ação em que se pleiteia o fornecimento de medicamentos ao Poder Público, há necessidade de determinação de prova pericial, consistente em exame médico do jurisdicionado, com o escopo de se aferir a real necessidade do medicamento pleiteado, pois só assim estará respeitada a reserva da consciência e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais.

É bem verdade que a ideia de “reserva da consciência” encontra-se intimamente associada à construção doutrinária da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” de Peter Häberle.

Com efeito, há muito tempo, a interpretação constitucional permaneceu vinculada ao modelo de sociedade politicamente fechada, o qual conferia destaque aos procedimentos e métodos de interpretação, pelos quais somente estaria legitimado um reduzido rol de pessoas que compunham o processo constitucional nas Cortes Constitucionais, vale dizer, os magistrados, os promotores e os advogados.<sup>35</sup> Entendia Häberle que a interpretação constitucional não poderia evadir-se da análise

---

33 *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 42.

34 A imposição de fundamentação das decisões judiciais decorre do inciso IX, do art. 93 da Constituição, cuja redação é a seguinte: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

35 HÄBERLE, Peter. *Op. cit.*, p. 12.

do embate entre “Constituição” e “realidade constitucional”, razão pela qual promoveu a ampliação do ciclo dos legitimados a participar do processo hermenêutico, mediante a inclusão de todos aqueles que, de certa forma, fazem parte da realidade da norma. Segundo Häberle, os “critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.”<sup>36</sup> Dessa forma, o modelo de “sociedade fechada” cedeu lugar àquilo que Häberle denominou de “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”.

A grande virtude da democratização do processo hermenêutico-constitucional é justamente atribuir à jurisdição constitucional maior legitimidade, já que os próprios interessados na aplicação da norma são admitidos na fixação do significado e do alcance da norma interpretada.

Entre nós, a teoria haberliana ressoou no plano legislativo, mediante a edição de leis que estabeleceram mecanismos que asseguram a ampliação do círculo dos intérpretes da Constituição, como é o caso da Lei nº. 9.868, de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. O citado Diploma previu a figura do *amicus curiae*, com o objetivo de pluralizar o debate constitucional, através da manifestação de outros órgãos ou entidades (Art. 7º, §2º), assim como a possibilidade de o relator, quando necessário para o esclarecimento da matéria ou de circunstâncias de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, solicitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria (art. 9º, § 1º).

Em contrapartida, a “reserva do possível” traduz a ideia de que os indivíduos, diante da comprovada escassez de recursos públicos não têm direito subjetivo frente ao Estado, senão nos estritos limites da razoabilidade. A respeito do tema, ensina o constitucionalista lusitano Jorge Miranda:

(...) a efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo

---

36 *Ibidem*. p. 13.

do, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da Administração pública e dos recursos financeiros.<sup>37</sup>

Em suma, a reserva do possível constitui um limite a ser observado ao se realizar a interpretação/aplicação da norma constitucional sempre que atendidos os requisitos cumulativos da irrazoabilidade da pretensão e a ausência de disponibilidade financeira do Estado, desde que objetivamente aferível.

## 5. Conclusão

O Poder Judiciário deve atuar com o objetivo de viabilizar e conferir concreção aos direitos constitucionais quando o dever de conformação por parte do legislador e do administrador se mostrar insuficiente ou mesmo inexistente. Nesse passo, é de todo oportuna a observação de que o exercício da jurisdição constitucional através dos órgãos do Poder Judiciário não se limita à conferência de compatibilidade dos atos normativos infraconstitucionais com a Constituição, mas também à plena e eficaz materialização das normas constitucionais, sobretudo aquelas que veiculam direitos de natureza fundamental. Impossível, pois, olvidar que a jurisdição constitucional se faz necessária para que os direitos constitucionais sejam exercidos em sua plenitude.

Entretanto, a atuação da justiça constitucional não pode acarretar confusão funcional entre os subsistemas jurídico e político, nem tampouco no desvirtuamento de outros princípios e valores igualmente resguardados pelo texto constitucional.

Dessa forma, muito embora haja argumentos e decisões favoráveis aos fenômenos da “politização da justiça” e da “criação judicial do direito”, a Justiça Constitucional há de pautar-se de acordo com determinados critérios e técnicas, sob pena de restar caracterizado um desvirtuamento no exercício da jurisdição constitucional, através da invasão das atribuições outorgadas pela Constituição aos demais poderes (Legislativo e Executivo).

---

<sup>37</sup> *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4, p 348.

Assim, ao interpretar a Constituição, o julgador deverá guiar-se pelos limites impostos pela hermenêutica constitucional contemporânea à atividade exegética, quais sejam, os decorrentes dos contornos objetivos da norma interpretada e das reservas de consciência e do possível. Além disso, o juiz constitucional deverá levar em conta a necessidade de abertura do processo, permitindo a participação daqueles que fazem parte da realidade concreta da norma, pois só assim será possível uma fundamentação adequada da decisão judicial sobre políticas públicas.

Eis, portanto, os parâmetros destinados a realizar o juízo de ponderação entre, de um lado, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, de outro, o princípio da separação de poderes.

Note-se que não se está negando legitimidade à jurisdição constitucional, até porque a referida legitimidade decorre da própria legitimidade da Constituição. O que se pretende, na realidade, é que a ordem constitucional não seja comprometida mediante o desvirtuamento da função jurisdicional.

Em síntese, o objetivo do presente estudo não foi outro senão buscar uma compreensão constitucionalmente adequada sobre o conteúdo, a extensão e os limites da jurisdição constitucional, de modo a permitir que o controle da atividade legislativa e administrativa seja realizado em conformidade com o princípio da separação de poderes e o Estado Democrático de Direito.

## 6. Referências

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. Trad. de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

CARPENA, Márcio Louzada. “Da Garantia da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o Processo Contemporâneo”. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.) *As Garantias do Cidadão no Processo Civil*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003.

CHAI, Cássius Guimarães. *Descumprimento de Preceito Fundamental:*

*Identidade Constitucional e Vetos à Democracia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CORSI, Giancarlo. “Sociologia da Constituição”. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte. n. 35. jan.-jun./2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1997.

LEVIN, Mark R. *Men in Black: How the Supreme Court Is Destroying America*. United States: Regnery Publishing Inc., 2006.

LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Tradução: Javier Torres Nafarrate. México: Universidad IberoAmericana, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: ed. Coimbra, 1998, vol. 4.

REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito – para um novo paradigma hermenêutico*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1992.

ROSA, Alexandre Morais da. *Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 4 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: Malheiros, 1992.

SOLER, Sebastián. *La interpretación de la ley*. Barcelona: Ariel, 1962.

SOUZA, Marcelo Rebelo de. *Legitimação da Justiça Constitucional. Legitimidade e legitimação da Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.



STRECK, Lênio Luis. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI”. *In: Revista Jurídica*, Porto Alegre, maio/2001. p. 5-16



# Imposto de renda da pessoa física – inconstitucionalidade do limite legal para dedução de despesas de educação

Antonio Joaquim Ferreira Custódio<sup>1</sup>

Rufino Armando Pereira Passos<sup>2</sup>

---

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. A legislação ordinária – 3. Os princípios e normas constitucionais sobre a educação – 4. O Direito do Estado de instituir impostos – 5. Desvio de poder de legislar: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade – 6. O conceito constitucional de renda e o princípio da capacidade contributiva – 7. Jurisprudência específica – 8. Conclusão.

---

## 1. Introdução

A legislação ordinária disciplinadora do imposto de renda da pessoa física estabelece um limite anual individual para a dedução das despesas que o contribuinte realiza durante o ano-calendário com a educação própria e de seus dependentes. Segundo o noticiário da imprensa, o Ministério Público teria instaurado uma ou mais ações civis com o escopo de questionar esse limite legal. Estas anotações tem por finalidade o exame da constitucionalidade da legislação ordinária que o fixou, quando confrontada com normas e princípios inscritos na Constituição Federal.

---

<sup>1</sup> Advogado e Procurador do Estado aposentado.

<sup>2</sup> Advogado.

## 2. A legislação ordinária

A Lei federal 9.250, de 26.12.1995, determinou que o imposto de renda devido pelo contribuinte pessoa física incida sobre a diferença entre as somas, de um lado, (I) “*de todos os rendimentos percebidos durante o ano-calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos à tributação definitiva*”, e, de outro lado, (II) das deduções que especificou (art. 8º, I e II).

As deduções permitidas compreendiam exclusivamente os gastos relativos “*a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizante do contribuinte e de seus dependentes, até o limite anual individual de R\$1.700,00 (um mil e setecentos reais)*” (art. 8º, II, “b”).

A Lei 11.482, 31.5.2007, deu nova redação à alínea “b”, do inciso II, estabelecendo a possibilidade de deduções relativas “*a pagamentos de despesas com instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de R\$2.480,66 ( ...) para o ano-calendário de 2007; R\$2.592,29 (...) para o ano-calendário de 2008; R\$2.708,94 (...) para o ano-calendário de 2009 e R\$2.830,84 (..) para o ano-calendário de 2010.*”

Dessa forma, o contribuinte está impedido de abater, a título de despesas de instrução, qualquer importância que exceda o limite legal autorizado. Mesmo que deseje deduzir quantia que o supere, correndo o risco de ter sua declaração revisada pelos agentes fiscais, porque o programa para preenchimento da declaração anual reduz, automaticamente, os valores lançados ao teto legal. O excesso, isto é, a diferença entre o valor efetivamente despendido pelo contribuinte e o limite legal autorizado, que é, ordinariamente, muito superior a esse teto, acaba sendo considerado como receita auferida, mas não gasta pelo contribuinte, compondo, dessa forma, a base de cálculo do tributo e, por consequência, computado para apuração do imposto devido. Exemplificando: se o contribuinte gasta R\$100 e só pode abater R\$20,

a diferença (R\$80) compõe a base de cálculo do imposto e sobre ela o contribuinte paga o tributo.

A Instrução Normativa 65, de 5.12.1996, do Secretário da Receita Federal, a pretexto de regulamentar a norma legal, determinou (art. 6º) que não podem ser consideradas como despesas de educação, entre outras, “as despesas com uniforme, material e transporte (...), as despesas com aquisição de enciclopédias, livros, revistas e jornais, o pagamento de aulas de música (...), informática e assemelhados, o pagamento de cursos preparatórios para concursos e/ou vestibulares, o pagamento de aulas de idiomas estrangeiros”. De igual teor é o art. 40 da Instrução Normativa 15, de 6.2.2001, que revogou a de nº 65/1996. Assim, de acordo com a interpretação dada pela referida Secretaria, para educar seus filhos o contribuinte não necessita comprar uniformes, materiais e livros escolares (didáticos, técnicos, científicos, etc.). Supérfluos são, igualmente, os gastos realizados com aulas de música, informática, cursos de idiomas estrangeiros e cursos preparatórios para concursos ou vestibulares. A educação, no Brasil, prescinde desses conhecimentos e informações, porque, segundo a interpretação oficial do Poder Executivo, nenhum deles tem qualquer relação com o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (CF, art. 205).

### **3. Os princípios e normas constitucionais sobre a educação**

A Constituição Federal no Título II, que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, inclui, entre eles, o **direito à educação** (art. 6º), determinando (art. 5º, § 1º) que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”.

De conformidade com a Lei Fundamental, a educação constitui um direito fundamental constante de norma autoaplicável. Em abono dessa declaração, o constituinte prescreveu, também, ser da competência comum da União e demais entidades federadas “*proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência*” (CF, art. 23, V).

Segundo lição de Sampaio Dória<sup>3</sup> em comentário à Constituição de 1946, a educação é “o problema básico da democracia”. O constituinte, convicto dessa assertiva incensurável, dedicou ao tema seção específica encimada pelo art. 205 da Lei Maior, segundo o qual

*“a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.*

Na lição de Sampaio Dória (ob. cit.), que continua atual, esse direito fundamental decorre, inapelavelmente, da adoção do regime democrático, *verbis*:

*“Duas são as formas extremas dos regimes políticos: ou o poder é a vontade dos governantes imposta aos governados, ou o poder é a vontade dos governados delegada aos governantes, para o exercerem em nome deles. Ou autocracia, ou democracia. Nas autocracias, quanto mais afundar-se o povo na ignorância, melhor. Quando muito, monopolizar o governo a educação, para fanatizar as massas e silenciá-las no trabalho. Nas democracias, quanto mais educado o povo na escola da liberdade, melhor. (...) Tendo proclamado, no art. 1º da Constituição para si, o regime democrático, o que cumpre em consequência ao País, é tudo fazer por que o povo se eduque na escola da liberdade, na consciência de seu destino, na capacidade para o trabalho. A educação é o problema básico da democracia”.*

Essas disposições demonstram que, para o constituinte, a educação é **uma finalidade constitucional impostergável**. Não se consubstancia em simples recomendação a ser, ou não, observada pelos Poderes Públicos segundo seus interesses momentâneos, sua ideologia ou em decorrência de sua maior ou menor diligência (ou negligência) no trato dos objetivos fixados pela Lei Suprema. Ela é alicerce dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, especialmente daqueles inscritos nos incisos II e

<sup>3</sup> apud Sérgio Alves Gomes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ed. Rev. dos Tribunais, abril-junho/2005, n° 51, p. 94/95.

III, do art. 1º da Magna Lex: cidadania e dignidade de pessoa humana. j.j. rousseau<sup>4</sup> já ressaltava:

*“Nascemos fracos, precisamos de força; nascemos carentes de tudo, precisamos de assistência; nascemos estúpidos, precisamos de juízo. Tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação”* (destaque nosso).

Segundo lição de Sérgio Alves Gomes<sup>5</sup>,

*“pode-se dizer que foi o reconhecimento da dignidade humana, em forma de princípio fundamental do Direito Constitucional e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, de modo a assentar-se este sob as bases daquele princípio. Igualmente, é em atenção ao princípio da dignidade humana que se reconhecem e se garantem direitos fundamentais. É em respeito ao pleno desenvolvimento da personalidade humana que o direito à educação merece a qualificação de direito fundamental”* (destaque nosso).

Pontes de Miranda<sup>6</sup>, no regime da Constituição derogada, destacava a importância da educação, observando que

*“O Estado tardou em reconhecer as vantagens da instrução e educação do povo. Desconheceu, durante séculos, que somente se pode aumentar o valor do Estado, do país, aumentando-se o valor dos indivíduos. Ainda hoje há os que, dirigentes de povos, acham prudente a ignorância do povo. Tal como tardaram em descobrir que a escravidão era o trabalho menos econômico e que dos Estados sem liberdades para os seus nacionais os outros Estados são os senhores.*

*Não confundamos o direito à educação com as bolsas sob os Antoninos, em Roma, ou sob Carlos Magno, ou nos séculos do poder católico. Não se trata de ato voluntário, deixado ao arbí-*

---

4 apud Sérgio Alves Gomes, O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação, in Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ed. Rev. dos Tribunais, abril-junho/2005, n° 51, p. 51.

5 O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Fundamental à Educação cit., p. 96/97.

6 Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n°1, de 1969, 2ª ed., 1972, tomo VI, p. 333.

*trio do Estado, ou da Igreja, mas de direito perante o Estado, direito público subjetivo, ou, no Estado puramente socialista e igualitário, situação necessariamente criada no plano objetivo, pela estrutura mesma do Estado.”* (destaque nosso)

Na vigência da atual Constituição, José Afonso da Silva<sup>7</sup> também considera a educação direito fundamental. Ensina o mestre:

*“O art. 205 contém uma declaração fundamental que, combinada com o art. 6º, eleva a educação ao nível dos direitos fundamentais do homem. Aí se afirma que a educação é direito de todos, com o que esse direito é informado pelo princípio da universalidade. Realça-lhe o valor jurídico, por um lado, a cláusula – a educação é dever do Estado e da família –, constante do mesmo artigo, que completa a situação jurídica subjetiva, ao explicitar o titular do dever, da obrigação, contraposto àquele direito. Vale dizer: todos têm o direito à educação e o Estado tem o dever de prestá-la, assim como a família.”* (destaque nosso)

A educação é um direito fundamental da sociedade e do indivíduo e um objetivo a ser denodadamente perseguido e alcançado pelos Poderes Públicos, quaisquer que sejam os agentes transitoriamente ocupantes dos respectivos cargos. Como tal deve ser interpretada quando confrontada com outros princípios, poderes ou deveres inscritos na Lei Suprema.

#### **4. O Direito do Estado de instituir impostos**

É inegável que a Lei Suprema confere ao Estado o direito de instituir impostos, inclusive discriminando as competências impositivas das entidades que compõem a federação. Inquestionável, outrossim, que ela também alberga o princípio da independência e harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além de agasalhar o princípio da reserva legal, que, em tema de tributação, vem detalhado no art. 150 em seção dedicada às limitações do poder de tributar.

Segundo alguns intérpretes, obedecidos os princípios da reserva legal e da independência do Poder Legislativo, à lei caberia, de forma am-

---

<sup>7</sup> Curso de Direito Constitucional Positivo, 1989, 5ª ed., p. 274/5.



pla e sem quaisquer restrições, estabelecer as regras disciplinadoras da maneira como deve o contribuinte calcular o imposto sobre a renda. Seria o exercício pleno do direito à instituição de tributos. Daí entenderem que à lei compete, de forma absolutamente livre, definir quais as despesas que o contribuinte pode excluir dos rendimentos percebidos para apurar o montante pecuniário sobre o qual será calculado o imposto.

A questão não é tão simples como esses exegetas vislumbram. O direito de tributar do Estado não se opõe, substancialmente, ao direito à educação. Não há contradição entre eles, impondo-se, ao contrário, sua harmonização. A educação, direito fundamental alicerçador dos princípios fundamentais da cidadania e da dignidade da pessoa humana, também não se contrapõe ao princípio da reserva legal. O direito à educação também não colide com o princípio da independência entre os Poderes. O direito do Estado de instituir tributos deve ser exercido em consonância com os princípios da reserva legal e da independência entre os Poderes. Eles são instrumentos constitucionais de garantia dos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado, na medida em que condicionam a ação estatal, mas não se antepõem à realização das finalidades de que a Constituição o incumbiu.

Cuida-se, em síntese, de adequada ação dessa potestade e desses princípios com o direito fundamental à educação e, por consequência, com os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, II e III). Os Poderes Públicos, especialmente o Legislativo e o Executivo, não podem, a pretexto de exercício de suas competências constitucionais, relegar a segundo plano os direitos fundamentais do indivíduo. Cabe-lhes delinear suas fronteiras, de forma a harmonizá-los para que o poder de tributar não aniquile os princípios que ordenam e garantem os direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado. Quando não o fazem, legislando de forma inadequada e solapando os direitos fundamentais, cabe ao Judiciário a relevante função de, interpretando a Constituição, definir os limites de atuação dos demais Poderes em obediência às finalidades e objetivos constitucionais. A questão substancial, que deverá ser deslindada pelo Judiciário, é exatamente essa: *se o exercício da competência legislativa é livre e incondicionado a ponto de autorizar o legislador ordinário, quando a exerce, a descurar, mitigar ou aniquilar direitos e garantias fundamentais do indivíduo – na espé-*

*cie, a educação – ou, ao contrário, se ele, legislador, se encontra adstrito às finalidades contidas na Magna Lex, das quais não se pode desviar.*

## 5. Desvio de poder de Legislar: os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

A doutrina e a jurisprudência já assentaram que o legislador não é incontrolável no exercício de sua função, devendo desempenhá-la em consonância com os valores e interesses protegidos pela Lei Suprema, *sob pena de desvio de poder*.

O desvio de poder legislativo tem sido objeto de estudo de grandes juristas, destacando-se entre os pátrios Caio Tácito<sup>8</sup>. Identificando-o como *vício de inconstitucionalidade*, o autor colaciona vários julgados do Supremo Tribunal Federal a propósito, em especial o RE 18.331. Diz o insigne mestre:

*“A acolhida do cabimento do desvio de finalidade como vício de inconstitucionalidade fora anteriormente abonada em outro julgado do STF, em voto do Min. Orizombo Nonato, Relator do RE nº 18.331, que, nos termos da respectiva emenda, após recordar o conhecido axioma de que o poder de taxar não se pode extremar como poder de destruir, destaca: ‘é um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do détournement de pouvoir’ (Revista Forense, vols. 145 e 146)” (ob. cit., p. 189 – destaque nosso).*

Ancorado em doutrinadores pátrios e estrangeiros, o ilustre jurista entende (op. cit., p. 193 – destaques nossos):

*“(...) que a validade da norma de lei, ato emanado do Legislativo, igualmente se vincula à observância da finalidade contida na norma constitucional que fundamenta o poder de legislar.*

*O abuso do poder legislativo, quando excepcionalmente caracterizado, pelo exame dos motivos, é vício especial de inconstitucionalidade da lei pelo divórcio entre o endereço real da norma*

<sup>8</sup> O Desvio de Poder no Controle dos Atos Administrativos, Legislativos e Jurisdicionais, in Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres, 1º vol., p. 181/198.

*atributiva de competência e o uso ilícito que a coloca a serviço de interesse incompatível com a sua legítima destinação.*

*Gilmar Ferreira Mendes dedicou capítulo especial de sua monografia sobre controle de constitucionalidade à avaliação do excesso de poder legislativo como vício substancial de inconstitucionalidade. Com apoio na doutrina alemã e na lição de CANOTILHO, evidencia a prevalência da vinculação do ato legislativo a uma finalidade e à aplicação do princípio da proporcionalidade como elemento da legitimidade constitucional das leis. Oferece, como exemplos, precedentes colhidos na jurisprudência do STF (Gilmar Ferreira Mendes, ‘Controle de Constitucionalidade’, Saraiva, 1990, ps. 38 a 54).*

*Canotilho adverte que a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado e ao princípio da razoabilidade a fundamentar ‘a transferência para os domínios da atividade legislativa da figura do desvio de poder dos atos administrativos’ (Canotilho, ‘Direito Constitucional’, 4ª ed., 1986, p. 739).*

*E, mais amplamente, o mesmo autor estuda o desvio de poder legislativo diante do princípio de que ‘as leis estão todas positivamente vinculadas quanto ao fim pela Constituição’ (Canotilho, ‘Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador’, Coimbra, 1982, p. 259).”*

Em estudo sobre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, Luiz Roberto Barroso<sup>9</sup> observa que

*“A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente se fará de certas circunstâncias concretas, será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Deste modo, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disto, há de se tornar (sic) em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem,*

---

<sup>9</sup> Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Constitucional, in Revista Forense, vol. 336, p. 129).

*a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre estes elementos.*” (destaque nosso)

Ainda segundo o mesmo autor (artigo cit., pg. 130),

*“Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma reação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. (...) De outra parte, havendo razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é, sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional. Se a lei contravir valores expressos ou implícitos no texto constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o fosse internamente.”* (destaque nosso)

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas quanto à impossibilidade do Poder Legislativo, embora não tolhido em sua ação criativa, esquivar-se ao cumprimento dos princípios, normas e fins constitucionais, que também para ele são vinculativos. Conforme observa Luis Roberto Barroso (art. cit., p. 132)

*“A evolução dos conceitos tem atenuado o rigor das formulações clássicas e permitido a contenção da chamada liberdade de conformação legislativa. O controle finalístico da atuação do legislador se exerce sobre dois momentos ‘teleologicamente relevantes’ do legislativo, que Gomes Canotilho assim identifica e comenta:*

*‘(I) Em primeiro lugar, a lei é tendencialmente uma função de execução, desenvolvimento ou prossecução dos fins estabelecidos na Constituição, pelo que sempre se poderá dizer que, em última análise, a lei é vinculada ao fim constitucionalmente fixado; (II) por outro lado, a lei, embora tendencialmente livre no fim, não pode ser contraditória, irrazoável, incongruente consigo mesma.*

*Nas duas hipóteses assinaladas, topariamos com a vinculação do fim da lei: no primeiro caso, a vinculação do fim da lei decorre da Constituição; no segundo caso, o fim imanente à legislação imporia os limites materiais da não contraditoriedade, razoabilidade e congruência’ ”.* (destaque nosso)

A imposição de um teto legal para a dedução das despesas de educação, ou, em outras palavras, a proibição de dedução integral das despesas de instrução efetivamente incorridas pelo contribuinte, revela-se totalmente irrazoável à luz da norma constitucional que erige a educação como direito fundamental do indivíduo, atribui ao Estado o dever de prestá-la, promovê-la e incentivá-la e define seu escopo: o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (CF, arts. 6º, 23, inciso V, e 205).

A limitação legal conflita inelutavelmente com essas normas supremas, maltratando e aniquilando os fins constitucionalmente objetivados. Preocupada exclusivamente com a arrecadação tributária a qualquer custo, a legislação em causa, na medida em que tributa como renda, isto é, como acréscimos patrimoniais os dispêndios educacionais,

(I) cerceia o acesso à cultura e à educação quando a Lex Legum determina exatamente o contrário, ou seja, que o Estado deve “*proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência*” (CF, art. 23, V);

(II) desestimula o investimento educacional, especialmente o realizado pelos pais em relação à sua prole, quando a Constituição impõe ao Estado o dever de promovê-la e incentivá-la (CF, art. 205);

(III) inibe ou prejudica substancialmente o “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*” (CF, art. 205), solapando, conseqüentemente, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, II e III);

(IV) consubstancia discriminação infundada e atentatória do devido processo legal substancial (CF, art. 5º, LIV), porque ela própria consagra, para o mesmo efeito (cálculo do imposto de renda), o *abatimento integral das despesas médicas e afins e das contribuições previdenciárias* (Lei 9.250/95, art. 8º, II, “a” e “d”), sendo certo que a saúde, a previdência social e a educação são direitos de idêntica hierarquia constitucional, vale dizer, direitos fundamentais do indivíduo.

A propósito dos limites à ação do legislador, proclamou o Plenário da Suprema Corte pela pena do Ministro Celso de Mello:

*“Substantive due process of law e função legislativa: A cláusula do devido processo legal - objeto de expressa proclamação pelo art. 5o, LIV, da Constituição - deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do substantive due process of law reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal” [ADIN (MC) 1.063-DF, Pleno, RTJ 178/22 – destaque nosso].*

Em outra decisão do plenário, Relator o Ministro Celso de Mello, reafirmou o Sodalício Maior que o poder de tributar não pode suprimir ou inviabilizar direitos de caráter fundamental, “*verbis*”:

*“O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita a rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de*

*caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante, ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado” [ADIN (MC) 2.551-1-MG, Pleno, DJU de 20.4.2006, p. 5/6, Revista Dialética de Direito Tributário vol. 131, p. 238 – destaque nosso].*

A irrazoabilidade das normas que estabelecem limite legal à dedução das despesas de educação foi reconhecida pelo próprio governo federal. Quando vigorava o limite anual de R\$1.700,00 (um mil e setecentos reais), ou seja, antes da edição da Lei nº 11.482, 31.5.2007, o Poder Público federal, consciente de sua insignificância, concedeu aos filhos das vítimas do acidente do Centro de Lançamento de Alcântara *bolsa-educação de R\$400,00* (quatrocentos reais) *por mês e por dependente*, atualizada anualmente de acordo com “o índice legalmente estipulado para o reajuste das mensalidades escolares das instituições particulares de ensino” (Lei 10.821/2003, art. 4º). Vale dizer, *fixou o valor anual da bolsa-educação em montante equivalente ao triplo do limite anual fixado para dedução de despesas de educação para fins de imposto de renda*. Da mesma forma agiu relativamente aos dependentes de servidores do Ministério do Trabalho assassinados durante o exercício de suas funções, concedendo-lhes *bolsa de educação*, cujo valor “*corresponde a R\$400,00* (quatrocentos reais) *mensais por estudante*, destinado ao custeio da educação formal, e (...) atualizado nas mesmas datas e pelos mesmos índices dos benefícios do regime geral de previdência social” (Lei 11.263, de 2.1.2006, art. 4º. § 1º).

Eis a comprovação do óbvio: o próprio governo federal reconheceu que o teto anual por dependente, então em vigor (pouco mais de R\$140,00 por mês) não correspondia ao dispêndio efetivo incorrido pelo contribuinte a título de gastos educacionais. A atualização desse valor para os anos de 2007 a 2010 comprova que o governo federal continua a legislar de forma irrazoável e contra os princípios e objetivos constitucionais. O valor anual para o ano de 2010 (R\$2.830,84) corresponde a R\$235,90 por mês, montante muito inferior aos R\$400,00 por mês fixados pelo art. 4º da Lei 10.821/2003 para a bolsa-educação

outorgada aos filhos das vítimas do aludido acidente. Se é esse o comportamento do Poder Público federal, quais os motivos justificadores de tão disparatado e discriminatório tratamento legislativo? Que fins o legislador pretende alcançar com a fixação desse teto para efeito de imposto de renda? A finalidade perseguida pelo legislador atende aos objetivos e princípios estabelecidos pela Lei Suprema?

Nota-se, claramente, que o escopo governamental é unicamente arrecadatório. Limita, infundada e contraditoriamente, a dedução de despesas educacionais para inflar a base de cálculo do tributo e, conseqüentemente, amealhar mais recursos para os cofres do erário. Para o governo, que expressamente reconhece a insignificância do teto por ele fixado, pouco ou nada importa a educação do povo. Nenhum é o conteúdo das normas constitucionais que definem a educação como princípio fundamental. Nenhum significado tem para ele a diretriz constitucional do “*pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*”.

A inevitável conclusão: trata-se de legislação que esboroa valores fundamentais constitucionalmente protegidos. Sua incompatibilidade com os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana é cristalina. A restrição por ela imposta não pode subsistir, porque flagrantemente contrária aos objetivos fixados pelo constituinte. A interpretação sistemática e teleológica dessa legislação restritiva condena-a à vala da inconstitucionalidade, porque, como observado por Emerson Garcia<sup>10</sup>,

**“sendo a Constituição um sistema aberto de normas, será flagrantemente inconstitucional qualquer medida que se afaste dos valores responsáveis por sua concretização, ainda que emanados de normas infraconstitucionais”** (destaque nosso).

O Supremo Tribunal Federal privilegia a interpretação voltada à concretização dos escopos previstos na Constituição. No julgamento da ADIN 1.600, o plenário da Suprema Corte declarou “*a inconstitucionalidade do ICMS sobre a prestação de serviço de transporte aéreo de passageiros*”, porque a Lei Complementar n° 87, de 1996, que disciplinou a matéria, não permitia fossem atingidos os objetivos inscritos na

<sup>10</sup> “O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade”, in Revista Forense, vol. 383, p. 83.



Lex Legum (RTJ 186/855). O voto condutor do Ministro Nelson Jobim (relator para o acórdão), após analisar as diversas inconsistências da formulação legal, sintetizou sua fundamentação em expressiva oração:

*“A estruturação infraconstitucional do transporte aéreo de passageiros e as normas da LC 87/96 impedem, impossibilitam a aplicação das regras constitucionais”* (RTJ 186/905 – destaque nosso).

O voto da Ministra Ellen Gracie, depois de destacar que a lei impugnada tornou inaplicáveis à atividade em causa *“princípios gerais inerentes ao tributo que intenta regular, ensejando, com isso, agressão ao texto constitucional”*, sumariou sua conclusão na seguinte assertiva:

*“Não é qualquer Lei Complementar que servirá à finalidade constitucional, mas uma que discipline adequadamente a matéria. Vale dizer, tenha o potencial de bem regular a realidade fática sobre a qual ela deve incidir.”* (RTJ 186/911 – destaque nosso)

Em resumo, como destacou o Ministro Celso de Mello ao incorporar a seu voto os fundamentos daquele proferido pelo Ministro Nelson Jobim,

*“a interpretação por ele dada objetivou conferir efetividade aos princípios constitucionais, em matéria de ICMS, eis que a estrutura da Lei Complementar nº 87/96, quando aplicada à prestação de serviços de transporte aéreo de pessoas e do transporte internacional de cargas, colide com o texto da Carta Política”* (RTJ 186/933 – destaque nosso).

A legislação federal que limita o valor da dedução, para efeito de imposto de renda, de despesas de educação, fruto de exercício anômalo da função legislativa, que confere predominância à arrecadação fiscal em detrimento de realização de objetivo constitucional consagrado à educação (*“pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”*) não se harmoniza com a Constituição Federal.

## **6. O conceito constitucional de renda e o princípio da capacidade contributiva**

O conceito constitucional de renda não é uma noção vazia, a ser preenchida e manipulada pelo tesoureiro governamental de plantão ao

sabor de suas necessidades fiscais ou em razão de suas convicções pessoais. Como destacou o Ministro Sepúlveda Pertence (RE 201.465-MG, Pleno, RTJ 188/306),

*“o conceito puramente legal (...) de lucro real e, conseqüentemente, de renda da pessoa jurídica, estará pelo menos submetido, quando cotejado com a Constituição, ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade”.*

A Constituição da República, ao indicar os impostos de competência da União (art. 153), discrimina a importação, a exportação, a renda, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio, seguro, títulos e valores mobiliários, propriedade rural. Ao atribuir-lhe competência para a instituição de outros tributos, notadamente as contribuições, discrimina rendimentos decorrentes do trabalho, inclusive salários, receita, faturamento e lucro (art. 193). Em relação aos Estados especifica a transmissão não onerosa de bens e a circulação de mercadorias ou serviços de transporte e de comunicação (art.155) e quanto aos Municípios, a propriedade urbana, a transmissão onerosa de bens imóveis e os serviços não atribuídos aos Estados.

Ao atribuir (art. 153, inciso III) à União competência para instituir o imposto sobre *“renda e proventos de qualquer natureza”*, a Constituição define hipótese material que, pelo próprio teor de suas normas e por força de sua unidade sistemática, singulariza-a em relação às demais. Consequentemente, para a Constituição renda é hipótese material distinta de receita, faturamento, propriedade, etc.. Ademais, a Constituição comete com exclusividade à lei complementar federal a fixação de normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre *“a definição de tributos e suas espécies, bem como em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes”* (art. 146, III, “a”). Dessa forma, o legislador ordinário não pode, ao estabelecer regras para a cobrança desses impostos, ignorar as regras constitucionais prescritoras das hipóteses materiais de incidência e as normas gerais da legislação complementar definidoras de seus fatos geradores e bases de cálculo. Ou seja, à legislação ordinária é vedado contemplar hipóteses materiais de incidência discrepantes das elencadas na Constituição e estabelecer fatos geradores e bases de cálculo antagônicas às delineadas na lei complementar, sob

pena de, também, infringir a própria Constituição (art. 146), que reservou a essa espécie de lei essas funções.

A disciplina infraconstitucional do imposto de renda não pode ignorar a hipótese de incidência constitucionalmente fixada, que se constitui, a um só tempo, em norma de atribuição de competência e de fixação dos limites de atuação legislativa. Em consequência, toda e qualquer ação que desborde os lindes circunscritos pela regra constitucional e pela lei complementar a que se refere o art. 146, III, “a”, da Lei Fundamental, terá de ser rechaçada por incongruente com a mesma.

Renda é, nos precisos termos do art. 43, inciso I, do Código Tributário Nacional, “*o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos*”, sendo os proventos (art. 43, II) “*os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior*”. O conceito de renda, quer no sentido vulgar do termo, quer em seu sentido econômico, bem assim sob a ótica do direito positivo, implica o de acréscimo patrimonial. Renda e proventos são, di-lo o art. 43, do Código Tributário Nacional, acréscimos ao patrimônio de alguém que se reputa contribuinte: se o acréscimo provém do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, tem-se a renda; se tem origem em outros fatores, tem-se os proventos.

Dessa forma, o legislador, por mais bem intencionado que esteja, não pode considerar como renda passível de tributação aquilo que renda não é e proventos não são. Os dispêndios incorridos pelo contribuinte na promoção da educação de sua prole não representam qualquer acréscimo patrimonial, não se constituindo, por conseguinte, em “*aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica*”, que é o fato gerador do tributo. Constituem, ao contrário, desembolsos, decréscimo patrimonial, isto é, perda de disponibilidade econômica e jurídica.

Ao vedar ao contribuinte o abatimento das efetivas, reais e comprovadas despesas de educação, o legislador subverte o conceito constitucional de renda. De forma oblíqua impõe a incidência do tributo sobre valores que simplesmente transitaram por seus bolsos, ou seja, sobre valores transitórios não incorporados a seu patrimônio. Essas importâncias podem constituir renda tributável para aqueles que as auferem, na exata dimensão do que corresponder a acréscimo de seu patrimônio, mas, efetivamente, não significam qualquer acréscimo patrimonial para quem delas fica privado.

Ensina Hugo de Brito Machado<sup>11</sup> que “*não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda acréscimo*”. (destaque nosso)

Luciano da Silva Amaro<sup>12</sup>, em interpretação que salva da mácula da inconstitucionalidade a redação do citado preceito complementar, concluiu:

*“Devemos evitar, não obstante, a conclusão fácil de que o art. 43 do CTN é inconstitucional. Em suma, o que, honestamente, pretendeu o CTN foi consagrar a teoria do acréscimo patrimonial para a conceituação do fato gerador do imposto de renda (cf. Henry Tilbery, op. cit., pág. 84). E isso ele poderia fazer, como disposição (materialmente) complementar à Constituição, sem fugir, aliás, à tradição do direito pátrio. O que o CTN não poderia ter feito, porque (aí, sim) ele atropelou a letra da Constituição, é reservar à expressão ‘proventos’ a acepção limitada de acréscimos patrimoniais não decorrentes do capital ou do trabalho.*

*O erro está, portanto, no rótulo e não no conteúdo. Fato gerador do ‘imposto de renda e proventos de qualquer natureza’ continua sendo a aquisição de riqueza nova (acréscimo de patrimônio), quer decorra do capital ou do trabalho, quer não.”* (destaques nossos)

De igual conteúdo é o escólio de Gilberto de Ulhoa Canto, Antonio Carlos Garcia de Souza e Ian de Porto Alegre Muniz<sup>13</sup>:

*“Sendo assim, para efeitos de correta configuração do fato gerador e da base de cálculo do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza como enunciados nos arts. 43 e 44 do CTN, dever-se-ia, em princípio, considerar como tributável apenas o valor que se adiciona positivamente ao patrimônio do contribuinte, pois os dispositivos falam em ‘acréscimo de patrimônio’, indicando que à sua incidência somente importam as alterações para mais; disso resultaria, prima-facie, a necessidade de se saber a que data se deveria referir a apuração da existência do aumento, e como tal aumento se dimensionaria.*

11 apud Valdir de Oliveira Rocha, Determinação do Montante do Tributo, 1992, pg. 105.

12 O Fato Gerador do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, in Cadernos de Pesquisas Tributárias, 1986, vol. 11, p. 407 – Coordenação Geral de Ives Gandra da Silva Martins.

13 O Fato Gerador ... cit., Cadernos ..., vol. 11, p. 9/10.

*Não se objete que a exigência de que ocorra aumento patrimonial para que o tributo possa incidir diz respeito tão somente aos proventos de qualquer natureza, pois é no inciso II do art. 43 do CTN que se faz referência a tal requisito. Na verdade, o inciso II torna extensiva a idéia de acréscimo de patrimônio à renda, definida no inciso I, quando diz ‘... proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior’, o que indica, de maneira clara, que a espécie contemplada no inciso I também se caracteriza como sendo de acréscimo patrimonial (‘.. acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.’)” (destaques nossos).*

Humberto Ávila<sup>14</sup> esclarece:

*“O conceito de renda pode ser extraído da Constituição também por meio da sua distinção relativamente a outras hipóteses de incidência que a própria Constituição estabelece. Novamente: é o postulado da unidade da Constituição que exige a atribuição de um significado próprio a cada norma.”* (destacamos)

Após referir outras hipóteses de incidência constitucionalmente previstas (v.g., patrimônio, capital, faturamento, lucros) destaca que:

*“Sendo assim, renda não pode ser nem patrimônio, nem capital, nem lucro, nem faturamento.*

*Daí resulta que a expressão ‘renda e proventos de qualquer natureza’ só pode significar o resultado positivo entre receitas e despesas de acordo com a capacidade contributiva. Não se faz possível, no entanto, medir o que foi acrescentado ao patrimônio sem que exista um período de tempo que sirva de parâmetro, ao fim do qual possa ser averiguado o saldo dos elementos positivos e negativos. Como bem lembra Gisele Lemke: ‘A vinculação do conceito de renda a um período é, portanto, decorrência lógica da teoria do acréscimo patrimonial’ ”.*

A vedação à dedutibilidade integral das despesas de educação efetivamente realizadas implica a tributação dos valores que excedem o

---

14 A Hipótese de Incidência do Imposto sobre a Renda construída a partir da Constituição, Revista de Direito Tributário, Malheiros, vol. 77, p. 113.

limite permitido. Com efeito, se o contribuinte gastou R\$100 e a lei apenas permite a dedução de R\$20, a diferença (R\$80), da qual ele se viu despojado para custear a educação de seus filhos, compõe a base imponible do tributo. Este incide, portanto, sobre aquilo que, por força do cumprimento da obrigação constitucional de educar, se encontra fora de seu patrimônio. Tem-se, em tal hipótese, não a tributação da renda, mas, sim, a **incidência sobre a receita**.

Há intérpretes que, para camuflar a verdade (a incidência sobre a receita e não sobre a renda), distinguem entre renda consumida e renda poupada. Pretendem, dessa forma, justificar a vedação legal, sob o infundado argumento de que a renda consumida, que seria indicador de capacidade econômica do contribuinte, é tributável. Assim, se a lei não autorizar a dedução de parcela da renda consumida, ela integra a base de cálculo do imposto. A filigrana exegética impressiona, mas não se sustenta. Pode-se até conceber, sob a ótica econômica, a distinção entre renda consumida e renda poupada. No entanto, sob o prisma jurídico-constitucional, é de rigor a separação, para efeito de imposto de renda, entre consumo necessário, essencial, vital e consumo supérfluo. O *consumo vital*, por não decorrer de opção do contribuinte, não enseja acréscimo patrimonial. Ao contrário, ele representa efetiva diminuição de capacidade econômica.

A noção de consumo essencial ou vital compreende todos os dispêndios essenciais à sobrevivência em sociedade, entre os quais, indubitavelmente, se incluem a educação, a saúde e a previdência, que são direitos assegurados pela Constituição e que simultaneamente representam obrigações do Estado e da família. O montante dispendido com seu custeio, porque necessário, nada mais significa que redução de capacidade econômica, que não decorre de opção do contribuinte, mas de necessidade inadiável da vida em sociedade. Sua tributação sob o disfarce de renda consumida violenta valores supremos agasalhados pela Constituição, *que impôs à família o dever de educar sua prole*, e subverte o conceito constitucional de renda intimamente vinculado ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>15</sup> define a capacidade contributiva como “*a possibilidade econômica de pagar tributos*”, classificando-a

---

15 Comentários à Constituição de 1988 – Sistema Tributário, 1990, pg. 90.

em subjetiva e objetiva. Analisando o imposto de renda das pessoas físicas, esclarece o mesmo autor (ob. cit., pg. 206), que “*a eliminação de grande parte das deduções trabalha contra o princípio da capacidade contributiva na faixa dos iguais em rendimentos, mas desiguais nas despesas não supérfluas*” (destacamos).

Essa lição foi decisiva para decisão do Desembargador petrucio ferreira<sup>16</sup> no agravo de instrumento 10275/97-CE (97.05.10275-9), publicada no Diário da Justiça da União de 19.5.97, p. 34.928/9, “*verbis*”:

*“Tratando da capacidade contributiva, quando em análise do imposto sobre a renda, preleciona Sacha Calmon: ‘causa bulha, portanto, a atual lei sobre a renda e demais proventos. Acabam-se quase todas as deduções e instituem-se duas alíquotas apenas, em nome da praticidade da arrecadação. Ora, as deduções são técnicas de aferição de capacidade contributiva. É lógico que um contribuinte que teve despesas médicas extraordinárias e tem seis filhos em regime escolar, possui menos capacidade contributiva que outro, ganhando o mesmo, mas sem os encargos daquele.’”* (destacamos)

Prosseguindo (RDDT, 22/168), assevera o julgado:

*“Neste sentido, Roque Antônio Carrazza: ‘a lei deve garantir às pessoas que têm rendimentos, certas deduções que lhes garantam a subsistência e a de seus dependentes (deduções com estudos, alimentação, vestuário, etc.). O imposto de renda não pode ser transformado em mero imposto sobre rendimentos, o que ocorre quando a lei não permite abatimentos de despesas necessárias ao contribuinte. Ao contrário, a lei deve - em atenção ao princípio da capacidade contributiva - garantir que a renda tributável seja obtida subtraindo-se, da renda global, os gastos necessários do contribuinte, máxime quando representados por encargos familiares.’*

*O princípio da capacidade contributiva, dessa feita, não deve ser entendido de um ponto simplista como propõe a Fazenda Nacional, que estabelece quase uma dicotomia pura entre aqueles que*

---

16 RDDT – Revista Dialética de Direito Tributário – vol. 22, p. 168.

*possuem filhos em escolas particulares e os que possuem filhos em escolas públicas, devendo aqueles responderem pela manutenção das escolas públicas. Em verdade, como decorre da isonomia, o princípio da capacidade contributiva impõe não uma dicotomia, mas uma gradação motivada pelas possibilidades econômicas do contribuinte, ou seja, todos os que têm condições de contribuir devem fazê-lo, mas nos precisos limites de sua possibilidade, não sendo de admitir-se que uma família numerosa, com gastos identicamente numerosos, contribua na mesma proporção que os integrantes de classes mais favorecidas pelo simples motivo de existirem famílias sem possibilidade de contribuir. Em outros termos, não há uma ‘summa divisio’, uma dicotomia plena, entre os que podem e os que não podem contribuir, mas toda uma escala de contribuintes, a qual levará em conta não só os rendimentos brutos destes, mas também os gastos necessários para sua manutenção e de seus dependentes.” (destacamos)*

Regina Helena Costa<sup>17</sup>, Magistrada Federal, abordou o tema em decisão liminar proferida, ensinando:

*“12. Ao estudar a eficácia do princípio em foco, quanto à apuração da inconstitucionalidade da imposição tributária, grafiei: ‘(...) todo direito ou atividade que o Poder Público for obrigado a respeitar, a amparar, segundo os ditames constitucionais, não poderá desconsiderar pela via oblíqua da tributação desrespeitadora do princípio da capacidade contributiva’ (Princípio da Capacidade Contributiva, 2ª ed., Malheiros Editores, 1996, p. 100). E, dentre as conclusões alcançadas, afirmo que ‘se a legislação do mesmo imposto de renda, com relação às pessoas físicas, não permitir quaisquer deduções com relação a dependentes, despesas médicas, etc., não as autorizar pelo valor integral, fixando-lhes determinado teto, haverá violação à capacidade contributiva relativa ou subjetiva, pois estar-se-á criando um plus de aptidão para contribuir totalmente fictício’ (Ob. cit., p. 80)” (destacamos)*

<sup>17</sup> Proc. 97.0000192-0, in Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de fevereiro de 1997 – n° 4/97, caderno 1, pg. 93/94.



O escólio foi integralmente adotado pelo Desembargador Mairan Maia<sup>18</sup>, que acrescentou:

*“A regra-matriz do imposto de renda encontra-se inserta no art. 153, III, da Constituição Federal, à qual, necessariamente, a norma legal deve conformar-se. O Imposto de Renda, nos termos preconizados pelo art. 43 do CTN, incide sobre o acréscimo patrimonial do contribuinte, ou seja, sobre a mais valia agregada ao patrimônio já existente. Outrossim, considera-se quando de sua incidência a capacidade contributiva relativa ao sujeito individualmente considerado, assim entendida, na concepção proposta por Regina Helena Costa, conto (sic) a ‘aptidão, da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário, numa obrigação cujo objeto é o pagamento de imposto, para suportar a carga tributária, sem o perecimento da riqueza lastreadora da tributação.’ ” (destacamos)*

O legislador tributário, com sua ânsia arrecadatória, tem, frequentemente, desafiado os princípios e as normas constitucionais. Não bastasse a limitação estabelecida pelas leis referidas, chegou ao despudor de, através de sua pseudorregulamentação, vedar a dedutibilidade, v.g., de despesas com uniformes, material escolar, livros, etc., como se esses gastos fossem absolutamente supérfluos para a educação de qualquer jovem estudante secundarista ou universitário. Raia o absurdo que os “legisladores da Receita Federal” sustentem o não enquadramento desses gastos no conceito de despesas de instrução, como se fosse possível a alguém educar seus filhos ou a si próprio sem se utilizar de material escolar, livros didáticos, científicos, etc.. A excessiva ou única preocupação fiscalista, voltada para a arrecadação, a qualquer custo, de quem paga efetivamente o imposto, chega ao cúmulo de instituir o imposto sobre o que não é renda nem provento, criando uma base imponível irreal, fictícia e que nenhuma relação guarda com a hipótese de incidência constitucionalmente prevista na Lei Máxima. Assim principia o desmoronamento do sistema, porque, como salientado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, lembrando voto do saudoso Ministro Luiz Gallotti,

---

18 Proc. 2000.03.00.024548-1 109108 AG, DJU de 16.6.2000, p. 461, e RDDT 59/197.

*“(...) o dia em que for dado chamar de renda o que renda não é, de propriedade imóvel o que não o é, e assim por diante, estará dinamitada toda a rígida discriminação de competências tributárias, que é o próprio âmago do federalismo tributário brasileiro, o qual, nesse campo, é de discriminação exaustiva de competências exclusivas e, portanto, necessariamente postula um conceito determinado dos campos de incidência possível da lei instituidora de cada tributo nele previsto. Não se pode, é claro, reclamar da Constituição uma exaustão da regulação da incidência de cada tributo, mas há um mínimo inafastável, sob pena – repito – de dinamitação de todo o sistema constitucional de discriminação de competências tributárias” (RE 201.465-MG, Pleno, RTJ 188/305 – destaque nosso).*

## 7. Jurisprudência específica

Os tribunais regionais federais, quando chamados a analisar o tema, não o tem enfrentado diretamente. Via de regra denegam as pretensões dos contribuintes, argumentando com a competência da União para legislar sobre direito tributário e com o princípio da reserva legal para instituir os tributos. Às vezes denegam-as sob o argumento de que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo para estabelecer isenções, reduções de tributos ou deduções da base de cálculo do imposto. Em outras hipóteses, sustentam que a apreciação do tema constitucional exigiria a análise da legislação ordinária, esquivando-se de seu exame a pretexto de tratar-se de ofensa indireta à Constituição. Nesse sentido, decidi, também, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 724.817-SP, Relator Ministro Dias Toffoli (DJe 09.03.2012). No mesmo sentido, a decisão da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 603.060, Relatora Ministra Carmen Lúcia (julgado em 08.02.2011).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por seu Órgão Especial, acabou por enfrentar a matéria de forma direta, sem subterfúgios. Ao fazê-lo, declarou, por maioria, “*a inconstitucionalidade da expressão ‘até o limite anual individual de R\$1.700,00 (um mil e setecentos reais)’ contida no art. 8º, II, ‘b’, da Lei 9.250/95*” (Arguição de Inconstitucionalidade Cível nº 0005067-86.2002.4.03.6100/SP, Relator Desembargador Federal Mairan Maia, publicada em 14/5/2012). Da ementa do julgado consta:

“(…)

3. O reconhecimento da inconstitucionalidade da norma afastando sua aplicabilidade não configura por parte do Poder Judiciário atuação como legislador positivo. Necessidade de o Judiciário – no exercício de sua típica função, qual seja, averiguar a conformidade do dispositivo impugnado com a ordem constitucional vigente – manifestar-se sobre a compatibilidade da norma impugnada com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Compete também ao Poder Judiciário verificar os limites de atuação do Poder Legislativo no tocante ao exercício de competências tributárias impositivas.

4. A CF confere especial destaque a esse direito social fundamental, prescrevendo o dever jurídico do Estado de prestá-la e alçando-a à categoria de direito público subjetivo.

5. A educação constitui elemento imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao exercício da cidadania e à livre determinação do indivíduo, estando em estrita relação com os primados basilares da República Federativa e do Estado Democrático de Direito, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana. Atua como verdadeiro pressuposto para a concreção de outros direitos fundamentais.

6. A imposição de limites ao abatimento das quantias gastas pelos contribuintes com educação resulta na incidência de tributos sobre despesas de natureza essencial à sobrevivência do indivíduo, a teor do art. 7º, IV, da CF, e obstaculiza o exercício desse direito.

7. Na medida em que o Estado não arca com seu dever de disponibilizar ensino público gratuito a toda a população, mediante a implementação de condições materiais e de prestações positivas que assegurem a efetiva fruição desse direito, deve, ao menos, fomentar e facilitar o acesso à educação, abstendo-se de agredir, por meio da tributação, a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos na parte empenhada para efetivar e concretizar o direito fundamental à educação.

8. A incidência do imposto de renda sobre despesas com educação vulnera o conceito constitucional de renda, bem como o

*princípio da capacidade contributiva, expressamente previsto no texto constitucional.*

*9. A desoneração tributária das verbas despendidas com instrução configura medida concretizadora de objetivo primordial traçado pela Carta Cidadã, a qual erigiu a educação como um dos valores fundamentais e basilares da República Federativa do Brasil.”*

## **8. Conclusão**

Ao fixar um teto para a dedução de despesas de educação, além do qual é vedado ao contribuinte abater os gastos efetiva e comprovadamente realizados, a legislação federal contraria inúmeros dispositivos constitucionais, especialmente os que consagram a educação como direito fundamental do indivíduo, prescrevendo a finalidade a ser alcançada: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Esses objetivos constitucionais decorrem incontraditavelmente de outros princípios fundamentais, que não podem, direta ou indiretamente, ser vilipendiados pelos Poderes Públicos: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Impõe-se, por tais razões, extirpar do ordenamento jurídico essas regras restritivas, que aniquilam esses princípios fundamentais.

São Paulo, 26 de setembro de 2012.

# Desaposentação: necessidade de lei para a regulamentação do direito

Caroline de Camargo Silva Venturelli<sup>1</sup>

---

**Resumo:** O presente artigo trata da desaposentação, direito que não está previsto em lei expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mas que é objeto de diversos processos judiciais. Há incursão no tema, mais sob o viés crítico do que propriamente conceitual, uma vez que a doutrina ainda está iniciando a análise do tema sob o viés acadêmico. O objetivo é levar ao conhecimento do leitor esta novidade do Direito Previdenciário, pois a desaposentação é tendência que já atinge ou atingirá a vida de todos aqueles que já percebem o benefício de aposentadoria e continuam laborando.

**Palavras-chave:** Desaposentação; vedação ao retrocesso; direito social; Previdência Social; estrita legalidade.

---

## 1. Introdução

Este trabalho visa à exposição da desaposentação, direito não previsto expressamente na legislação, mas não vedado na Constituição Federal.

Observe-se que não se trata de acumular duas aposentadorias, ponto em que há vedação legal<sup>2</sup>, mas de renunciar à primeira, para, conti-

---

1 Procuradora do Estado de São Paulo. Ex-Advogada da Consultoria Jurídica da Universidade de São Paulo. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

2 São vedadas as seguintes acumulações de benefícios, em consonância ao artigo 124 da Lei nº 8.213/1991: aposentadoria e auxílio-doença; mais de uma aposentadoria (salvo com data de início anterior a janeiro de 1967, de acordo com o Decreto-lei nº 72/1966, pois respeitado o

nuando a laborar e a aportar novas contribuições ao sistema, requerer outra e única aposentadoria com renda superior e mais vantajosa.

O Poder Judiciário já enfrenta o tema, especialmente os Juizados Especiais Federais, e, nas instâncias superiores, o Superior Tribunal de Justiça já está se posicionando favoravelmente à renúncia da aposentadoria, tratada como direito de natureza disponível.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não tem posição definitiva, mas o primeiro caso que alcançou a Corte Máxima está pendente de julgamento e, o voto do Ministro-Relator aponta no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário, de modo a permitir a desaposentação, conforme será demonstrado ao longo deste artigo.

A doutrina é incipiente no trato do assunto, mas autorizados estudiosos, como o Professor Frederico Amado e o Desembargador Federal Fausto De Sanctis, têm trabalhos em que citam e exploram a desaposentação, os quais foram utilizados como base para desenvolver as ideias aqui propostas.

Como o tema é novo e de pouca bibliografia, alerto o leitor que muitas das considerações feitas são também fruto de reflexões e ideias pessoais.

Há um ponto essencial que é consenso: o fato de ser inescapável a necessidade de regulamentação legislativa para trato do tema, para evitar-se distorções no sistema previdenciário nacional.

## **2. Conceito de desaposentação e o princípio da vedação ao retrocesso social**

A doutrina especializada, a exemplo de Frederico Amado, conceitua a desaposentação como sendo a renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado, com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária<sup>3</sup>.

Analisando-se o conceito lançado e adotado como ponto de partida para o desenvolvimento das ideias propostas neste articulado, a desaposentação *depende de manifestação de vontade do segurado*, e, pressupõe, para

---

direito adquirido; salário-maternidade e auxílio-doença; mais de um auxílio-acidente; aposentadoria com abono de permanência em serviço, etc.

3 Direito e Processo Previdenciário sistematizado, 3ª edição: revista ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM, 2012, p.690.

a sua concessão, requerimento administrativo. O fim de tal pedido é a obtenção de *vantagem* pecuniária na percepção do benefício de aposentadoria.

Esta vantagem deve ser *útil* ao segurado em termos econômicos, uma vez que para se desaposentar, já se parte do pressuposto de que há ato anterior de deferimento de aposentadoria de qualquer natureza (por contribuição, por invalidez, etc.).

Assim, seria vantajoso ao segurado, por exemplo, renunciar à aposentadoria por tempo de contribuição proporcional para obter aposentadoria integral, caso em que será necessário o aporte de novas contribuições à Previdência Social<sup>4</sup>, por causa da exigência legal da precedência da fonte de custeio.

A nova aposentadoria surge em decorrência do aproveitamento de novos aportes ao sistema previdenciário ou, até mesmo, novo tempo de serviço.

Ora, a Constituição Federal garante aos beneficiários da Seguridade Social, na qual se inclui a Previdência Social, a irredutibilidade no valor dos benefícios, nos moldes do artigo 194, IV, tendo em vista que toda pessoa humana tem direito de desfrutar de direitos sociais e econômicos sem que ocorra o aviltamento de sua condição, em homenagem ao Princípio que veda o retrocesso social.

Outrossim, o Princípio de Vedação ao Retrocesso<sup>5</sup>, estudado por Gomes Canotilho<sup>6</sup>, está imbricado aos direitos fundamentais, congre-

---

4 Dentre os princípios informadores da Previdência Social está o da Contributividade e Equilíbrio Financeiro e Atuarial previstos no *caput* do artigo 201 da Constituição Federal, além da precedência da fonte de custeio, uma vez que os benefícios serão calculados levando-se em consideração os salários de contribuição corrigidos monetariamente, nos termos do artigo 2º, IV da Lei nº 8.213/1991.

5 O trecho a seguir, retirado do Informativo do Supremo Tribunal Federal, acerca da aplicação do Princípio aos direitos sociais, é bastante elucidativo: “O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas (“lei de segurança social”; “lei do subsídio de desemprego”; “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”. (Direito à Saúde – Reserva do Possível – “Escolhas Trágicas” – Omissões Inconstitucionais – Políticas Públicas – Princípio que Veda o Retrocesso Social – Informativo 582 – Transcrições)

6 Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 1998, Almedina, p.320/321, item 3.

gando a democracia econômica e social, na medida em que está em contraposição às alterações de direitos já obtidos em determinado grau de realização, pois constituem, os direitos conquistados, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Ora, a desaposentação é ideia que complementa e valoriza o Princípio de Vedação ao Retrocesso, pois possibilita ao segurado a *melhoria de sua condição econômica, ao permitir o incremento de sua renda mensal de aposentadoria*, sem que importe em supressão ou violação do direito já conquistado, por contribuições vertidas ao sistema previdenciário, no passado.

Mas, ressalte-se, que a desaposentação é matéria constante de processos judiciais, e se torna mais comum nos Tribunais do país, uma vez que não há norma regulamentadora do instituto no Direito Brasileiro.

Se, por um lado, a Constituição ressalta os direitos fundamentais e sociais como forma de proteção de dignidade dos brasileiros; por outro, o incremento real de direitos socialmente cristalizados, como é o caso da concessão de benefícios sociais, a exemplo da aposentadoria, está submetida a critérios legais.

A concessão de benefício previdenciário é feita, primeira e normalmente, pela via administrativa, que vem indeferindo iterativamente os pedidos de desaposentação, pois a Administração Pública está submetida ao Princípio da Legalidade, nos moldes do artigo 37 da Constituição Federal.

Com efeito, o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, por exemplo, não age arbitrariamente ao indeferir pleitos de desaposentação, pois não há lei expressa para a autarquia motivar novo ato administrativo de concessão de benefício, uma vez que a aposentadoria inicialmente havida perfez ato jurídico perfeito, nos moldes do artigo 6º do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro).

Sob o ângulo, ainda, da autarquia previdenciária, há perigo no deferimento desenfreado de desaposentações, *sem respaldo legal*, que é o risco de quebra do sistema previdenciário brasileiro com ulterior responsabilização dos seus operadores, com risco de incidência na Lei de Improbidade Administrativa (violação dos princípios que regem a Administração Pública, dentre os enumerados no artigo 37 da Constituição Federal e as consequências previstas na Lei nº 8.429/1992).



Conforme a breve exposição alhures, o assunto é controverso, pois a teoria aceita digressões, mas, na prática, a desaposentação pode causar a quebra do sistema previdenciário, caso não seja adotada regulamentação legal em consonância ao Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial, Contributividade, dentre outros que regem a Previdência Social no Brasil.

### 3. A desaposentação na jurisprudência

O tema é tormentoso, pois há algumas questões a serem pensadas no âmbito da desaposentação, tais como: é necessária a devolução do benefício inicialmente recebido para o segurado ter direito à desaposentação? O direito à aposentadoria é disponível? Há violação ao Princípio da Isonomia no deferimento de desaposentação no Judiciário?

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais tem decisões variadas acerca do tema, ora deferindo os pleitos, condicionando a desaposentação à devolução dos proventos recebidos (processo 2007.83.00.505010-3), ora indeferindo-a em caso de aposentado com proventos proporcionais que visava à aposentadoria integral (2007.72.95.001394-4)<sup>7</sup>.

No entanto, nos Tribunais Superiores a desaposentação tem recebido um tratamento favorável ao segurado. Há forte corrente jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça admitindo a renúncia à aposentadoria, pois a aposentadoria é compreendida como sendo direito *patrimonial disponível*. Neste sentido, segue transcrição de importante julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. COMPETÊNCIA DO EXCELSO PRETÓRIO. APOSENTADORIA. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL. RENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. A via especial, destinada à uniformização do Direito federal, não se presta à análise de dispositivos da Constituição da República, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena, inclusive, de usurpação de competência da Suprema Corte. 2. A jurisprudência

---

<sup>7</sup> Vide Frederico Amado, p. 693.

**do Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente se firmado no sentido de que é plenamente possível a renúncia à aposentadoria, por constituir direito patrimonial disponível. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (AGREsp 1.055.431, 6ª Turma, de 15.10.2009) (grifos nossos).**

Inclusive, no âmbito jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o segurado que queira renunciar à aposentadoria para requerer outra mais vantajosa, não precisa devolver os valores já recebidos, pois a verba tem caráter alimentar e foi recebida enquanto exercido um direito subjetivo. Segue a ementa, para elucidação do posicionamento adotado:

“PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CPC. MATÉRIA NOVA. DISCUSSÃO. NÃO CABIMENTO. PRECLUSÃO. RENÚNCIA À APOSENTADORIA. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. NÃO OBRIGATORIEDADE. 1. É permitido ao relator do recurso especial valer-se do artigo 557 do Código de Processo Civil, quando o entendimento adotado na decisão monocrática encontra-se em consonância com a jurisprudência dominante desta Corte Superior de Justiça. 2. Fica superada eventual ofensa ao artigo 557 do Código de Processo Civil pelo julgamento colegiado do agravo regimental interposto contra a decisão singular do Relator. Precedentes. 3. E sede de regimental, não é possível inovar na argumentação, no sentido de trazer à tona questões que sequer foram objeto das razões do recurso especial, em face da ocorrência da preclusão. 4. **A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica em devolução dos valores percebidos, pois enquanto estava aposentado, o segurado fez jus aos seus proventos.** Precedentes. 5. Agravo regimental desprovido” (AGREsp 1.107, 5ª Turma, de 29.04.2009) (grifos nossos)

Observa-se que o Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento favorável e amplia a adoção da desaposentação, inclusive, com possibilidade de renúncia de aposentadoria sob o regime comum para a aquisição de novo direito sob o regime próprio e vice-versa.

Apesar de não haver previsão normativa, e de os pedidos dos segurados serem indeferidos na via administrativa, o Judiciário, em especial, as Cortes Superiores, têm apontado para uma leitura liberal e garantista dos direitos sociais dos indivíduos, rechaçando a retenção das prestações do benefício já recebidas, pois consubstanciam direito adquirido.

Não se perca de vista que os benefícios já recebidos pelo segurado têm natureza alimentar, o que por si só impediria a pretensão ao indébito, mas há entendimento contrário, como o lecionado pelo desembargador Fausto De Sanctis, que defende a devolução dos valores recebidos a título de aposentadoria à Previdência, em caso de exercício da desaposentação<sup>8</sup>.

Mas, continuando a estudar a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal está assinalando no mesmo sentido dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a renúncia à aposentadoria.

O assunto é objeto de julgamento na Corte Máxima, por meio do Recurso Extraordinário nº 381.367, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que votou favoravelmente à desaposentação. O feito está suspenso, pois o Ministro Dias Toffoli pediu vista dos autos<sup>9</sup>.

Em síntese, o Ministro Marco Aurélio proveu o recurso sob os seguintes argumentos:

– O trabalhador aposentado, ao voltar à atividade, tem a condição de segurado obrigatório e está compelido por lei a contribuir para o custeio da seguridade social, uma vez que o regime previdenciário é organizado sob o ângulo contributivo e com filiação obrigatória, nos moldes do *caput* do artigo 201 da Constituição Federal e artigo 11, §3º da Lei nº 8.213/1991, com a redação conferida pelo artigo 3º da Lei nº 9.032/1995<sup>10</sup>;

– A volta ao trabalho significa retomar a filiação ao sistema previdenciário e, por isso, o segurado tem no seu patrimônio o direito à satisfação da aposentadoria tal como calculada no ato de jubilação. Como

---

8 DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região nº 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.

9 Consulta no sítio do STF [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), em 16 de outubro de 2012.

10 §3º. O aposentado pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social.

filiado, o segurado contribui e não tem sentido restringir um benefício para o qual verteu contribuições;

– A contribuição ao sistema previdenciário pressupõe uma prestação, pois existente a feição sinalagmática e comutativa (contribui-se para receber alguma prestação futura);

– Por fim, afirmou o Ministro-Relator:

*“(...) ao trabalhador que, aposentado, retorna à atividade caberia ônus alusivo à contribuição, devendo-se a ele a contrapartida, os benefícios próprios, mais precisamente a consideração das novas contribuições para, voltando ao ócio com dignidade, calcular-se, ante o retorno e novas contribuições e presentes os requisitos legais, o valor a que tem jus sob o ângulo da aposentadoria”.*

É relevante apontar que o tema da desaposentação esbarra em questões constitucionais, em especial a disciplina relacionada à Previdência Social contida no artigo 201 da Carta Magna e, assim, é necessário o posicionamento final do Supremo Tribunal Federal, enquanto o sistema jurídico brasileiro não prever a matéria expressamente em lei.

No entanto, é inevitável ressaltar que o deferimento da desaposentação pelo Poder Judiciário, no caso concreto, apresenta um lado negativo: a quebra do Princípio da Isonomia, uma vez que em se tratando de Direito Social, pessoas na mesma situação jurídica perante a Previdência recebem um tratamento diferente, mais vantajoso do que outros, que simplesmente desconhecem a possibilidade do exercício da desaposentação (aposentados que continuam trabalhando e vertendo contribuições ao sistema).

Também é relevante mencionar que a concessão do benefício via Poder Judiciário, se em massa, pode gerar o desequilíbrio das contas da Previdência, a qual, para cumprir provimentos jurisdicionais, estará abrindo mão do Equilíbrio Financeiro Atuarial, causando consequências impensáveis para o Estado e para a sociedade.

Por isso, a desaposentação, a despeito de ser um instituto pensado em benefício do segurado, não pode receber tratamento distorcido e separado das características do sistema de previdência, para que não se onere ainda mais a sociedade, prestigiando uma minoria em detrimento da maioria dos brasileiros.

Assim, é urgente a regulamentação normativa, para que o Poder Judiciário não se transforme em comércio de provimentos favoráveis para uma parcela da população, pois o direito da aposentadoria mais benéfica é social e deve ser universal.

#### **4. Os problemas práticos da desaposentação**

O desembargador federal Fausto De Sanctis elaborou artigo<sup>11</sup> no qual há reflexão acerca da desaposentação, especialmente no que tange aos problemas que pode gerar no âmbito do Princípio da Isonomia, uma vez que este princípio fundamenta o recálculo da aposentadoria quando se vertem novas contribuições ao sistema previdenciário.

Em exemplo bastante elucidativo, a seguir resumido, o desembargador sustenta seu pensamento: há dois trabalhadores na mesma situação, pois vertem as mesmas contribuições, de mesmo valor, ao sistema previdenciário. Um deles se aposenta proporcionalmente e continua trabalhando. O segundo não se aposenta, mas contribui até cumprir os requisitos para a obtenção de aposentadoria integral.

Se fosse permitida a desaposentação para o primeiro caso, o trabalhador, além de ter recebido benefício previdenciário proporcional, poderia desvincular-se do sistema no momento em que completasse o tempo de aposentadoria integral, com novo requerimento de aposentadoria integral, passando a perceber benefício maior.

O segundo trabalhador, por sua vez, não tendo requerido a aposentadoria proporcional, verteu contribuições durante todo o período em que laborou, sem ter recebido nada do sistema, passando a ser beneficiário somente no final do período em que cumpriu os requisitos para a percepção da aposentadoria integral.

Parece bastante óbvio que o primeiro trabalhador se beneficiou do sistema, pois recebeu benefícios por período maior do que o segundo trabalhador, o qual somente começou a desfrutar de renda de aposentadoria quando cumpriu os requisitos da aposentadoria integral, sendo que os dois trabalharam e verteram contribuições pelo mesmo período.

---

11 DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região n° 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.

Houve clara distorção do sistema e nefasta quebra da Isonomia, cujo sentido é *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*. O exemplo rompeu esse ideal, pois na mesma situação *tratou os iguais com desigualdade*. Um dos trabalhadores percebeu benefícios, e obteve clara vantagem econômica do sistema sem causa que justificasse o empobrecimento do outro trabalhador, que só auferiu uma modalidade de aposentadoria – a integral.

Por tal distorção, o doutrinador De Sanctis defende a devolução de valores pelo primeiro trabalhador à Previdência, como meio de compensar o sistema e, por que não dizer, reflexamente o segundo trabalhador que nada recebeu durante o gozo da aposentadoria proporcional do primeiro trabalhador<sup>12</sup>.

Ora, se o Poder Judiciário conceder a desaposentação sem uma reflexão mais aprofundada, a situação acima descrita será cada vez mais recorrente, criando-se um desprestígio da Justiça, em face dos efeitos reflexos em detrimento dos demais segurados do sistema.

Então, é papel do Judiciário cometer tal desvio em relação aos seus jurisdicionados? Não. O Poder Judiciário faz Justiça no *caso concreto e todos têm o direito constitucionalmente garantido de recorrer ao Judiciário, sendo garantia fundamental, expressamente prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV*.

Então o problema não é a intervenção do Judiciário em si, mas o modo como está sendo feita a intervenção. Já foi visto alhures que a própria Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais vem decidindo de forma equívoca os casos levados à sua apreciação, ora deferindo, ora indeferindo os pleitos.

Na vida real, o jurisdicionado acaba se deparando com soluções díspares, especialmente na 1ª instância, havendo forte sentimento de *insegurança jurídica*, pois há quebra de justas expectativas sociais e abalo da confiança nos Poderes instituídos na sociedade.

Em temas como a desaposentação, se o Poder Legislativo é inerte, a atribuição de concretizar as políticas públicas acaba sendo atribuída,

---

12 O desembargador explica que, neste caso, a devolução seria um *ônus* para a obtenção da desaposentação, evitando-se a perda de numerário, sem justa causa, pelo erário. Idem nota 8.

pelo cidadão, ao Poder Judiciário, que jamais deixará de responder a uma demanda, pela vedação do *non liquet*.

Se as autoridades competentes em formular as políticas públicas, quais sejam, o Poder Executivo e Legislativo nada resolvem a respeito da questão, é legítima a intervenção do Judiciário quando provocado.

Neste sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

*“Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas na própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão é pertinente à reserva do possível”* (Recurso Extraordinário 436.996-6/SP, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello)<sup>13</sup>

Outrossim, as consequências da inércia dos responsáveis pela regulamentação do instituto acaba desaguando em injustiça social e quebra do sistema, pois quem consegue chegar nas instâncias superiores (STJ) logra êxito na sua causa, obtendo a desaposentação em juízo, em prejuízo (?) daqueles que não buscam a Justiça ou não logram êxito na admissibilidade dos recursos excepcionais, e perdem a causa na 1ª instância, com provimento contrário ao exercício da desaposentação.

Ora, retomando o Princípio que veda o retrocesso: não se está diante de um retrocesso na questão da desaposentação? O direito social, de índole a garantir melhor condição de vida ao segurado, está sendo implementado caso a caso pelo Poder Judiciário, e deveria sê-lo de modo generalizado, porque os direitos devem ser iguais na mesma situação jurídica.

A quebra da isonomia é um retrocesso, pois viola as justas expectativas dos segurados, que vivenciam situações melhores ou piores, a depender do julgamento do juiz.

---

13 Consulta no site do STF [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br), no dia 16 de outubro de 2012.

Mas não é só: a Previdência é assunto de interesse público e sua gestão está adstrita a limites econômicos e financeiros; por isso, os Poderes Executivo e Legislativo não podem deixar o tema da desaposentação na gaveta, sendo necessária uma reforma na Previdência, a fim de congrega o instituto e, se necessário, adaptar as regras atuais para a concessão de aposentadoria, de modo a tornar a desaposentação menos atraente, se for o caso.

Não parece correto, por sua vez, pensar na proibição da desaposentação, já que o segurado aposentado que continua a trabalhar e contribuir para a Previdência deve ter a expectativa de auferir benefícios de seu esforço extra. Pensar de modo diferente seria estimular a informalidade, também de consequências nefastas ao sistema vigente no País.

Pensar que o Estado não tem responsabilidade em relação à implementação de direitos sociais é um absurdo. Não pode o ente público, sob a desculpa da “reserva do possível,” levantar óbice à desaposentação, pois o segurado verte contribuições ao sistema, e, por isso, no caso concreto, não existe a total incapacidade econômico-financeira do ente público, nem situação de escassez.

O direito à aposentadoria e à desaposentação pode ser considerado, nesta linha, como verdadeiro direito fundamental, uma vez que está imbricado com a existência digna da pessoa.

No sentido da implementação de direitos em relação ao óbice da reserva do possível, explicativo o trecho do julgado do Ministro Humberto Martins, datado de 20 de abril de 2010:

*“(...) A tese da reserva do possível (Der Vorbehalt des Möglichen) assenta-se na ideia romana de que a obrigação impossível não pode ser exigida (impossibilium nulla obligatio est). Por tal motivo, não se considera a insuficiência de recursos orçamentários como mera falácia. Todavia, observa-se que a reserva do possível está vinculada à escassez, que pode ser compreendida como desigualdade. Bens escassos não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, sua distribuição faz-se mediante regras que pressupõem o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. Essa escassez, muitas vezes, é resultado de escolha, de decisão: quando não há recursos*



*suficientes, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de outra que não foi contemplada. Por esse motivo, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos direitos fundamentais, já que não cabe ao administrador preteri-la, visto que não é opção do governante, não é resultado de juízo discricionário, nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso porque a democracia é, além dessa vontade, a realização dos direitos fundamentais. Portanto, aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez, quando ela é fruto das escolhas do administrador. (...)” (STJ, REsp 1.185.474, rel. Min. Humberto Martins, julgado em 20.4.10) (grifos nossos)*

O óbice do desequilíbrio atuarial decorre da ausência de regulamentação, ocorrendo apenas a *limitação* da capacidade do Estado em fazer frente à novidade da desaposentação, porquanto não há *conta certa (matemática)* para compensar o ente público de eventual locupletamento do segurado, no caso concreto.

Fica afastado, então, qualquer óbice de natureza política na questão da desaposentação, pois não há escassez de recursos para beneficiar o segurado, que durante a vida trabalhou e contribuiu para o sistema de previdência social e, por isso, merece a digna contrapartida.

A solução para o impasse é o nascimento da lei prevendo a maneira de conceder a desaposentação.

## **5. A desaposentação como objeto de política pública previdenciária: efetivação de um direito social**

A desaposentação, conforme afirmado, é parte de uma transformação na previdência brasileira, objeto que demanda a implementação de regulamentação, para não se tornar um peso no sistema de previdência, geradora de distorções e fraudes.

A política pública requerida é aquela que tem o papel de efetivação de um direito social do indivíduo. Neste último sentido é que o Po-

der Judiciário atua, inclusive, efetivando o direito que não foi previsto na lei, mas que não é vedado pela Constituição Federal, em nenhum de seus artigos.

A desaposentação desponta como um direito do segurado, uma vez que ele contribuiu para o sistema, cumprindo sua obrigação perante o ente público.

No dizer de Frederico Amado:

*“A Previdência Social é dinâmica, devendo acompanhar a mutação dos fatos sociais com o fito de proteger cada vez mais e com maior qualidade os segurados e os seus dependentes, sempre buscando se manter equilibrada a fim de garantir a solvabilidade do regime para as presentes e futuras gerações<sup>14</sup>”.*

A alteração legislativa na área previdenciária, portanto, deve ser revista de tempos em tempos, uma vez que a sociedade dinâmica necessita de conformação, por meio das normas jurídicas, pois o Direito conversa com a sociedade e a sociedade conversa com o Direito.

A escolha do Executivo, nesta seara da desaposentação, seria de limitar o direito a condicionamentos, mas nunca excluí-lo.

Reformas Constitucionais recentes, como as introduzidas pelas Emendas Constitucionais nº 20/1998 e 41/2003, demonstram que a legislação previdenciária é mutável, mas sempre envolta em discussões.

Fatores decisivos que alteram a realidade previdenciária no Brasil podem ser resumidos nas mutações no perfil demográfico brasileiro, custeio de benefícios que geram *déficit* no regime geral de previdência e inclusão de trabalhadores informais no sistema previdenciário, além de outros, mas que fogem da temática proposta neste trabalho.

Estes fatores devem ser considerados na regulamentação da desaposentação, para equilibrar e conciliar a dinâmica do sistema previdenciário.

Com efeito, é fácil perceber que o fator *mutações no perfil demográfico brasileiro* é de importante análise. O modelo atual segue o regime

---

14 Vide Frederico Amado, p.841.

de repartição, com pacto intergeracional, no qual os jovens contribuem para manter os mais idosos, que percebem os benefícios a final.

Se a longevidade das pessoas aumenta, o número de anos de percepção de benefício também, e a possibilidade de retorno ao mercado de trabalho, por mais alguns anos, é uma realidade.

Por isso, a desaposentação surge como resposta a este retorno do aposentado ao mercado de trabalho, pois voltando a contribuir, espera um incremento na renda, que deve ter tratamento legislativo, pois envolve o interesse público.

Assim, se o legislador não regulamentar a desaposentação estará estimulando o trabalho informal, pois se as contribuições vertidas ao sistema após a primeira aposentadoria não tiverem nenhum retorno, então, simplesmente, não se formaliza o novo pacto laboral, para não haver “perda” na renda mensal.

O sistema previdenciário, tendo em sua base o pacto intergeracional e a contributividade, não pode se dar ao luxo de perder contribuintes, por causa da inércia do Legislador e do Executivo. Esse desestímulo do segurado para voltar a contribuir, quando já aposentado, implica a preferência pela informalidade. Portanto, ela é o segundo fator importante a ser pensado.

Em relação ao fator do desequilíbrio do sistema, as decisões do Judiciário, garantidoras do direito social a uma aposentadoria mais digna para o trabalhador, acabam refletindo no pagamento de novos benefícios que não tiveram, não raramente, a devida contrapartida econômica por parte do segurado.

Esta é a problemática que o desembargador federal Fausto De Santis apontou, ao afirmar que a devolução de pelo menos parte do numerário recebido na primeira aposentadoria fosse devida para não ensejar um enriquecimento sem causa do segurado, apesar da natureza alimentar da verba.

Por todas as questões pendentes de solução no campo técnico e econômico, que não são de fácil desfecho, é justificável a elaboração legislativa, até mesmo com alteração das regras atuais para a aquisição do direito à aposentadoria.

## 6. Conclusão

A desaposentação é um direito que não é vedado no ordenamento jurídico; portanto, o Poder Judiciário, ao julgar favoravelmente a causa para o segurado que volta ao labor, já aposentado, pretendendo uma melhoria na sua renda de jubilação, não está cometendo nenhuma arbitrariedade.

O Instituto de Seguridade Social – INSS também não está agindo com abuso de poder, ao, na via administrativa, indeferir os pleitos liminarmente, uma vez que não há lei no ordenamento jurídico brasileiro que preveja a desaposentação de modo expresso. A autarquia age sob o manto do Princípio da Legalidade e os atinentes à Administração Pública, nos moldes do artigo 37 da Constituição Federal; por isso, sua conduta não deve ser censurada.

Somente um gestor por demais arrojado seria corajoso o suficiente para fundamentar atos administrativos escorado somente em Princípios, pois a segurança da lei expressa impede a responsabilização por atos de improbidade administrativa. Somente a ação baseada na boa vontade é insuficiente no mundo jurídico. Há patente inviabilidade na alteração do posicionamento dos órgãos responsáveis por gerir e conceder benefícios baseados em desaposentação, pois é bom lembrar que a atuação administrativa é pautada, substancialmente, na estrita legalidade.

Graves distorções poderiam ser cometidas, pois as “interpretações” dadas pela Administração poderiam até mesmo ferir o pacto federativo.

Por isso, há necessidade de lei expressa para que o direito social seja exercido a contento pelo segurado, mesmo porque o atual estado de coisas não pode perdurar.

Se, por um lado, a desaposentação é uma conquista para incremento da renda do segurado aposentado que retorna ao mercado de trabalho, ampliando o alcance e homenageando o Princípio que veda o retrocesso; por outro lado, concessões individuais do benefício pelo Judiciário criam situações esdrúxulas, em violação ao Princípio da Isonomia, pois indivíduos na mesma situação de fato e de direito auferem vantagens diferenciadas.

O acesso ao Judiciário e os provimentos favoráveis à desaposentação parecem gerar um *retrocesso social*, ao desigualar os iguais. Um paradoxo que a via legislativa, se espera, possa solucionar.

## 7. Referências

- AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário sistematizado, 3ª edição: revista ampliada e atualizada. Editora JusPODIVM, 2012.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Almedina, 1998.
- DE SANCTIS, Fausto. DESAPOSENTAÇÃO. Uma reflexão necessária. *In* Revista TRF 3ª Região n° 109, setembro e outubro/ 2011, p. 9/14.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª edição: revista e atualizada. Malheiros Editores Ltda, 2009.



# A delegação dos serviços públicos essenciais

Célia Mariza de Oliveira Walvis<sup>1</sup>

---

**Sumário:** Resumo. 1. Introdução. 2. Serviço público: panorama geral. 3. A atividade prestacional do Estado. 4. Conceito de serviço público. 5. A classificação dos serviços públicos. 6. Os serviços públicos na Constituição Federal. 7. A delegação de serviços públicos: concessão e permissão. 8. Fundamento constitucional da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. 9. A incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos. 10. A continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais. 11. Conclusão. Referências.

**Resumo:** O presente trabalho circunda o tema da delegação de serviços públicos. O objetivo é evidenciar a importância do princípio da continuidade da prestação dos serviços essenciais, conforme disciplina o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no art. 1º, inc. III, da Constituição Federal. Para empreender a tarefa e prestar uma singela homenagem à memória da colega falecida Procuradora Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, será necessário, primeiramente, traçar um panorama geral do serviço público ao longo das diversas modificações ocorridas nas atribuições estatais, com a transferência – delegação – da sua execução à iniciativa privada, mediante os institutos da concessão e da permissão. A partir daí, o estudo envereda pelos conceitos e classificação doutrinários de serviço público e discute o fundamen-

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direito do Estado pela USP. Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP.

to constitucional que legitima a aplicabilidade do diploma legal consumerista ao serviço público, como garantia da continuidade da prestação das atividades consideradas serviço público essencial.

**Palavras-chave:** Serviço público. Delegação. Concessão e permissão. Código de Defesa do Consumidor. Serviços públicos essenciais.

---

## 1. Introdução

As transformações pelas quais o Estado tem passado ao longo das últimas décadas, especialmente ditadas pela economia, levou-o a abandonar a política de Estado-provedor e, a partir daí, atuar como Estado-gerente.

A postura estatal normativo-regulatória, conforme dispõe o art. 174 da Constituição Federal, e que se consumou notadamente com o processo de privatização, acarretou mudanças significativas quanto ao modo de prestação dos serviços públicos, sobretudo quando, paulatinamente, buscava-se reduzir as atividades estatais.

Com a urgência de adaptação à economia de mercado e aos imperativos da globalização, muitos serviços públicos passaram a ser prestados pela iniciativa privada, sob a forma de concessão ou permissão, em consonância com o disposto nos artigos 175 da Constituição Federal e 6º, §3º, inc. II, da Lei nº 8.987/1995.

O constituinte de 1988, no entanto, preocupado com a parte vulnerável da relação de consumo, estabeleceu tratamento especial, nos artigos 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V, ou seja, alçou a defesa do consumidor a direito fundamental e a princípio orientador da atividade econômica.

Mas não é só isso. A possibilidade de particulares prestarem serviços públicos remete à questão decorrente do conflito entre o objetivo de lucro, almejado pela iniciativa privada, e o bem da coletividade, que deve ser garantido pelo Estado.

No que tange à relação jurídica contratual travada entre fornecedor e usuário de serviços públicos essenciais, sobretudo quando envolve a suspensão do seu fornecimento diante da falta de pagamento pelo serviço prestado, a obtenção de lucro em contraposição ao interesse comum ainda suscita muitas discussões.



Dentro desse contexto, o estudo pretende trazer luz à questão, não sem antes empreender uma breve análise sobre alguns aspectos relevantes do serviço público, principalmente a sua delegação à iniciativa privada e a continuidade da prestação daqueles considerados essenciais, diante da assertiva de que o CDC incide sobre os serviços públicos, conforme disposto no art. 22<sup>2</sup>.

## 2. Serviço público: panorama geral

A importância do serviço público está ligada ao desenvolvimento da sociedade e às transformações do próprio Estado ao longo dos séculos, sobretudo na busca de sua principal finalidade: o bem comum. Assim também entende Medauar<sup>3</sup>, quando menciona que a evolução do serviço público sempre refletiu a evolução da sociedade e do Estado, sob o impacto de fatores sociais, econômicos e tecnológicos.

Compreender a exata noção de serviço público na posição atual do nosso ordenamento jurídico é, de fato, encargo que exige detido esforço do hermeneuta, em decorrência justamente das características e das diversas alterações que se procederam ao longo do tempo nas atribuições estatais.

O tema serviço público, mesmo tendo passado por período de abandono, falando-se até de uma crise sobre a sua exata noção na década de 1950, vem sendo revisitado. Atualmente, surge uma variedade de expressões, algumas vezes na tentativa de substituir a noção clássica, outras para buscar uma nova conformação, mesmo no panorama europeu<sup>4</sup>, o que bem demonstra a sua pertinência e atualidade.

---

2 CDC, art. 22: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.”

3 MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 30.

4 MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, jul./set. 1992. p. 100.

No Brasil, a partir do tratamento iniciado pelo legislador constituinte de 1988 e também com o renascimento de inclinações liberais, adaptáveis a uma concepção de Estado identificada como pós-social, impõe-se verificar os novos contornos existentes no tratamento dos serviços públicos.

Em rigor, o que se propõe neste século XXI é a redefinição do papel do Estado, que, de intervencionista, protecionista e provedor, passa a atuar como agente fiscalizador e regulador, nos termos preconizados no art. 174 da Constituição Federal, resguardando todas as conquistas oriundas de lutas sociais e garantias incorporadas pelo Estado social.

Assim, muitos serviços públicos de natureza econômica, antes prestados diretamente pelo Estado, com as privatizações, foram delegados à iniciativa privada, cumprindo aos usuários tão só a submissão às regras do mercado e ao interesse particular dos delegatários, que se orientam pela obtenção de lucro.

Nesse cenário, o CDC, instituído pela Lei nº 8.078/1990, assume papel de relevo na regência das relações entre consumidores e fornecedores no mercado brasileiro, sobre bens e serviços, comuns nas sociedades capitalistas de produção. Com esse diploma legal, tem-se a garantia, entre outros, do direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

### **3. A atividade prestacional do Estado**

A crise do Estado do bem-estar social<sup>5</sup> resultou do agigantamento do Estado, de tal forma que não conseguia mais gerir todas as atividades que abarcou, isto devido às dificuldades enfrentadas na prestação do serviço público e nas atividades econômicas empresariais estatais.

O avanço da tecnologia – que favoreceu o desenvolvimento de novos mercados – e a globalização tornam o terreno fértil para a política neoliberal incentivadora de uma intervenção menor do Estado nas atividades econômicas. A partir daí, começa a ser desenvolvida uma política

---

5 O Estado de bem-estar social, também denominado, sem alterações muito significativas, de *welfare state*, Estado social ou Estado intervencionista, caracterizou-se por um grande aumento do número de serviços públicos e atividades econômicas em geral exploradas pelo Estado, e conseqüente recuo do instituto da concessão, já que o Estado passou a assumir diretamente (inclusive por sua administração indireta) a sua prestação. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40-41.

para a privatização do setor público, ante a justificativa de que seria esta a solução para a aludida crise do Estado de bem-estar social. A prestação do serviço público, então, deveria retornar à esfera privada, que doravante se incumbiria de satisfazer as necessidades coletivas.<sup>6</sup>

Contudo, mesmo que o Estado deixe de prestar diretamente alguns serviços públicos de relevância social, devido à concorrência globalizada e à necessidade de redução dos gastos com a atuação direta na economia, não se deve perder de vista que, justamente pelo caráter de relevância social, esses serviços têm como objeto bens de natureza restrita e que, por isso, necessitam de regulação e até da sua retomada pelo ente que a delegou, caso seja necessário.

Nesse sentido, Aragão<sup>7</sup> leciona:

Essa é a forma que prevalece no mundo contemporâneo, inclusive no Brasil, sendo os serviços públicos um dos principais mecanismos de o Estado corrigir distorções efetivas ou potenciais na relação entre oferta e procura de bens e serviços essenciais para todos os cidadãos. Os serviços públicos têm como objeto bens escassos, via de regra, condicionantes da própria dignidade da pessoa humana, que se não passassem a ser da responsabilidade do Estado, ficando apenas sob a gestão da livre iniciativa, não seriam eficientemente fornecidos a todas as regiões e classes sociais do país.

De fato, essa atitude do ente estatal pode evitar que os indivíduos fiquem ao alvedrio das regras de mercado e da competitividade.

#### 4. Conceito de serviço público

A tarefa de conceituar o serviço público é assaz dificultosa porque se deseja definir algo cujo objeto varia de acordo com o tempo e com as transformações sociais, conforme averbado linhas atrás.

Aguillar<sup>8</sup> assevera que os autores tentam elaborar um conceito imune às mudanças, mas seu objeto é totalmente por elas atingido. Consi-

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 39.

7 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 39.

8 AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 114.

dera que a grande dificuldade enfrentada por aqueles que pretendem conceituar serviço público é a dupla defasagem histórica deste serviço, revelada pela mutabilidade e pluralidade dos conceitos existentes e pela mutabilidade do objeto conceituado.

Grau<sup>9</sup>, a seu turno, distingue noção e conceito partindo da premissa de que a significação do que seja serviço público não pode ser alcançada por um conceito. Os conceitos são definidos de modo atemporal, portanto, imutáveis, invariáveis e imunes a ingerências externas. Já as noções não descartam o fenômeno da temporalidade, ao contrário, são receptivas a ele, permitindo um constante desenvolvimento. E completa: “A noção jurídica é ideia que se desenvolve por contradições e superações sucessivas, sendo, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas”.

Aguillar<sup>10</sup>, nesse sentido, afirma que “muda aquilo que é considerado serviço público ao longo do tempo e mudam os conceitos de serviço público ao longo do tempo”.

Dessas lições, extrai-se que a dificuldade de conceituar o serviço público advém das mudanças pelas quais estão sujeitas as atividades estatais, o que conduz à firme conclusão de que o seu significado evolui no tempo. Assim, diante do reconhecimento de parte da doutrina, de que os serviços públicos sofrem o impacto das modificações sociais e de que no seu conceito alguns elementos possuem elasticidade, como é o caso do interesse social, doravante, pode-se utilizar a terminologia conceito ou noção.

A noção de serviço público, a propósito, desenvolveu-se na França e se fortaleceu com tamanha magnitude que passou a fundamentar tanto o direito público, quanto servir de critério para a repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado.<sup>11</sup>

Os principais expoentes franceses da denominada Escola de Serviço Público, do início do século XX, foram Léon Duguit, seu fundador, e Gas-

---

9 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 164.

10 AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*, p. 115.

11 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 665, nota n. 4.

ton Jèze, que juntos formaram a base da noção de serviço público, que se assentou definitivamente no ordenamento francês. Os seus seguidores firmaram o entendimento de que o serviço público era a ideia central do direito administrativo, qual seja, a ideia de serviços aos administrados.

Serviço público, de acordo com Duguit<sup>12</sup>, correspondia a toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelo agente estatal já que indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social. Em suma, um serviço é considerado público quando organizado pelos governantes, que devem assegurar o seu funcionamento sem interrupções. E no entendimento de Jèze<sup>13</sup>: “[...] dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação, regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, quer dizer, um regime jurídico especial. [Tradução nossa]”.

Rivero<sup>14</sup>, em tom de crítica aos autores franceses aqui mencionados, afirma que a também chamada Escola de Bordeaux:

[...] acreditou poder explicar todas as particularidades do direito administrativo pelas necessidades do serviço público; no entanto, cometeu o erro de não prestar atenção à exceção que acompanhava o princípio, quer dizer, a gestão privada dos serviços públicos, atribuindo assim ao princípio um alcance mais lato do que a jurisprudência lhe dava. [Tradução nossa].

Denota-se, pois, que a ideia de serviço público como base do direito administrativo francês serviu para uma época em que só o Estado prestava serviço público, sendo, portanto, mais fácil a distinção entre serviços públicos e atividades privadas.

Para Aragão<sup>15</sup>:

---

12 DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. t. 2, p. 61.

13 JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. II, p. 4.

14 RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p. 191.

15 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 78.

O serviço público no Brasil expressa, em grande parte, a idéia francesa de serviço público, razão pela qual muitas das discussões existentes acerca do serviço público no direito brasileiro, reproduzem discussões que originalmente se deram (e se dão) na França e em outros países sob sua influência cultural.

Medauar<sup>16</sup>, estudando a evolução da noção de serviço público, relata:

A partir de 1921, acentuando-se nos anos e décadas seguintes, começaram a surgir perturbações na identificação do serviço público, acarretadas por situações que envolviam elementos privados, tais como: gestão por particulares; serviço público realizado por normas de direito privado; Administração Pública exercendo atividades comerciais e industriais. Tais situações infirmaram a concepção da Escola de Serviço Público, levando, então, à chamada crise da noção de serviço público, nome dado à obra de Jean-Louis Corail, publicada na década de 50 do século XX. Alguns autores franceses, como Eisenmann, passaram a apregoar o fim da noção de serviço público ou da sua aposentadoria.

Não obstante a divulgada crise, a noção de serviço público subsistiu para representar a transformação da concepção originária da Escola de Serviço Público, porquanto, na França, passou-se a admitir a gestão privada e a aplicação de normas do direito privado no regime jurídico do serviço público.

Com as transformações do Estado no decorrer do século XX, incluindo desde elementos econômicos até novos processos de aparelhamento na sua estrutura, houve a necessidade de reorganizar a função administrativa estatal, o que acabou por enfraquecer o conceito de serviço público dado pelos autores clássicos.

A consequência lógica dessa evolução da atividade do Estado, contudo, não foi o fim da noção de serviço público, mas sim a sua modificação.

O desencontro de opiniões entre os publicistas a respeito das várias concepções de serviço público somente puderam ser resolvidas pela ado-

---

16 MEDAUAR, Odete. *Ainda existe serviço público?* In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*, p. 32.

ção de três critérios distintos, considerados isoladamente ou em conjunto, no afã de definir o que vem a ser serviço público. Esses critérios são o subjetivo, o objetivo e o formal. O critério subjetivo procurou levar em conta a pessoa prestadora do serviço público e, a partir daí, a atividade estatal seria o conjunto de pessoas e órgãos do Poder Público destinado a fornecer à coletividade os serviços a ela indispensáveis. De acordo com este critério, serviço público corresponde àquelas atividades prestadas pelo ente estatal. Pelo prisma do critério objetivo, o serviço público pode ser entendido como uma atividade que abarca todas as demais colocadas a cargo da Administração Pública, indispensáveis para atender às necessidades de interesse geral, que ficariam prejudicadas caso não houvesse a intervenção estatal. A noção de serviço público de Duguit, conforme consignado, insere-se neste critério, eis que a sua ideia central era de uma obrigação que se impõe aos governantes. A noção de serviço público, de acordo com o critério formal, baseia-se no regime jurídico que rege a sua aplicação, ou seja, regime jurídico de direito público, caracterizado por regramento especial.<sup>17</sup>

Bandeira de Mello<sup>18</sup>, citando Chenot, que no seu entender traduziu lapidarmente a concepção do critério formal, afirma: “Dizer que uma atividade é serviço público é dizer que está submetida ao regime de Direito Público”.

A conjugação dos três critérios mencionados, durante muito tempo, foi suficiente para individualizar o serviço público, que corresponderia, então, ao complexo de atividades prestadas pelo Estado, tendo por escopo satisfazer as necessidades de interesse geral, sob regime de direito público.

A partir de meados do século passado, o Estado passou a intervir gradualmente em diversas áreas, impactando a definição clássica de serviço público, o que levou alguns publicistas a reacender novamente a discussão a respeito da crise da noção de serviço público. Essa discussão teve origem na delegação de atividades, pelo Estado, a pessoas de direito privado e também devido à participação do ente governamental

---

17 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 559-562.

18 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*, p. 619, nota 11.

em práticas relacionadas com a indústria e o comércio, áreas até então reservadas à iniciativa privada.

Se, por um lado, os critérios subjetivo e formal foram afetados, mediante delegação de atividades estatais a entes privados e prestação de alguns serviços sob regime parcialmente público, por outro, proporcionou uma nova visão destes mesmos critérios, mas não a sua exclusão.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, os autores costumam se basear nos critérios objetivo, subjetivo e formal para elaborar os seus conceitos, alguns de forma mais ampla, outros de forma mais restrita.

Pois bem. Do exposto até aqui, extrai-se que o serviço público é passível de alteração no tempo e no espaço. Ainda, por mais incessante que seja a busca por sua definição, fato é que o reconhecimento de certa atividade como serviço público decorre de uma escolha política inscrita no próprio texto constitucional e nas leis.<sup>19</sup>

Assim, vê-se que inexistente serviço público por natureza, porquanto, seja para traçar seu conceito ou sua noção, há que se reconhecer a interferência de diversos fatores para que determinada atividade seja assim considerada.

Deveras, com as mencionadas transformações ocorridas no decorrer do século XX, houve a necessidade de reorganizar a função administrativa estatal, que abalou, sem dúvida, o conceito de serviço público dado pelos autores clássicos. Porém, a consequência lógica da evolução da atividade prestacional estatal não foi o desaparecimento do serviço público, mas sim a sua evolução, que teve de passar por um processo de adaptação ao novo papel assumido pelo Estado.

## **5. A classificação dos serviços públicos**

Os estudiosos do direito administrativo formularam uma classificação do serviço público, utilizando-se, para tanto, dos mais variados critérios.

---

19 Dinorá Adelaide Mussetti Grotti averba que: “Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico”. (*Os serviços públicos na Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 87.)



Meirelles<sup>20</sup> assim classifica os serviços públicos: públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; *uti universi* e *uti singuli*. Para o autor, devem ser considerados nessa classificação os seguintes aspectos: essencialidade, adequação e destinatários dos serviços. Denomina, ainda, os serviços públicos próprios de *uti universi* e os impróprios de *uti singuli*.

A classificação mais aceita na doutrina, entretanto, é aquela que divide os serviços públicos em próprios e impróprios, apoiada no aspecto da essencialidade. Araújo<sup>21</sup> adota essa classificação e Cretella Júnior<sup>22</sup>, a respeito, leciona:

Serviços públicos próprios são aqueles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime de concessões). Serviços públicos impróprios são os que, embora atendendo às necessidades coletivas, como os anteriores, não são executados pelo Estado, nem direta, nem indiretamente, se bem que recebam autorização, permissão ou concessão do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los.

Do repertório de lições dos administrativistas, extrai-se que a Administração Pública, ao constituir um serviço público, detém a sua titularidade. Porém, poderá escolher como se dará esta prestação, se de forma direta ou indireta. Isto ocorre porque há serviços públicos que o Estado há de executar de forma direta, pelo fato de não comportarem especulação lucrativa e exigirem, em alguns casos, até coação física sobre os administrados, como é o caso da atividade jurídica, da segurança e da saúde pública.

Quanto à forma de prestação, o serviço público pode ser descentralizado, quando o Poder Público transfere a titularidade ou a execução do serviço por meio de outorga<sup>23</sup> ou delegação a terceiros, que pode ser outra entidade ou pessoa, distinta da Administração.

---

20 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 333-334.

21 ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. p. 89.

22 CRETILLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 403-404.

23 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 560.

Como estabelecido no art. 175, *caput* da Constituição Federal, *literis*: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão e permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Como se vê, o legislador constituinte, além de indicar que a prestação do serviço público pode ser direta ou indireta, de forma centralizada ou descentralizada, não se esqueceu de determinar quais os institutos que poderiam ser adotados, no caso de a prestação ser indireta, figuras clássicas<sup>24</sup>, no modo de prestação dos serviços públicos, como são a concessão e a permissão.

## 6. Os serviços públicos na Constituição Federal

Registra-se, de plano, que a Constituição Federal não traz em seu bojo o conceito de serviço público, mas diferencia serviço público de atividade econômica (art. 175). Para cumprir esse mandamento constitucional, a Lei nº 8.987/1995 regulamentou o citado dispositivo, bem como o seu parágrafo único.

Com a disciplina do art. 173, a Carta Magna atribui ao setor privado, precipuamente, a realização da atividade econômica: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

A partir de 1995, em decorrência das Emendas Constitucionais nºs. 5, 6 e 8, de 15/08/1995, e 9, de 09/11/1995, ocorreu a flexibilização de alguns monopólios, no todo ou em parte, desencadeando privatizações parciais de serviços públicos, o que veio a acarretar reflexos na interpretação do art. 175 da Carta Magna.

---

<sup>24</sup> Não obstante o texto constitucional se referir à prestação do serviço de forma indireta por concessionários ou permissionários, encontra-se na Lei nº 9.074/1995, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões, e também nas Leis nºs. 9.472/1997 e 9.427/1996, que regulamentam, respectivamente, os serviços de telecomunicações e de energia elétrica, previsão do exercício destas atividades mediante o instrumento da autorização. Em outras atividades, a Administração Pública poderá recorrer aos institutos de consórcios públicos, franquia, terceirização e arrendamento, que devido às suas especificidades não serão tratadas neste trabalho.

Afonso da Silva<sup>25</sup>, com precisão, distingue atividade econômica de serviço público:

A atividade econômica no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa, sob a orientação de administradores da empresa privada. O serviço público é, por sua natureza, estatal. Tem como titular uma entidade pública. Por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público. O que se tem que destacar aqui e agora, é que não cabe titularidade privada nem mesmo sobre serviços públicos de conteúdo econômico, como são, por exemplo, aqueles referidos no artigo 21, XI e XII da Constituição Federal.

Entende-se, assim, que não se harmoniza com o ordenamento brasileiro considerar o serviço público atividade econômica, simplesmente porque o comando do art. 175 da Constituição Federal o atribui ao Poder Público, podendo ser realizado pelo setor privado, mediante delegação. Ainda, verifica-se que alguns preceitos contidos no art. 170 e destinados a nortear a atividade econômica não se aplicam ao serviço público. É o caso da livre iniciativa, porquanto não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada por este princípio. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do Poder Público.

Nessa linha, também não se pode aplicar ao serviço público o disposto no parágrafo único do mencionado art. 170, uma vez que todo serviço público delegado a particulares só será prestado mediante titulação, e isto pelo fato de o constituinte de 1988 ter fixado um vínculo de presença do Estado na atividade qualificada como serviço público. Dessa forma, fica subentendido o consentimento do Poder Público para o exercício de uma atividade submetida não às únicas leis do mercado, mas a regras de funcionamento do Estado, estando implícita uma exigência: proteção de classes menos favorecidas e, em uma dimensão maior, proteção de toda a coletividade.<sup>26</sup>

---

25 AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 801-802.

26 MEDAUAR, Odete. Serviços públicos e direito tributário. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*, p. 35.

## 7. A delegação de serviços públicos: concessão e permissão

Para cumprir as suas principais funções, o Estado, personalizado nos distintos entes políticos da federação, precisou buscar novos formatos de organização, com vistas a assegurar o desenvolvimento de suas atividades prestacionais sem negligenciar a manutenção do vínculo orgânico que caracteriza a sua presença na prestação dos serviços públicos. Para esse desiderato surge a transferência da execução dos serviços públicos à iniciativa privada, por meio da delegação, mantida a titularidade estatal: concessão e permissão.

De acordo com Aragão<sup>27</sup>:

O instituto da concessão, nas suas origens mais remotas e na Teoria Geral do Direito, remete à idéia de translação de um feixe de direitos de um sujeito, deles titular, a outro, que originariamente não tinha a possibilidade de exercer as faculdades correspondentes a tais direitos, de maneira que, com a concessão, amplia a sua esfera jurídica.

Nas concessões de serviços públicos essa circunstância ampliativa é bem clara, já que possibilita ao concessionário o exercício de atividades públicas, não de atividades que já estão na órbita da livre iniciativa privada. Esse é o principal ponto de distinção em relação às autorizações e demais atos administrativos de polícia prévia, de fiscalização de atividades originalmente da própria esfera privada, que não possuem efeitos ampliativos da esfera jurídica.

Medauar<sup>28</sup> comenta que é mesmo na Idade Média que se encontram os antecedentes mais remotos das concessões, classificadas como senhoriais e reais. As primeiras eram adotadas tanto para transferência da administração de feudos quanto para exploração de atividades em domínios pertencentes ao senhor feudal. Mais adiante, no século XVII, o termo concessão era utilizado para denominar atos de benevolência do soberano.

---

27 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 562-563.

28 MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 11-12.

Nessa época, segundo Barra<sup>29</sup>:

O Estado não era empresário, na realidade era repugnante que o fosse porque significaria a traição aos postulados liberais em que se fundava. Assim, aparece (sob o aspecto de sua origem conceitual-jurídica, mas não necessariamente cronológico) a técnica da concessão de serviços públicos, que permite estender o campo da *publicatio*<sup>30</sup>, sem necessidade de ampliar desmesuradamente a presença do Estado na vida social. [Tradução nossa].

Ainda, sobre a origem das concessões, Medauar<sup>31</sup> relata:

Na França, no período do estado absoluto, registra-se a existência de contratos de gestão de serviços públicos, em que os representantes do Poder Público exercem poder de direção, baixam diretrizes, impõem unilateralmente acréscimos, podem rescindir o contrato. Os concessionários têm situação de sujeição, em benefício do serviço público. No séc. XVII, poucas são as garantias dadas aos concessionários. O quadro se altera no séc. XVIII, ampliando-se as garantias; já se prevêm direitos de indenização em caso de culpa da Administração, aumento de obra, rescisão unilateral sem culpa do concessionário, ocorrência de situações imprevistas.

A concessão, com os contornos atuais, existe e foi utilizada, desde o século XIX, na Europa, sobretudo na França. Inicialmente, foi criada para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos estes que o Poder Público não podia assumir. As primeiras concessões se destinaram, principalmente, a estradas

---

29 BARRA, Rodolfo C. *Hacia una Interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Buenos Aires. La Ley, 1982. p. 366.

30 Na *publicatio* (onde o Estado é titular da atividade de serviço público, com aplicação obrigatória de regime jurídico especial) é traço característico da concepção francesa de serviço público, profundamente arraigada no Brasil. Em termos opostos, nos países anglo-saxões, do *common law*, os serviços de interesse geral estão sujeitos a uma série de obrigações, mas não há *publicatio*, razão pela qual as denominadas *public utilities* não são equivalentes à noção europeia (e brasileira) de serviço público. Cf. MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. *Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. p. 14.

31 MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*, p. 12.

de ferro, fornecimento de água, gás, eletricidade e transportes urbanos. A concessão tinha a característica da longa duração, justo para propiciar o retorno do investimento aplicado.<sup>32</sup>

No Brasil, as primeiras concessões surgiram durante o Império, em especial as ferrovias. A necessidade de sua regulamentação deu azo à edição da Lei nº 641, de 1852, que permitiu a construção e a exploração da primeira ferrovia no Brasil, ligando as províncias do Rio de Janeiro, Minas Gerais e São Paulo. A concessão para serviço de eletricidade aparece só no final do Império.<sup>33</sup>

O processo de prestação de serviços públicos por particulares, por meio da concessão, continuou expandindo-se até a década de 1940, quando tem início o processo de estatização dos serviços públicos.<sup>34</sup>

Não obstante as vantagens trazidas pelas concessões, o seu declínio foi marcado pelo processo de intervenção do Estado diretamente na economia, quando toma para si a prestação dos serviços públicos.

Após a Segunda Guerra Mundial houve acentuada tendência estatizante e grande parte das atividades concedidas foi nacionalizada, culminando com a criação de empresas estatais, que passaram a absorver parte expressiva das concessões do setor privado. A partir daí, assiste-se ao surgimento de concessões outorgadas, não mais ao setor privado, nos moldes originários, mas a entes da Administração Pública indireta ou descentralizada, empresas públicas e sociedades de economia mista.<sup>35</sup>

Na década de 1980 renasce o interesse pela concessão, só que em outro contexto, porém com a mesma justificativa que caracterizou o instituto no século XIX, ou seja, a execução dos serviços sem ônus financeiro para a Administração Pública.

---

32 MEDAUAR, Odete. *Concessão de serviço público*, p. 12.

33 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 61.

34 No direito brasileiro, o instituto da concessão foi tratado nas Constituições de 1934 (art. 136), de 1937 (art. 146), de 1946 (art. 151), de 1967 (art. 160, inc. I a III) e Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (art. 167). Apesar de alguns destes dispositivos constitucionais fazer menção à legislação infraconstitucional para regular os serviços concedidos, não há notícias que tal fato tenha ocorrido, exceção feita ao Decreto-lei nº 2.300/1986, que dispunha sobre licitações e contratos da Administração Pública federal.

35 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 63-70.

Sobre o processo de desestatização, Aragão<sup>36</sup> faz o seguinte comentário:

Com a crise do Estado de bem-estar social e os sucessivos déficits das empresas estatais, começou-se a viver, a partir da década de 80 do século passado, um retorno do pêndulo<sup>37</sup>, um processo de desestatização com a alienação de estatais e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada.

Grotti<sup>38</sup>, a respeito da retomada da transferência da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, também comenta:

O instituto da concessão é velho, por ter sido o primeiro modo de descentralização de serviços públicos. Mas a concessão com o objetivo de privatizar é nova. A concessão renasceu com algumas modificações importantes, porque, no passado, em suas origens, a concessão de serviço público esteve fortemente ligada à outorga para certos empreendedores que queriam implantar o serviço monopólico.

Com a criação do Plano Nacional de Desestatização (PND), instituído pela Lei nº 8.031/1990, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/1997, ficou estabelecido, de forma expressa, que: “Art. 2º Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: [...] III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização; [...]”.

No que se refere à natureza jurídica da concessão, a doutrina é dissonante em razão dos interesses contrapostos que envolve, de um lado o Estado e o interesse público, que varia conforme as necessidades da coletividade; de outro o particular que entra no negócio jurídico objetivando o lucro e, para tanto, necessita que lhe seja garantida segurança jurídica de modo a obter o retorno do aporte de capital investido durante a vigência do contrato.

Malgrado a discussão doutrinária a respeito, com respaldo na lição de Meirelles<sup>39</sup>, hodiernamente não se discute que a natureza jurídica da

---

36 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 565.

37 Esse ir e vir da história foi descrito por Caio Tácito como retorno do pêndulo. (O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Temas de Direito Público*: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. v. 1. p. 721-733).

38 GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Os serviços públicos na Constituição brasileira de 1988*, p. 174.

39 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 263-264.

concessão de serviço público é de contrato administrativo bilateral, comutativo, remunerado e realizado *intuitu personae*.

Com relação às condições pelas quais o serviço público será regido, cumpre observar que, apesar de o contrato de concessão não trazê-las em seu bojo, poderão ser encontradas em leis ou regulamentos. O acordo se concretiza com a concordância de ambas as partes contratantes – ente político concedente e concessionário –, que assumem o compromisso de zelar pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro, necessário à manutenção do negócio jurídico<sup>40</sup>.

O conceito legal de concessão de serviços públicos pode ser extraído do art. 2º, inc. II, da Lei nº 8.987/1995, *in verbis*: “II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; [...]”.

Para regulamentar e dar cumprimento ao disposto no art. 175 da Constituição Federal foi editada a Lei nº 8.987/1995, com as modificações apresentadas pela Lei nº 9.074/1995, disciplinando o regime de concessão e permissão de serviços e obras públicos.

Com o advento da citada Lei nº 8.987/1995, revigora-se a importância dos regimes de concessão e permissão, como instrumentos indispensáveis à parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, com vistas à melhoria da prestação dos serviços públicos.

---

40 Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que: “A concessão de serviço é um contrato administrativo pelo qual a administração delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”. (*Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 77). Odete Medauar, por sua vez, perfilha o seguinte entendimento: “A concessão formaliza-se por instrumento contratual, sendo, portanto, um tipo de contrato administrativo. Assim, os preceitos gerais sobre os contratos administrativos aplicam-se a essa figura”. (*Concessão de serviço público*, p. 15). Marçal Justen Filho, por seu turno, apregoa: “A concessão comum de serviço público (denominada comum com a criação das chamadas parcerias público-privadas) é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento”. (*Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 623).



Sobre a extinção do contrato de concessão, Justen Filho<sup>41</sup> observa:

A natureza jurídica da concessão envolve a temporariedade do vínculo. Por isso, a destinação da concessão é extinguir-se, com o desaparecimento da relação jurídica entre as partes. Mas a extinção nem sempre reflete esse curso normal dos fatos, em que a relação jurídica atinge seu termo e se exaure automaticamente. Há outros casos, em que o término se produz antes do termo final contratual, em virtude de motivos específicos.

O contrato de concessão pode chegar a seu termo final por diversas maneiras, oportunidade em que cessam todos os seus efeitos no tocante a prestação do serviço público pelo concessionário, conforme disposto no art. 35 da Lei nº 8.987/1995, relativamente às hipóteses de extinção da concessão: advento do termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência e extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular.

Em qualquer dos casos de extinção elencados no referido art. 35, o poder concedente pode incorporar os bens do concessionário, necessários à prestação do serviço público, desde que haja a devida indenização (art. 36), procedimento este denominado de reversão, cujo fundamento encontra suporte no princípio da continuidade do serviço público.

O instituto da permissão está previsto nos artigos 21, inc. XI e XII, e 175 da Constituição Federal. Equipara-se à espécie de delegação de serviços públicos e, como ocorre com a concessão, deve ser precedida de licitação.

Em nível infraconstitucional, é a Lei nº 8.987/1995 que disciplina a permissão de serviço público, especificamente os artigos 2º, inc. IV, e 40, e, no que lhe for aplicável, os demais dispositivos que tratam da concessão.

A natureza jurídica da permissão, nas lições dos administrativistas clássicos, é de ato precário e unilateral<sup>42</sup>, por meio do qual o Poder Público

---

41 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões*. 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009. p. 568.

42 Celso Antonio Bandeira de Mello considera imprecisão técnica do legislador constituinte de 1988 conferir à permissão natureza jurídica contratual. O autor ainda critica o legislador infraconstitucional da Lei nº 8.987/1995, que teria dispensado ao instituto tratamento grotesco e teratológico. (*Curso de direito administrativo*, p. 753).

transfere a prestação de serviço público. Assim como a concessão, caracteriza-se por ser remunerada mediante tarifa e ter natureza *intuitu personae*.

Aragão<sup>43</sup>, sobre a natureza jurídica da permissão, discorre:

Após a promulgação da Constituição de 1988, antes mesmo da Lei nº 8.987/95, começou a se sustentar, contrariando a doutrina clássica, que a permissão de serviço público não seria mais um ato administrativo, mas sim um contrato, já que o art. 175 da Constituição trata as concessões e permissões de serviços públicos indiscriminadamente, dentro da mesma acepção contratual. Com isso, a permissão teria passado a ser, tal como a concessão, um contrato.

Não obstante o mandamento constitucional, parece ter havido impropriedade da lei, uma vez que o traço distintivo entre os dois institutos seria a natureza jurídica, de cunho contratual para a concessão e de caráter precário para a permissão.

Alves<sup>44</sup> compartilha desse raciocínio:

A permissão, que envolve o permitente e a permissionária, é um ato administrativo – e não um contrato – e, como tal, ele é apenas de poder de império, unilateral. Apenas permite com a adesão do permissionário, mas, de resto, refere-se apenas à ação imperativa do titular do serviço. Só pode fazê-lo de forma precária, transitória e na escala das dimensões de urgência. Se uma empresa concessionária de serviço público não o está realizando adequadamente, pode o Estado entregá-lo provisoriamente a uma permissionária, até que tenha condições de novamente fazê-lo de forma mais articulada e extensa. Tudo se faz através de licitação, por exigência constitucional, o que inflexibiliza o instituto. A meu ver, a permissão deveria ser feita sem essa licitação, mas [a licitação] é o que a Constituição estabelece em seu artigo 175.

Entendimento diverso aponta que o texto constitucional deve ser interpretado literalmente, o que conduziria à conclusão de que a partir

---

43 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 720.

44 ALVES, Alaor Caffé. Privatização dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 45/46, jan./dez. 1996. p. 21.

da Constituição Federal de 1988 a permissão teria alcançado a natureza jurídica de contrato administrativo.

Nesse sentido é a lição de Bacellar Filho<sup>45</sup>:

Basta verificar que o art. 175, *caput*, e parágrafo único, inciso I da Carta Magna, alterou a natureza jurídica da permissão, outorgando-lhe cunho contratual e eliminando, em princípio, qualquer distinção que pudesse ser feita entre esta e a concessão. Mesmo uma leitura gramatical do texto, evidencia as profundas alterações produzidas na natureza jurídica da permissão. Como dito, conceituada pela doutrina, como resultante de um ‘ato administrativo unilateral, discricionário e precário’, a permissão, instrumentalizada por contrato de natureza especial, passou a ter, no Brasil, cunho bilateral, sendo incontroverso que a subordinação de sua existência à licitação impõe, para sua outorga, procedimento administrativo eminentemente vinculado sob o prisma constitucional, pois a alteração produzida é visceral.

Contudo, a Lei nº 8.987/1995, editada para regulamentar a norma constitucional, parece que pôs fim à discussão travada entre os administrativistas, a respeito da natureza jurídica da permissão. É que a citada lei, no art. 40, fixou que esta forma de delegação de serviço público se formaliza mediante contrato de adesão, pondo em relevo o caráter bilateral do instituto, próprio da figura do contrato.

Mesmo assim, causou espécie a alguns doutrinadores a opção feita pelo legislador infraconstitucional, como analisa Carvalho Filho<sup>46</sup>:

A opção se nos afigurou infeliz e só aumentou a confusão entre os estudiosos e os administradores públicos, porque, na prática, desapareceu a diferença entre tais delegações. Como já foi dito, outrora qualificamos a permissão como ato administrativo, mas, tendo em vista o absurdo adotado pela lei, somos forçados a nos render à

---

45 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 107, ano XXIX, dez. 2009. p.158-159.

46 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 450-451.

caracterização nela estabelecida, qual seja, a de contrato administrativo de adesão. O direito é lógica e precisão científica, e nada lhe é mais devastador do que a incongruência e a irrazoabilidade. Em suma, temos que a natureza jurídica da permissão de serviço público, *ex vi legis*, é a de contrato administrativo de adesão.

As peculiaridades trazidas pela Lei nº 8.987/1995 para as permissões, comparativamente às concessões de serviços públicos, segundo Aragão<sup>47</sup>, são as seguintes:

- a) o permissionário pode ser pessoa física;
- b) não há referência expressa à necessidade de possuir prazo determinado (não quer dizer que as permissões possam se dar por prazo indeterminado);
- c) não demandam necessariamente a modalidade licitatória da concorrência, devendo o procedimento cabível ser determinado nos termos da escala de valores do art. 23 da Lei nº 8.666/93 (há também a possibilidade de adoção do leilão, nos termos da legislação do Programa Nacional de Desestatização – Lei nº 9.491/97);
- d) são qualificadas como contratos de adesão;
- e) são precárias e revogáveis;<sup>48</sup>
- f) não há previsão de permissões de obras públicas.

À permissão, devido à sua natureza contratual conferida pelo legislador constituinte, aplicam-se as regras e as garantias instituídas para a concessão.

Oportuna se mostra, aqui, a advertência de Bacellar Filho<sup>49</sup>:

Significativa é a constatação de que a delegação, como repasse, como terceirização da atividade, não lhe retira a caracterização de ‘serviço

---

47 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 719.

48 O legislador, ao estabelecer, na Lei nº 8.987/1995, que a permissão é precária e revogável, usou estes termos com o intuito de deixar claro que a extinção das permissões, ainda que antes do prazo estabelecido, não gera direito a indenização contra o Estado.

49 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, p. 159-160.

público’, sendo plausível que, em caso de má prestação, desvirtuamento dos objetivos ou inadimplência do agente delegado, o Poder Público disponha de um verdadeiro arsenal para a retomada das atividades. De suma importância, pois, que os sistemas de controle, fiscalização e normatização das atividades – por meio das Agências Reguladoras – funcionem a contento, isto é, com eficiência.

Deveras, com a transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado, que antes eram prestados por empresas estatais, surge a necessidade de regulamentar tais atividades para proteger devidamente os interesses da coletividade de administrados.

As agências reguladoras, então, apresentam-se como um novo modelo de intervenção do Estado na economia, quando o legislador pátrio incluiu, na Lei nº 8.987/1995, art. 30, parágrafo único, posteriormente, no texto constitucional, por força da Emenda Constitucional nº 8/1995, a necessidade de criação de um órgão regulador (art. 21, inc. XI).

Após quase duas décadas do surgimento desses novos entes administrativos, sob o formato de autarquias, como órgãos fiscalizadores, controladores e reguladores das empresas delegatárias de serviços públicos, verifica-se que ainda não estão atuando de forma efetiva. Esse fato é revelado pela insatisfação dos consumidores e pela falta de controle do Poder Público, para fiscalizar a qualidade do atendimento das empresas prestadoras de serviços públicos, sobretudo aqueles considerados essenciais, nos termos do art. 22 do CDC.<sup>50</sup>

---

50 Notícia veiculada no Portal do Jornal Folha de S. Paulo, em 16 de março de 2010, registra que: “A fundação PROCON-SP deverá atuar nesta terça-feira a AES Eletropaulo e a Bandeirante de Energia, responsáveis pelo fornecimento de energia, deixaram de atender os consumidores com qualidade, além de demorarem excessivamente para restabelecer o serviço. As empresas poderão ser multadas em até R\$3,2 milhões, após responderem a processo administrativo. O PROCON instaurou uma investigação no início de fevereiro e concluiu que as duas empresas não trabalharam de acordo com os princípios do CDC (Código de Defesa do Consumidor). Foi constatado que houve interrupções originadas de falhas em equipamentos mantidos pelas próprias concessionárias, o que denota o descumprimento do dever de continuidade na prestação de serviços essenciais. Ademais, as empresas de energia elétrica devem estar preparadas para minorar os impactos de eventuais interrupções. Infelizmente, tudo indica que estas empresas não estão, disse o diretor-executivo do PROCON-SP, Roberto Pfeiffer”. FOLHA DE S. PAULO. PROCON vai atuar duas empresas fornecedoras de energia elétrica em SP, uma delas é a Eletropaulo, empresa concessionária de serviço público essencial, demonstra a sua falta de preparo. 16.03.2010. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

## **8. Fundamento constitucional da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos**

Como mencionado, a Constituição Federal, em seu art. 175, determinou ao Estado o dever de promover a prestação de serviços públicos, com a obrigação de fornecê-los adequadamente, conforme estatui o inc. IV.

O constituinte de 1988 também estabeleceu que a atividade da Administração Pública deve pautar-se pelos princípios que lhe são vinculantes como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e, ressalte-se, a eficiência, consoante disposto no art. 37 da Lei Maior. Ainda, firme no propósito de colocar esses princípios em prática, o §3º do citado artigo, dispôs que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na Administração Pública direta e indireta, regulando especialmente as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna da qualidade dos serviços.

Com efeito, a colocação dos serviços públicos no sistema do CDC não foi determinada apenas pelo fato de o legislador consumerista ter considerado as pessoas jurídicas de direito público como fornecedoras desses serviços. Longe disso, nos termos do art. 173, *caput*, da Constituição Federal, o Poder Público pode desenvolver atividade econômica, ainda que em caráter excepcional, quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, ou de monopólio, em consonância com disposto no art. 177 do permissivo constitucional.

Ademais, é importante ressaltar que o fato de a defesa do consumidor ter sido alçado à categoria de um dos princípios da ordem econômica, expresso no art. 170, inc. V, da Constituição Federal, reforça a aplicabilidade do diploma legal consumerista aos serviços públicos.

Por fim, cumpre observar que o cidadão, enquanto usuário de serviço público, além da proteção constitucional, passou a receber tratamento legal também enquanto consumidor, tendo sua defesa abarcada pelo CDC.

## **9. A incidência do Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos**

A inclusão dos serviços públicos no disciplinamento do CDC, bem como a submissão dos prestadores destes serviços, quer pelas empresas privadas na

qualidade de delegatárias, quer pela Administração Pública direta e indireta, representam um grande avanço trazido pela legislação consumerista.

Aragão<sup>51</sup>, discorrendo sobre o tema, assevera que:

[...] não há dúvida quanto à aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - CDC aos serviços públicos, em razão de dispositivos expressos nesse sentido: por um lado, o art. 7º, *caput*, da Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos – Lei nº 8.987/95 – faz remissão genérica à aplicação do CDC aos usuários de serviços públicos; por outro lado, o CDC os contempla expressamente nos arts. 4º, II (referência à melhoria dos serviços públicos como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo); 6º, X, (prestação adequada dos serviços públicos como direito dos consumidores); e 22 (obrigação do Estado e de seus delegatários pela prestação de serviços adequados).

E arremata com a seguinte afirmação:

A aplicação do Direito dos Consumidores aos serviços públicos é uma decorrência fundamental do movimento de liberalização econômica da década de oitenta e seguintes. Apenas um serviço liberalizado, sujeito à lógica econômica da concorrência, haver-se-ia de cogitar da aplicação, em maior ou menor escala, do direito comum de proteção dos consumidores.<sup>52</sup>

Na interpretação de Rizzatto Nunes<sup>53</sup>:

[...] estão compreendidos na ampla regulação da lei consumerista os serviços públicos, sem ressalvas. Se se levar em consideração que as duas exceções para não-abrangência do CDC no que respeita aos serviços (sem efetiva remuneração e custo; os de caráter trabalhista), ter-se-á de concluir que praticamente todos os serviços públicos estão protegidos pela Lei nº 8.078/90).

---

51 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 519.

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*, p. 502.

53 RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 124.

Então, estando o serviço público incluído no rol dos serviços, por força do art. 3º, §2º, do CDC<sup>54</sup>, certo é que ele será objeto das relações de consumo.

## 10. A continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais

Dispõe o art. 22 do CDC que: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Analisando os termos do citado dispositivo legal, percebe-se que o comando ali exarado menciona apenas os serviços essenciais, sem caracterizar, definir ou sequer indicar que atividades ou serviços públicos essenciais podem ser objeto de relação de consumo.

Benjamin<sup>55</sup> confirma essa assertiva:

O Código não disse o que entendia por serviços essenciais. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços *stricto sensu* (os de polícia, os de proteção da saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de energia elétrica, os de gás, os de telefone, os de correios). A lista não segue *ad infinitum*, devendo ser rigidamente jungida aos casos de efetiva imprescindibilidade. E este conceito, como tantos no direito do consumidor, é mutável, conforme evoluam as necessidades da sociedade de consumo.

Com apoio no citado autor, adverte-se que a tarefa de apontar quais são os serviços públicos essenciais exige do hermenauta esforço hercúleo, diante do silêncio da lei.

---

54 Art. 3º, §2º, do Código de Defesa do Consumidor: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante *remuneração*, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes de relações de caráter trabalhista [grifo nosso]”.

55 BENJAMIN, Antônio Hermann de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Juarez de Oliveira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 111.



Bem a propósito, é importante prender a atenção no que determinou o legislador constituinte de 1988, no art. 9º, §1º, *in verbis*:

Art. 9º. É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§1º. A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Com relação ao exercício do direito de greve, coube à Lei nº 7.783/1989 (Lei de Greve) regulamentar o dispositivo constitucional. Referida lei, em seu art. 10, define as atividades consideradas essenciais e regula o atendimento das necessidades da comunidade que não poderão ser adiadas. São elas:

Art. 10. São considerados serviços ou atividades essenciais:

I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

II – assistência médica e hospitalar;

III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

IV – funerários;

V – transporte coletivo;<sup>56</sup>

VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;

VII – telecomunicações;

VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;

IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;

X – controle de tráfego aéreo;

XI – compensação bancária.

Sobre o caráter de essencialidade que têm alguns serviços públicos, em razão de necessidades da coletividade ou exigências da sociedade de consumo, a doutrina se manifesta.

---

<sup>56</sup> Conforme prevê o art. 30, inc. V, da Constituição Federal, o serviço de transporte coletivo tem caráter essencial.

Para Pasqualotto<sup>57</sup>:

[...] como conceito indeterminado que é, o caráter essencial de um serviço público no âmbito das relações específicas de consumo, afora o que seja importado de outras searas jurídicas, especialmente do Direito Constitucional e do Direito Administrativo, será dado pela interpretação do caso concreto, até que se firme jurisprudência segura a qual, no entanto, será mutável conforme a dinâmica da sociedade de consumo.

Rizzatto Nunes<sup>58</sup> afirma que os serviços essenciais, assim considerados pela Lei de Greve, não podem ser interrompidos de forma alguma. Na sua interpretação:

O Código de Defesa do Consumidor é claro, taxativo e não abre exceções: os serviços essenciais são contínuos. E diga-se em reforço que essa garantia decorre do texto constitucional. Com efeito, conforme analisamos no início deste trabalho, a legislação consumerista deve obediência aos princípios constitucionais que dirigem suas determinações. Entre esses princípios encontram-se os da intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da garantia à segurança e à vida (*caput* do art. 5º), que tem de ser sadia e de qualidade, em função da garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225) e da qual decorre o direito necessário à saúde (*caput* do art. 6º) etc. Ora, vê-se aí a inteligência do texto do art. 22 da Lei. Não é possível garantir segurança, vida digna, num meio ambiente equilibrado, tudo a respeitar a dignidade humana, se os serviços públicos essenciais urgentes não forem contínuos.

A norma inscrita na Lei de Greve poderá, em princípio, suprir a omissão do CDC no tocante a definição e classificação dos serviços públicos essenciais, notadamente as atividades enumeradas, que se encon-

---

57 PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, p. 130-149, março 1992. p. 139.

58 RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 330.

tram dentro da categoria de serviços públicos de natureza *uti singuli*, dos quais podem ser citados o tratamento e abastecimento de água, a produção e distribuição de energia elétrica e gás (inc. I), o transporte coletivo (inc. V) e a telefonia (inc. VII).

A despeito da constatação de que o art. 10 da Lei de Greve seja um importante indicativo do caráter de essencialidade de determinados serviços públicos, a doutrina consumerista não o considera de forma absoluta, ante o argumento de que o rol apresentado pela referida lei é exemplificativo.

A esse respeito merece destaque a opinião de Denari<sup>59</sup>:

É sempre muito complicado investigar a natureza do serviço público para tentar surpreender, neste ou naquele, o traço da sua essencialidade. Com efeito, cotejados em seus aspectos multifários, os serviços de comunicação telefônica, de fornecimento de energia elétrica, água, coleta de esgoto ou lixo domiciliar, todos passam por uma gradação de essencialidade, que se exacerba justamente quando estão em causa os serviços públicos difusos (*uti universi*) relativos à segurança, saúde e educação. Parece-nos, portanto, mais razoável sustentar a imanência desse requisito em todos os serviços prestados pelo Poder Público.

Nesse diapasão, mais uma vez oportuno é o escólio de Rizzato Nunes<sup>60</sup>, que compartilha da opinião esposada pelo autor retrocitado, quando consigna que:

[...] em medida amplíssima, todo serviço público, exatamente pelo fato de sê-lo (público), somente pode ser essencial. Não poderia a sociedade funcionar sem um mínimo de segurança pública, sem a existência dos serviços do Poder Judiciário, sem algum serviço de saúde etc. Nesse sentido então é que se diz que todo serviço público é essencial. Assim, também o são os serviços de fornecimento de energia elétrica, de água e esgoto, de coleta de lixo, de telefonia etc.

---

59 DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 225.

60 RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 328.

A propósito, foi necessário tecer algumas considerações a respeito do caráter de essencialidade de alguns serviços públicos, justo para possibilitar, em poucas linhas, adentrar a temática relativa à obrigatoriedade de que a prestação destes serviços seja oferecida de forma contínua, tal como disposto no art. 22 do CDC.

Assim, mais uma vez, em decorrência da multidisciplinariedade que o direito das relações de consumo guarda em relação a outras searas do Direito, cumpre rememorar algumas lições do direito administrativo, relativas ao princípio da continuidade que norteia a prestação dos serviços públicos, a começar pela lição de Medauar<sup>61</sup>:

O Poder Público, ao assumir o encargo de prestar certos serviços considerados essenciais ou necessários à coletividade, não pode dispor do interesse público e, sem razão, suspender o fornecimento do serviço. As atividades da Administração Pública devem ser ininterruptas, para que a população não sofra suas conseqüências, com a privação de assistência médica, ensino, transporte de qualquer tipo, fornecimento de água, energia elétrica, telefone, por exemplo.

Di Pietro<sup>62</sup> explica que o princípio da continuidade traz a ideia de que o serviço público – sendo a forma pela qual o Estado desempenha as funções essenciais ou necessárias à coletividade – não pode parar. Desse princípio, decorrem conseqüências importantes:

1. A proibição de greve nos serviços públicos; esta vedação, que antes se entendia absoluta, está consideravelmente abrandada, pois a atual Constituição, no artigo 37, inciso VII, determina que o direito de greve será exercido ‘nos termos e nos limites definidos em lei específica’; o STF, na ausência de ‘lei específica’, decidiu pela aplicação da Lei nº 7.783/89; também em outros países se procura conciliar o direito de greve com a necessidade do serviço público. Na França, por exemplo, proíbe-se a greve rotativa que, afetando por escalas os diversos

---

61 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 290.

62 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 70-71.

elementos de um serviço, perturba o seu funcionamento; além disso, impõe-se aos sindicatos a obrigatoriedade de uma declaração prévia à autoridade, no mínimo, cinco dias antes da data prevista para o seu início;

2. necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas;
3. a impossibilidade, para quem contrata com a Administração, de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* nos contratos que tenham por objeto a execução de serviço público;
4. a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade do serviço;
5. com o mesmo objetivo, a possibilidade de encampação da concessão de serviço público.

Sobre o mesmo tema, Grotti<sup>63</sup> faz a seguinte observação:

[...] o princípio [da continuidade do serviço público] não impõe a necessidade da continuidade física da atividade em todas as hipóteses, pois ela deve ser prestada cada vez que a necessidade que satisfaz se apresente. Essa diferença é nitidamente manifestada quando se pensa em serviços que exigem funcionamento permanente, como fornecimento de água e energia elétrica, e naqueles que podem funcionar apenas algumas horas do dia, a exemplo dos serviços postais.

A Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), posterior ao CDC, no art. 6º, §3º, inc. II, prevê a hipótese de suspensão do fornecimento do serviço em situação de emergência ou após prévio aviso, quando a interrupção for motivada por razões de ordem técnica ou de segurança de instalações e, ainda, por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Quanto à hipótese de suspensão do fornecimento do serviço pelo inadimplemento do usuário, devido ao caráter indispensável e essencial do serviço público e, ainda, em atendimento ao princípio da continui-

---

63 GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Os serviços públicos na Constituição brasileira de 1988*, p. 261.

dade da prestação desses serviços, entende-se que devem prevalecer as disposições insertas no art. 22 do CDC, em detrimento da determinação contida no art. 6º, §3º, inc. II, das Leis das Concessões.

Como assevera Federighi<sup>64</sup>:

No fornecimento de serviços públicos, principalmente serviços públicos essenciais, é necessário que se observe os princípios norteadores do serviço público e em especial o da *continuidade*, ou seja, o que prevê a ausência de interrupção do serviço, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido. E isso, bem como a otimização do serviço público, poderá ser defendido pelo Estado, como forma de equacionar o descompasso entre a rigidez e complexidade da Administração e as necessidades coletivas dos administrados.

Contudo, é bom advertir que, em respeito ao postulado da continuidade da prestação dos serviços públicos essenciais à população em geral, não se trata de admitir que o usuário-consumidor se acostume à inadimplência, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro não tolera o enriquecimento sem causa.

Tanto é assim que, para garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, no caso de inadimplemento do usuário, a delegatária sempre poderá recorrer ao Poder Judiciário, por meio de ação própria, no intuito de requerer a contraprestação pelo serviço ou até mesmo a revisão do contrato, caso seja necessário.

## 11. Conclusão

Para finalizar esse breve estudo, cuja pretensão era aclarar a questão da aplicabilidade das disposições do CDC ao serviço público de caráter essencial, em razão da necessária garantia de sua continuidade e com esteio em princípios do ordenamento pátrio que lhe dão sustentação, é possível fazer algumas inferências.

---

64 FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos. Temas Atuais de Direito do Consumidor* (I). São Paulo, IBAP/APRODAB, ano VII, v. 40, p. 69-81, nov./dez. 2006.

No novo papel de gestor assumido pelo Estado, que passa a atuar como fiscalizador, controlador e regulador a prestação de muitos serviços públicos foi delegada a entes privados, por meio dos institutos da concessão e da permissão, que mesmo disponibilizados de forma descentralizada, permanecem sob a titularidade estatal.

As agências reguladoras aparecem no cenário jurídico brasileiro justamente quando o Estado adota a postura de regulador, diante da dificuldade em continuar prestando serviços públicos, haja vista a falta de recursos financeiros. Mesmo com esta nova configuração, o Estado não deixa de fiscalizar a atuação das empresas no mercado brasileiro, pois lhe compete garantir a continuidade da prestação daqueles considerados serviços essenciais, necessários ao bem-estar de toda a coletividade.

Os novos entes reguladores, criados sob o formato de autarquias, ainda não estão atuando de forma efetiva, sobretudo no que diz respeito à fiscalização da qualidade do serviço oferecido pelas empresas prestadoras de serviços públicos essenciais e pelo atendimento incipiente dispensado às reclamações dos usuários, malferindo o disposto no art. 22 do CDC.

O princípio da adequação e melhoria dos serviços públicos é um dos pilares que fundamenta a proteção do CDC ao usuário destes serviços delegados à iniciativa privada, donde vem a conclusão de que o diploma legal consumerista regulamenta a atividade de prestação de serviços públicos.

O reconhecimento do caráter de essencialidade de determinados serviços públicos suporta a assertiva de que devem ser fornecidos de forma contínua, uma vez que têm por escopo a satisfação do usuário em particular e da coletividade como um todo.

Com o advento da Lei nº 8.987/1995 (Lei das Concessões), que prevê a hipótese de interrupção do fornecimento do serviço após prévio aviso, em caso de inadimplemento do usuário, entende-se, todavia, que devem prevalecer as disposições insertas no art. 22 do CDC, que asseguram para toda a coletividade a prestação de serviços públicos de forma adequada, segura, eficiente e contínua, quanto a serviço de natureza essencial.

É bom salientar que não se trata de diminuir ou inviabilizar o lucro das empresas prestadoras de serviços públicos, notadamente os essenciais, tampouco admitir o enriquecimento sem causa dos usuários de

serviços públicos, especialmente porque os instrumentos ordinários de cobrança nunca foram afastados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

No tempo presente, não se pode olvidar que compete ao Estado criar mecanismos de política tarifária com o firme propósito de garantir que toda a população tenha igual acesso aos serviços públicos ao menor custo possível. E, ainda, bem aparelhar e fortalecer as Agências Reguladoras, para evitar a preponderância do interesse privado dos concessionários e permissionários sobre o interesse da coletividade, principalmente quando está em jogo a proteção dos usuários dos serviços públicos essenciais, uma vez que muitos deles estão atrelados à dignidade da pessoa humana, postulado disposto no art. 1º, inc. III, da Carta Magna pátria, que se conforma com as garantias e direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito engendrado pelo legislador constituinte de 1988.

## Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

AGUILLAR, Fernando Herren de. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALVES, Alaor Caffé. Privatização dos serviços públicos. *Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo*. São Paulo, v. 45/46, p. 13-23, jan./dez. 1996.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. São Paulo: Forense Universitária, 1997.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, n. 107, ano XXIX, p. 155-167, dez. 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARRA, Rodolfo C. *Hacia una interpretación restrictiva del concepto de servicio público*. Buenos Aires: La Ley, 1982.



BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Juarez de Oliveira (Coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios do direito administrativo*. 7. ed. revista e reelaborada por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1928. t. 2.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. A advocacia pública e a defesa dos interesses difusos e coletivos diante da prestação dos serviços públicos. *Revista de Direitos Difusos*. Temas Atuais de Direito do Consumidor (I). São Paulo, IBAP/APRODAB, ano VII, v. 40, p. 69-81, nov./dez. 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO. PROCON vai autuar duas empresas fornecedoras de energia elétrica em SP, uma delas é a Eletropaulo, empresa concessionária de serviço público essencial, demonstra a sua falta de preparo. 16.03.2010. Disponível em: <<http://www.folha.uol.com.br>>. Acesso em: 27 out. 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *Os serviços públicos na Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JÈZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*. Tradução de Julio N. San Millán Almagro. Buenos Aires: Depalma, 1949. t. II.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões*. 3ª reimpressão. São Paulo: Dialética, 2009.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, v. 189, p. 110-113, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Nova crise do serviço público? In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. (Coords.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 527-538.

\_\_\_\_\_. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 29-39.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas. *Revista de Direito Eletrônico de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, Revista dos Tribunais, v.1, p. 130-149, março 1992.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. *Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997. v. 1.

# Regime próprio de previdência dos militares do Estado de São Paulo – algumas questões atuais<sup>1</sup>

Danilo Barth Pires<sup>2</sup>

---

**Sumário:** Resumo. 1. Regime próprio de previdência dos militares. 2. Abono de permanência para policiais militares. 3. A inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários. 4. A reversão de quotas de pensão de policiais militares. 5. As filhas solteiras e os filhos universitários. 6. A invalidação dos atos administrativos. 7. Conclusão. 8. Referências.

**Palavras-chave:** regime próprio de previdência – militares do Estado de São Paulo – questões atuais

---

## Resumo

A São Paulo Previdência – SPPrev é a autarquia estadual criada pela Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007, entidade gestora

---

1 Artigo elaborado para ser inserido na Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo a ser editada em homenagem à Procuradora do Estado Doutora Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves. Diversos temas atuais enfrentados pelo autor deste artigo no seu dia a dia como Procurador do Estado, atuando na área do Contencioso Geral, passaram também pela Procuradoria Administrativa, órgão dirigido pela homenageada durante longos anos. A mescla de teses e experiências entre as áreas da Consultoria e do Contencioso é de salutar importância para o aprimoramento da defesa judicial do Estado de São Paulo e também da São Paulo Previdência.

2 Procurador do Estado de São Paulo, classificado na Procuradoria Judicial, designado para atuar na Coordenadoria dos Serviços Jurídicos da São Paulo Previdência, bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e especializando em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

única do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos – RPPS e do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

Os benefícios previdenciários concedidos pela referida autarquia seguem os previstos na Lei Complementar Estadual nº 180, de 12 de maio de 1978, que trata do “Sistema de Administração de Pessoal”, e também na Lei Estadual nº 452, de 2 de outubro de 1974, que trata, dentre outros, do regime de pensão dos policiais militares, ambas já modificadas por leis posteriores.

Especialmente em relação ao Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM, o Poder Judiciário tem concedido benefícios previdenciários ao arrepio das leis de regência, no mais das vezes interpretando extensivamente os dispositivos legais.

No presente trabalho pretende-se extremar os benefícios previdenciários militares que estão sendo concedidos judicialmente de forma indevida, tratando assim das questões atuais do direito previdenciário militar paulista.

## **1. Regime próprio de previdência dos militares**

A São Paulo Previdência – SPPrev, autarquia estadual criada pela Lei Complementar nº 1.010/07, é a entidade gestora do Regime Próprio de Previdência dos Militares do Estado de São Paulo – RPPM.

Embora a referida autarquia também seja gestora do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos titulares de cargos efetivos – RPPS, os regimes jurídicos de previdência dos militares e dos civis são diversos e assim devem observar regras próprias.

A Constituição Federal determina o seguinte:

“Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art.

142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.”

Note-se que o referido dispositivo constitucional está inserto no Título III – Da Organização do Estado, Capítulo VII – Da Administração Pública, Seção III, que trata “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, esta última apartada da Seção II, que trata “Dos Servidores Públicos”.

Nesse sentido é a lição de Marisa Ferreira dos Santos<sup>3</sup>:

“Da análise da disciplina constitucional se conclui que pouco foi alterado o regime previdenciário dos militares, que ficaram fora das disposições do regime próprio dos servidores civis.”

Wagner Balera também aparta os regimes próprios de previdência dos servidores públicos civis dos militares<sup>4</sup>:

“Regime próprio de previdência social – RPPS é aquele aplicável aos servidores públicos efetivos, quando estabelecido pelo ente federado respectivo. Cabe, portanto, à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios organizar e administrar a previdência de seus servidores, em conformidade com o art. 40 da Constituição de 1988. Também possuem regime próprio os militares.”

É importante salientar que essa distinção já existia no texto constitucional original, que tratava de um lado os “servidores públicos civis” e de outro os “servidores públicos militares”. Após a Emenda Complementar nº 19/98, a distinção entre os regimes foi ainda mais exacerbada. A nomenclatura “servidores públicos militares” ficou até mesmo ultrapassada, pois o texto constitucional passou a tratar de um lado os “servidores públicos” e de outro os “militares dos Estados e do Distrito Federal”.

---

3 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 487.

4 BALERA, Wagner. *Direito previdenciário*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 222.

Essa alteração do texto constitucional não foi secundária ou acessória, mas, ao contrário, expressa uma verdadeira ratificação da opção político-constituente que o intérprete não pode desconsiderar.

Esse é um ponto inicial relevante que por si só deveria ser suficiente para resolver diversos questionamentos judiciais. O legislador constituinte determinou um regramento específico para a previdência dos militares, apartando-o das regras previstas para os servidores civis, e isso deve espelhar a elaboração e a interpretação das leis locais.

Quando a Constituição Federal dispõe que algum benefício do servidor civil deve ser aplicado ao militar, ela o faz expressamente, a exemplo da contagem recíproca de tempo de serviço para fins de aposentadoria<sup>5</sup>. Se não há previsão expressa, o regramento a ser observado é o específico do militar.

Assim, se a lei prevê determinado benefício para o servidor público civil, não há supedâneo constitucional para estender o mesmo benefício ao militar. Esse raciocínio aparentemente simples, elaborado a partir do texto constitucional, resolve boa parte das questões atualmente postas em Juízo. Vejamos algumas delas nos capítulos seguintes.

## 2. Abono de permanência para policiais militares

Conforme já assinalado no início do presente trabalho, o tratamento constitucional dado aos servidores públicos e aos militares é distinto. Analisemos então inicialmente o abono de permanência a partir desta premissa.

---

5 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

...

§ 9º – O tempo de contribuição federal, estadual ou municipal será contado para efeito de aposentadoria e o tempo de serviço correspondente para efeito de disponibilidade.

...

Art. 42 ... § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

O parecer PA n° 115/2007, da lavra do Procurador do Estado Dr. Mauro de Medeiros Keller, devidamente aprovado pela Procuradora do Estado Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, assentou a razão de existência do abono de permanência:

“APOSENTADORIA. ABONO DE PERMANÊNCIA. SERVIDORES EM ATIVIDADE. Têm direito ao abono de permanência (artigo 40, Par. 19 da Constituição Federal) os servidores que hajam completado os requisitos para a sua aposentadoria por qualquer dos sistemas previstos na Lei Maior – norma permanente e regras transitórias –, inclusive o inaugurado pela EC 47/2005, e permanecem em atividade, ainda que afastados do cargo efetivo em que titulados, uma vez que a “ratio” da norma constitucional, ao procurar manter em atividade os servidores que poderiam aposentar-se, é a de postergar o ingresso do servidor no sistema próprio de previdência, onerando este último o menos possível. Não fazem jus ao referido abono os inativos – aposentados e disponibilizados – e os que ocupam unicamente cargo em comissão. A concessão do abono depende de pedido, e o seu pagamento é devido a partir da data em que o interessado o solicita.”

A questão que então se coloca é saber se os militares também têm direito ao abono de permanência, tal como os servidores públicos. A resposta a essa questão só pode ser negativa.

O abono de permanência foi inicialmente previsto pela EC n° 20/98:

“Art. 3° – É assegurada a concessão de aposentadoria e pensão, a qualquer tempo, aos servidores públicos e aos segurados do regime geral de previdência social, bem como aos seus dependentes, que, até a data da publicação desta Emenda, tenham cumprido os requisitos para a obtenção destes benefícios, com base nos critérios da legislação então vigente.

§ 1° – O servidor de que trata este artigo, que tenha completado as exigências para aposentadoria integral e que opte por permanecer em atividade, fará jus à isenção da contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria contidas no art. 40, § 1°, III, “a”, da Constituição Federal.”

Note-se que o referido dispositivo determinou que a imunidade da contribuição previdenciária era devida aos “servidores públicos” e aos segurados do regime geral da previdência social, silenciando em relação aos “militares dos Estados e do Distrito Federal”.

A EC nº 41/03 alterou o regime jurídico do abono de permanência, que deixou de ser uma imunidade. Agora a contribuição previdenciária incide normalmente e, ao mesmo tempo, o servidor recebe um valor equivalente a título de abono de permanência em serviço:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

...

§ 19. O servidor de que trata este artigo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas no § 1º, III, a, e que opte por permanecer em atividade fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no § 1º, II.”

O referido artigo está no Título III, Capítulo VII, Seção II da Constituição Federal, que trata “Dos Servidores Públicos”. E não se aplica à Seção III, que trata “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

Não por acaso o abono de permanência não está previsto nas leis estaduais para os policiais militares. A Lei Complementar nº 943, de 23 de junho de 2003, prevê o abono de permanência tão somente para os servidores públicos, não para os militares. A disposição transitória da referida lei prevê o seguinte (g.n.):

“Artigo único – O servidor abrangido por esta lei complementar, que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária ou vier a completá-las, de acordo com a legislação vigente, e que permanecer em atividade no serviço público, ficará isento



do pagamento da contribuição previdenciária até a data da aposentadoria compulsória.”

Mas o militar não é o “servidor” mencionado no referido dispositivo. Isso em razão da matriz constitucional que rege a presente matéria e da interpretação sistemática do referido dispositivo. Com efeito, o art. 2º da mesma Lei Complementar nº 943/03 dispõe o seguinte (g.n.):

“Artigo 2º – São contribuintes obrigatórios:

I – os servidores públicos da Administração direta, do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e do Tribunal de Contas do Estado;

II – os servidores das autarquias, inclusive as de regime especial, não submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho;

III – os membros da Magistratura e do Ministério Público, bem como os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado;

IV – os militares da ativa do Estado;

V – os servidores pertencentes aos Quadros Especiais instituídos pelo artigo 7º da Lei nº 10.430, de 16 de dezembro de 1971, pelo artigo 7º da Lei nº 119, de 29 de junho de 1973, e pelo artigo 3º da Lei nº 6.470, de 15 de junho de 1989;

VI – os servidores extranumerários de que trata o artigo 324 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968;

VII – os servidores regidos pela Lei nº 500, de 13 de novembro de 1974;

VIII – os servidores em disponibilidade.

Parágrafo único – Na hipótese de acumulação remunerada, a contribuição será devida em relação a cada um dos cargos ou das funções-atividades ocupados.”

Como se vê, a própria Lei Complementar nº 943/03 trata de forma diferente os “servidores” e os “militares da ativa”. Se o legislador estadual quisesse ter conferido o abono de permanência aos militares, teria utilizado o termo “contribuinte” também na disposição transitória.

Mas assim não constou na referida lei, e, se assim tivesse constado, a lei seria inconstitucional, conforme já acima demonstrado.

Atualmente o abono de permanência está disciplinado pela Lei Complementar nº 1.012, de 5 de julho de 2007:

“Artigo 11 – O servidor titular de cargo efetivo que tenha completado as exigências para aposentadoria voluntária estabelecidas na alínea a, do inciso III, do § 1º, do art. 40 da Constituição Federal, ou que tenha cumprido os requisitos do § 5º do art. 2º ou do § 1º do art. 3º, ambos da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, e que opte por permanecer em atividade, fará jus a um abono de permanência equivalente ao valor da sua contribuição previdenciária até completar as exigências para aposentadoria compulsória contidas no inciso II do § 1º do artigo 40 da Constituição Federal.”

Na mesma LCE nº 1.012/07 existe um dispositivo que afasta qualquer dúvida a respeito de quem tem direito ao abono de permanência (g.n.):

“Artigo 13 – O disposto nesta lei complementar aplica-se aos servidores titulares de cargos efetivos da Administração direta e indireta, da Assembleia Legislativa, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e seus Conselheiros, além das Universidades, Defensoria Pública, Poder Judiciário e seus membros, e Ministério Público e seus membros, abrangidos pela Lei Complementar nº 1.010, de 1º de junho de 2007.

Parágrafo único – Aos servidores militares ativos, da reserva reformada e seus pensionistas aplicam-se somente as regras previstas nos artigos 8º e seguintes desta lei complementar.”

Apesar da impropriedade técnica deste dispositivo, que menciona “servidores militares”, ele é claro o suficiente para determinar que o abono de permanência previsto no art. 11 da LCE nº 1.012/07 não se aplica aos militares.

É oportuno salientar que a Lei Complementar nº 1.013, de 6 de junho de 2007, alterou diversos dispositivos da Lei nº 452/74, que trata de diversos temas de previdência dos policiais militares, também silenciando a respeito do abono de permanência.

Apesar de todos os argumentos ora alinhavados, os policiais militares continuam ingressando com ação judicial para pleitear o abono de

permanência. E o que é pior, a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça de São Paulo, baseada simplesmente no princípio da isonomia, está no sentido da concessão judicial do referido benefício<sup>6</sup>.

Apesar de minoritários, os julgados mais recentes do Tribunal de Justiça de São Paulo que albergam a tese ora defendida são apenas os seguintes (in [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)):

“Policial Militar – Abono de permanência – Emenda Constitucional n° 41/03 – Regime especial de previdência – Tendo a Emenda Constitucional n° 41/03 previsto a concessão do abono de permanência apenas aos servidores públicos civis e inexistindo previsão relativa à concessão do benefício na atual legislação que trata do regime especial de previdência dos policiais militares não faz jus o apelante ao abono de permanência – Recurso improvido.”

(Autos n° 0009854-73.2011.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Alves Bevilacqua, julgado em 13/03/2012).

“Servidores públicos estaduais – Prescrição – Súmula 85 do STJ – Policiais militares – Abono permanência Emenda Constitucional n° 41/03 que previu o benefício somente aos servidores públicos estaduais, nada mencionando quanto aos policiais militares. Sentença de improcedência. Recurso desprovido.”

(Autos n° 0036721-74.2009.8.26.0053, 4ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Ferreira Rodrigues, julgado em 14/05/2012).

“Servidor Público. Policiais militares ativos. Pretensão ao abono de permanência por terem preenchido os requisitos para a aposentadoria voluntária. Aplicação do artigo 2º, parágrafo 5º, da EC 41/03. Impossibilidade de extensão. Abono que é previsto

---

<sup>6</sup> A título de exemplos, v. autos n° 0046004-53.2011.8.26.0053, relator Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, julgado em 22/08/2012; autos n° 0019911-53.2011.8.26.0053, relator Desembargador Vicente de Abreu Amadei, julgado em 21/08/2012; autos n° 0009853-88.2011.8.26.0053, relator Edson Ferreira, julgado em 06/06/2012; autos n° 0018456- 53.2011.8.26.0053, relator Desembargador Aliende Ribeiro, julgado em 22/05/2012; dentre tantos outros (*in* [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)).

somente para os servidores públicos civis. Sentença de improcedência mantida. Recurso improvido.”

(Autos nº 0043122-55.2010.8.26.0053, 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relatora Desembargadora Vera Angrisani, julgado em 12/02/2012).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo é ainda mais preocupante porque o Supremo Tribunal Federal não tem conhecido recursos extraordinários que tratam dessa matéria, por entender que o direito discutido é local e a ofensa à Constituição é apenas indireta<sup>7</sup>.

Mas, diante de tudo quanto se afirmou, a concessão de abono de permanência aos policiais militares ofende diretamente a Constituição Federal, especialmente o art. 40, § 19, o art. 42 e o sistema próprio de previdência dos militares desenhado pelo legislador constituinte. E há inegável repercussão geral da matéria, pois são milhares os casos em todos os Estados da Federação, suplantando o mero interesse particular das partes envolvidas.

Os julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que aplicam singelamente o princípio da isonomia também ofendem o art. 97 da Constituição Federal, que prevê a cláusula de reserva de plenário para a declaração de inconstitucionalidade. Talvez esse seja um bom caminho para que a questão seja, enfim, decidida pelo Supremo Tribunal Federal.

A improcedência dos pedidos de abono de permanência para os policiais militares é a medida que mais se coaduna com o texto constitucional.

### **3. A inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários**

Outra questão que está sendo atualmente debatida no Poder Judiciário é a possibilidade de inscrever o menor sob guarda como dependente do policial militar para fins previdenciários. A Lei nº 452/74, na redação da LCE nº 1.013/07, dispõe quem são os dependentes do militar para fins de recebimento de pensão:

---

<sup>7</sup> ARE 703904/MA, relator: Min. Luiz Fux, julgado em 29/08/2012; RE 635072 AgR/MA, relator Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 08/05/2012; AI 843666 AgR/MA, relator Ministro Luiz Fux, julgamento em 06/09/2011; AI 811602 AgR/MA, julgado em 23/03/2011, relatora Ministra Carmen Lúcia (*in* www.stf.jus.br).

“Artigo 8º – São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão:

I – o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;

II – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar;

III – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar, e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I ou II deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo § 3º deste artigo.”

Mais adiante, a mesma Lei nº 452/74, também na redação da LCE nº 1.013/07, dispõe sobre os beneficiários da assistência médico-hospitalar e odontológica:

“Artigo 34 – São beneficiários obrigatórios da assistência médico-hospitalar e odontológica:

I – o cônjuge;

II – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar;”

III – (revogado pela LCE nº 1.013/07);

IV – revogado pela LCE nº 1.013/07);

IV – as filhas viúvas ou desquitadas, se inválidas e sem meios de subsistência;

V – a companheira do contribuinte solteiro, viúvo ou desquitado se com ele convive, há mais de cinco anos, dispensado o requisito de tempo, se dessa união houver filho;

VI – os pais do contribuinte, desde que vivam sob sua dependência econômica e não existam outros beneficiários obrigatórios;

VII – o esposo, desde que incapacitado para o trabalho, sem economia própria e não amparado por outro regime de assistência.

VIII – os pensionistas da CBPM, observado o limite de idade previsto no inciso II deste artigo. (Lei 1.069/76).”

Como se vê, por escolha do legislador, o menor sob guarda não foi incluído no rol dos dependentes e beneficiários. O regime de previdência, qualquer que seja, não pode acolher todos os indivíduos. É a simples aplicação do princípio da seletividade, conforme ensina Sergio Pinto Martins<sup>8</sup>:

“A seleção das prestações será feita de acordo com as possibilidades econômico-financeiras do sistema da Seguridade Social. Nem todas as pessoas terão benefícios: algumas os terão, outras não.”

Também há que se preservar o equilíbrio financeiro e atuarial do regime de previdência expressamente referido na Constituição Federal<sup>9</sup>. Marisa Ferreira dos Santos<sup>10</sup> vai ainda mais além:

“A nosso ver, a previdência social do servidor público não pode ser desvinculada do sistema da Seguridade Social, de modo que se submete aos mesmos princípios. Sendo assim, a regra do art. 195, § 5º, tem aplicação: nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.”

Mas não é só. Além da ausência de previsão da inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários na legislação estadual, a Lei Federal nº 9.717/98 dispõe expressamente o seguinte (g.n.):

“Art. 5º **Os regimes próprios de previdência social** dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Muni-

---

8 MARTINS, Sergio Pinto. *Fundamentos de Direito da Seguridade Social*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

9 Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

10 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito Previdenciário Esquemático*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 487.

cípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.”

E a Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.528/97, dispõe sobre os beneficiários do RGPS:

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

§ 1º A existência de dependente de qualquer das classes deste artigo exclui do direito às prestações os das classes seguintes.

§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica na forma estabelecida no Regulamento.

§ 3º Considera-se companheira ou companheiro a pessoa que, sem ser casada, mantém união estável com o segurado ou com a segurada, de acordo com o § 3º do art. 226 da Constituição Federal.

§ 4º A dependência econômica das pessoas indicadas no inciso I é presumida e a das demais deve ser comprovada.”

O artigo 5º da Lei 9.717/98 acima referido determina que o regime próprio de previdência social dos militares dos Estados não pode conceder benefícios distintos dos previstos no regime geral da previdência social.

O art. 16 da Lei nº 8.213/91 prevê o rol dos beneficiários do RGPS e, dentre eles, não mais está o menor sob guarda, apenas o menor sob tutela (v. § 2º). A redação atual deste dispositivo tem origem na Medida Provisória nº 1.523/96, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97.

Por essa razão, não há na legislação local a previsão de inclusão de menor sob guarda para fins previdenciários, pois esse benefício não está previsto para o RGPS e não pode ser concedido para o RPPM.

Ou seja, não só não há previsão da inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários na lei estadual, como também não é possível sequer a futura previsão, pois esse benefício não mais encontra correspondente na lei federal.

Conforme parecer PA n° 278/07, da lavra da Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pela Procuradora do Estado Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, o tema deve assim ser entendido:

“POLÍCIA MILITAR. CAIXA BENEFICENTE. REGIMES DE PENSÃO E DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E ODONTOLÓGICA. Lei estadual n.º 452, de 2 de outubro de 1974. Dúvidas decorrentes das alterações introduzidas pela LCE n.º. 1.013, de 6 de julho de 2007. ... O “menor sob guarda”, porque não incluído entre os beneficiários legais, não tem direito à pensão nem ao atendimento pelo sistema AMHO.”

Apesar de todos esses argumentos, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo está pacificada no sentido da possibilidade da inclusão do menor sob guarda para fins previdenciários<sup>11</sup>.

Os Desembargadores paulistas estão invariavelmente aplicando de forma equivocada o seguinte dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente:

“Art. 33.

...

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.”

---

<sup>11</sup> A título de exemplos, v. autos n° 0063866-58.2005.8.26.0114, relator Desembargador Luis Ganzerla, julgado em 14/05/2012; autos n° 0016580-31.2009.8.260248, relator Desembargador Sidney Romano dos Reis, julgado em 02/04/2012; autos n° 0017156-24.2009.8.26.0248, relator Aliende Ribeiro, julgado em 27/02/2012; autos n° 0002527-76.2009.8.26.0076, relator Desembargador Francisco Vicente Rossi, julgado em 21/02/2011; dentre tantos outros (*in* [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)).



Mas não há dúvida que o referido dispositivo encontra-se derrogado. As Leis nº 8.213/91 e 9.717/98 são posteriores e especiais em relação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, e devem assim prevalecer.

Em pesquisa de jurisprudência é possível verificar que os Tribunais de Justiça dos outros Estados da Federação estão em consonância com os argumentos ora expendidos e também com o referido parecer PA 278/07:

**“APELAÇÃO – FAMÍLIA E PREVIDENCIÁRIO – MENOR SOB GUARDA – NÃO INCLUSÃO NO ROL DE DEPENDENTES – LEI COMPLEMENTAR Nº 64/2002 – IPSEMG. A Lei Complementar nº 64/2002, que institui o regime próprio de previdência e assistência social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais e dá outras providências, não inclui a figura do menor sob guarda no rol de dependentes de segurado. A guarda, a tutela e a adoção são institutos diversos, razão pela qual não é correta a interpretação extensiva da Lei Complementar nº 64/2002.”**

Processo Ap Cível/Reex Necessário 1.0024.10.035211-1/001 0352111-27.2010.8.13.0024 (1)

Relator(a) Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade

Relator(a) para o acórdão Des.(a) Armando Freire

Órgão Julgador / Câmara Câmaras Cíveis Isoladas / 1ª CÂMARA CÍVEL

**REFORMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO E DERAM PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, VENCIDA A RELATORA**

Comarca de Origem: Belo Horizonte

Data de Julgamento: 01/11/2011

Data da publicação da súmula: 09/03/2012

(in [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br), g.n.)

**“APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. INCLUSÃO DE MENOR SOB GUARDA COMO DEPENDENTE PARA FINS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DA VERBA**

HONORÁRIA. POSSIBILIDADE. DEPENDÊNCIA. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. A dependência para fins de assistência à saúde, que não se confunde com a previdência para fins previdenciários, é regulada pela Lei Complementar Estadual nº 12.134/2004, a qual não prevê o menor sob guarda como um dos possíveis dependentes do segurado. Ausência de amparo legal que impede a concessão da dependência perseguida. Precedentes desta Corte. ...”

(Apelação e Reexame Necessário Nº 70021517693, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 26/09/2007)

(www.tjrs.jus.br, g.n.)

O Superior Tribunal de Justiça também já teve a oportunidade de apreciar a mesma matéria, inclusive em embargos de divergência, também decidindo de forma diversa do Tribunal de Justiça de São Paulo:

**“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PREVIDENCIÁRIO. MENOR SOB GUARDA. LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO.**

1. A redação original do § 2º do artigo 16 da Lei de Benefícios equiparava a filho o menor que, por determinação judicial, estivesse sob a guarda do segurado. Ocorre que, por força da Medida Provisória nº 1.523, de 14/10/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.528, de 10/12/1997, foi o menor sob guarda excluído da relação de dependentes.
2. De outra parte, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.060/1990) reza, no art. 33, § 3º, que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.
3. Diante desse conflito aparente de normas, o critério que melhor soluciona a controvérsia em exame é o da especialidade, ou seja, o diploma de regência do sistema de benefícios previdenciários, de caráter especial, deve prevalecer sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, este de caráter geral no confronto com aquele sobre o tema controvertido.

4. Assim, uma vez que o óbito do segurado instituidor, fato gerador do benefício, ocorreu em 4/5/1999 (fl. 90), vale dizer, após a modificação legislativa que excluiu o menor sob guarda do rol de dependentes de segurado da Previdência Social, incabível a concessão da pensão.
5. Entendimento firmado por este Colegiado, na sessão de 26/3/2008, no julgamento do EREsp nº 844.598/PI, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido.
6. Embargos de divergência acolhidos.”

EREsp 696299/PE

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP 2005/0082135-6

Relator(a) Ministro PAULO GALLOTTI (1115) Órgão Julgador S3 – TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 23/04/2008

Data da Publicação/Fonte DJe 04/08/2009

(in [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), g.n.)

Até que o Tribunal de Justiça de São Paulo melhor aprecie a questão, o exame da possibilidade de incluir o menor sob guarda para fins previdenciários deve necessariamente ser decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, tribunal competente para interpretar as leis federais em última instância e pacificar a jurisprudência dos tribunais locais.

#### **4. A reversão de quotas de pensão de policiais militares**

Partindo novamente da premissa de que o regime próprio de previdência dos militares tem tratamento constitucional diferenciado da previdência dos servidores públicos, é possível afirmar que todo e qualquer benefício previdenciário também deve contar com previsão legal específica.

Vejam agora então o direito à reversão de quota-parte de pensão de policiais militares. A Lei Estadual nº 452/74, que trata regime de pensão dos policiais militares, com as alterações da Lei Complementar nº 1.013/07, prevê a reversão de quota-parte tão somente na linha reta, ou seja, entre o cônjuge ou companheiro supérstite e os filhos do policial militar:

“Artigo 9º – Com a morte do militar, a pensão será paga aos dependentes mediante rateio, em partes iguais.

...

§ 5º – A perda da qualidade de dependente pelo pensionista implica a extinção de sua quota de pensão, admitida a reversão da respectiva quota somente de filhos para cônjuge ou companheiro ou companheira e destes para aqueles.

§ 6º – Com a extinção da última quota de pensão extingue-se o benefício.”

Artigo 10 – A perda da qualidade de dependente dar-se-á em virtude de:

I – falecimento, considerada para esse fim a data do óbito;

II – não cumprimento de qualquer dos requisitos ou condições estabelecidos nesta lei;

III – matrimônio ou constituição de união estável.

Parágrafo único – Aquele que perder a qualidade de dependente não a restabelecerá.”

Conforme Parecer PA nº 51/2010, da lavra do Procurador do Estado Dr. Elival da Silva Ramos, devidamente aprovado pela Procuradora do Estado Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, então chefe da Procuradoria Administrativa, o direito à reversão da quota-parte não exige que o filho do militar seja consanguíneo do cônjuge ou companheiro supérstite:

“PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSÃO MENSAL. Pensão por morte de policial militar partilhada entre a companheira, com quem manteve união estável, e filho proveniente de vínculo matrimonial precedente, extinto por divórcio. Perda da qualidade de dependente por parte do filho do autor da pensão, ao atingir 21 (vinte e um) anos de idade. Pedido de reversão de quota-parte formulado pela companheira-viúva indeferido no âmbito da SPPREV, sob o fundamento de que o § 5º, do artigo 9º, da Lei Estadual nº 452/74, com a redação que lhe conferiu a Lei Complementar nº 1.013/07, restringiria o benefício às relações consanguíneas (de filho para genitor ou genitora e vice-versa). Dispositivo legal de interpretação complexa, haja vista a equivocidade dos elementos gramatical, histórico, lógico-sistemático e finalístico. Norma de exceção e restritiva de direito que deve receber interpretação estrita e de sentido mais favorável à fruição

do benefício restringido, em cotejo com variante exegética que reduziria a abrangência da norma de exceção, aproximando-a da regra geral. A restrição a direitos deve provir de mandamento inequívoco, de acordo com postulados hermenêuticos aplicáveis à espécie. Pela revisão do ato indeferitório.”

Assim, não há direito de reversão de quota-parte de pensão na linha colateral, ou seja, entre irmãos ou entre genitores do policial militar. Simplesmente porque não há previsão legal. Se, por exemplo, dois irmãos estiverem recebendo pensão por morte de policial militar, falecendo um deles a pensão deste deve ser extinta, sem reverter a quota-parte ao irmão sobrevivente.

Todavia, não são poucos os casos em que os pensionistas não concordam com a simples extinção da pensão, sem a reversão da quota-parte. Eles acabam buscando o Poder Judiciário que, vez ou outra, ao arrepio da lei de regência, tem concedido a reversão em tais casos<sup>12</sup>.

De outro lado, cumpre ainda salientar que a redação original da Lei nº 452/74 não era tão clara e direta quanto a redação trazida pela LCE nº 1.013/07 e, assim, demandava uma conjugação de alguns dispositivos para se concluir que a reversão da quota-parte já não era possível na linha colateral:

“Art. 9o. – Por morte do contribuinte, adquirem direito à pensão instituída, na razão da metade, o cônjuge sobrevivente, e, pela outra metade, em partes iguais os filhos.

...

§ 2o. – Cessando o direito à pensão dos filhos do contribuinte, o benefício reverterá ao cônjuge sobrevivente, ressalvada a hipótese do artigo 10.

---

12 “PENSÃO POR MORTE Instituição do benefício por falecimento de ex-policial militar, em favor dos pais – Morte de um dos cônjuges. Pleito de reversão do benefício em sua integralidade ao cônjuge supérstite. Possibilidade Interpretação que deve pautar-se pelas finalidades da norma. Inteligência do disposto no artigo 5º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Prescrição do fundo de direito. Não aplicação. Exegese da Súmula nº 85 do Eg. STJ. Precedentes jurisprudenciais. Apelação não provida. Reexame necessário não provido.” (Autos nº 0021749-31.2011.8.26.0053, 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Fermino Magnani Filho, julgado em 16 de abril de 2012).

...

Art. 15 – Sobrevindo o falecimento de qualquer dos beneficiários observar-se-á o seguinte:

I – se o falecido for o cônjuge, sua pensão acrescerá em partes iguais, a dos filhos legítimos, legitimados, reconhecidos, enteados e adotivos, do contribuinte;

II – se o falecido for filho legítimo, legitimado, reconhecido, enteado ou adotivo, do contribuinte, a pensão reverterá ao cônjuge supérstite.

...

Art. 19 – Extingue-se o direito do beneficiário à percepção da pensão, além de nos casos expressamente previstos por esta lei:

I – por morte;”

Talvez por essa razão algumas reversões de quota-parte na linha colateral foram concedidas pela Administração de forma equivocada, sendo que tais atos administrativos precisam necessariamente ser invalidados, administrativa ou judicialmente, conforme veremos mais adiante.

## **5. As filhas solteiras e os filhos universitários**

As filhas solteiras e filhos universitários dos policiais militares estavam previstos na redação original da Lei nº 452/74 como beneficiários obrigatórios:

“Artigo 8º – São beneficiários obrigatórios:

...

II – os filhos varões, menores de 21 anos ou, se estiverem frequentando curso de nível superior, menores de 25 anos, bem assim os inválidos;

III – as filhas solteiras, menores de 25 anos, ou inválidas;

III – as filhas solteiras. (Lei nº 1.069/76).

...”

A LCE nº 1.013, de 6 de julho de 2007, alterou a redação do referido art. 8º da Lei nº 452/74:

“Artigo 8º – São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão:

- I – o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável;
- II – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar;
- III – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar, e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I ou II deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo § 3º deste artigo.”

Assim, com o advento da LCE nº 1.013/07, as filhas solteiras e os filhos universitários não são mais dependentes do policial militar para fins de recebimento de pensão por morte.

Mas mesmo antes da LCE nº 1.013/07, apesar da original previsão na Lei nº 452/74, as filhas solteiras e os filhos universitários de policiais militares não poderiam ser beneficiários de pensão por morte. Isso em razão do mesmo raciocínio desenvolvido no capítulo 3 deste trabalho, ou seja, ausência de correspondente previsão de tais beneficiários na Lei nº 8.213/91:

“Art. 5º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal.”  
(Lei nº 9.717/98)

“Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

- I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;
- II – os pais;

III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente;

(Lei nº 8.213/91, na redação da Lei nº 9.528/97)

Novamente é pertinente trazer à colação o parecer PA nº 278/07, da lavra da Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pela Procuradora do Estado Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves:

“POLÍCIA MILITAR. CAIXA BENEFICENTE. REGIMES DE PENSÃO E DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR E ODONTOLÓGICA. Lei estadual n.º 452, de 2 de outubro de 1974. Dúvidas decorrentes das alterações introduzidas pela LCE n.º 1.013, de 6 de julho de 2007. ... Regime de assistência médico-hospitalar e odontológica – AMHO. Pela alteração legislativa trazida pela LCE n.º 1.013/2007, as filhas solteiras e os filhos varões universitários entre 21 e 25 anos de idade deixaram de ser reconhecidos como beneficiários do sistema AMHO. Enquanto subsistir o sistema, há direito adquirido à assistência médica na data em que o militar for nele admitido, ou na data do nascimento do dependente, se a ela posterior. Deixando o servidor de integrar o sistema AMHO ou o beneficiário de observar as condições legais que autorizam seu atendimento pelo sistema, devem ser do mesmo desligados. ...”

A orientação contida no referido PA nº 278/07 é no sentido de que há direito adquirido tão somente à utilização da assistência médico-hospitalar, e não à pensão por morte. E isso apenas para aqueles que já estavam vinculados ao sistema AMHO antes da LCE nº 1.013/07.

Mas o parecer PA nº 15/2012, da lavra da Procuradora do Estado Dra. Marisa Fatima Gaieski, devidamente aprovado pela Procuradora Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, foi ainda mais incisivo, aplicando-se a tese da ausência de correspondência na Lei nº 8.213/91:

“SERVIDOR PÚBLICO. PENSÃO POR MORTE. FILHO UNIVERSITÁRIO. Vinte e um anos completos. Reinclusão procedida pela SPPREV com fundamento em frequência a curso universi-



tário (Educação Física). Idade limite atingida em 2008. Impossibilidade. Obediência ao princípio da legalidade. Comunicação formulada por terceiro acerca do término, pela beneficiária, em 2009, de outro curso universitário (Odontologia). O artigo 147, § 2º, da Lei Complementar nº 180/78 encontra-se suspenso pelo artigo 5º, da Lei nº 9.717/1998, nos termos do artigo 24, § 4º, da Constituição Federal. Invalidez do ato de reinclusão, que deverá ser anulado nos termos da Lei Estadual nº 10.177/1998, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório. Devolução das parcelas a critério do Governador do Estado.”

Embora o parecer PA nº 15/2012 tenha analisado o benefício de servidor público, não militar, o raciocínio é exatamente o mesmo, devendo ser também aplicado aos benefícios militares<sup>13</sup>.

## 6. A invalidação dos atos administrativos

Conforme desenvolvido nos capítulos 4 e 5 deste trabalho, os atos administrativos que concederam a reversão de quota-parte na linha colateral, a pensão por morte para filhas solteiras ou ainda a pensão por morte para filhos universitários precisam ser invalidados.

Não existem maiores problemas quando o ato administrativo foi praticado há menos de 10 anos, pois a invalidação pode ser feita de

---

13 Nesse sentido v. parecer CJ/SPPrev nº 273/12, da lavra da Procuradora do Estado Luciana Monteiro Claudiano, devidamente aprovado pelo Procurador do Estado Rafael Augusto Freire Franco: PREVIDÊNCIA SOCIAL. DIRETORIA DE BENEFÍCIOS MILITARES. CONSULTA, EM TESE, SOBRE A APLICABILIDADE DA LEI FEDERAL Nº 9.717/1998 E DO PARECER PA Nº 15/2012 AOS PENSIONISTAS DE MILITARES. ART. 5º DA LEI FEDERAL Nº 9.717/1998. ART. 24, § 4º DA CRFB. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DE ARTIGOS DA LEI ESTADUAL Nº 452/1974, EM SUA REDAÇÃO ORIGINAL. Suspensão da eficácia do art 8º, incisos II parte final e III, e dos arts. 13 e 14, todos da Lei Estadual nº 452/1974, pois contrastam diretamente com o teor do art. 5º, da Lei Federal nº 9.717/1998, que veda a instituição de benefícios diversos daqueles previstos no RGPS, por parte dos Regimes Próprios de Previdência Social dos servidores civis e dos militares dos Estados. AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Não se vislumbra inconstitucionalidade da Lei Federal nº 9.717/1998 frente ao comando ínsito no art. 42, § 2º, da Carta Constitucional. APLICABILIDADE DO PARECER PA Nº 15/2012. Malgrado o caso analisado pela Procuradoria Administrativa diga respeito a filho universitário da Diretoria de Benefícios Servidores Públicos – DBS, o mesmo raciocínio deve ser aplicado aos pensionistas de Policiais Militares, porquanto o fundamento é o mesmo. Precedentes: Parecer PA Nº 15/2012 e Parecer CJ/SPPREV nº 35/2012.

forma administrativa, nos termos da Lei Estadual nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998<sup>14</sup>.

A questão relevante é saber se, passado o prazo decadencial de 10 anos previsto na referida lei estadual, o ato administrativo pode ser invalidado judicialmente e, em caso positivo, em qual prazo.

Conforme parecer PA nº 148/2009, da lavra da Procuradora do Estado Dra. Dora Maria de Oliveira Ramos, devidamente aprovado pela Procuradora do Estado Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, o tema deve assim ser entendido:

“ATO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO. Prazo decadencial da Lei estadual n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998. Transcurso. Invalidação do ato na esfera judicial. Possibilidade. Aplicação do disposto no art. 205 c/c artigo 2.028 do Código Civil. Precedentes.

...

Assim, o prazo a ser considerado, em consequência, é o fixado no novo Código, tendo como termo inicial a data de sua vigência. Dessa forma, o Estado tem até 10 de janeiro de 2013 para questionar judicialmente os atos de complementação de aposentadoria atacados nestes autos, com base no art. 205 c/c artigo 2.028 do Novo Código Civil.”

O referido parecer PA nº 148/2009 tem embasado o ajuizamento de diversas ações judiciais de invalidação de atos administrativos, tais como os que concederam a reversão de quota-parte de pensão de militar na linha colateral<sup>15</sup>.

A atual proximidade com o prazo fatal mencionado no referido parecer, 10 de janeiro de 2013, demanda especial atenção para que não haja a “confirmação” de atos administrativos inválidos, segundo a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>16</sup>:

---

14 “Artigo 10 – A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando:

I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção; ...”

15 A título de exemplos, v. autos nº 0038036-35.2012.8.26.0053, 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, e autos nº 0038037-20.2012.8.26.0053, 6ª Vara da Fazenda Pública da Capital, in [www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br).

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 248.

“... Outra hipótese de confirmação é a que ocorre em decorrência da prescrição do direito de anular o ato. Seria uma confirmação tácita, ou seja, uma confirmação pelo decurso de tempo. Aqui não há propriamente renúncia da Administração, mas impossibilidade decorrente da prescrição.”

Todas essas novas diretrizes jurídicas corretamente traçadas pela Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo vão acarretar inúmeras ações judiciais. Muitos dos benefícios que ainda serão anulados administrativamente serão impugnados pelos interessados no Judiciário. Outros tantos benefícios, em razão do prazo já decorrido, deverão ser necessariamente anulados judicialmente.

Não é difícil prever um significativo aumento da litigiosidade nessas específicas questões de direito previdenciário. Mas os argumentos jurídicos constantes nos pareceres da Procuradoria Administrativa e ora também alinhavados são suficientes para defender a invalidação desses atos administrativos.

## **7. Conclusão**

Apesar do tempo já decorrido desde a promulgação da Constituição Federal, e mais ainda especificamente desde o início da vigência da EC n 19/98, ainda existe um grande trabalho a ser desenvolvido perante o Poder Judiciário.

Aos juízes e desembargadores deve ser demonstrada a existência de um regime próprio de previdência dos militares, que é apartado do regime também próprio de previdência dos demais servidores públicos.

É, pois, a própria Constituição Federal que prevê e justifica o regime de previdência diferenciado. O critério discriminador utilizado pelo legislador, que por vezes prevê benefícios para servidores públicos e silencia em relação aos militares, é absolutamente compatível com o texto constitucional.

Esse raciocínio, aparentemente simples, diga-se uma vez mais, é suficiente para solucionar boa parte das questões atuais do regime próprio de previdência dos militares do Estado de São Paulo.

Ademais, toda a experiência da área da Consultoria Geral, especialmente da Procuradoria Administrativa prestigiada neste trabalho,

deve ser sempre considerada pela área do Contencioso Geral, de forma a aprimorar a defesa judicial do Estado de São Paulo e também da São Paulo Previdência.

## **8. Referências**

BALERA, Wagner. Direito previdenciário. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Fundamentos de Direito da Seguridade Social. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquematizado. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

# O princípio da autonomia universitária na prática da administração pública: os limites do controle interno

Dora Maria de Oliveira Ramos<sup>1</sup>

1. Introdução. 2. Autonomia e autarquia de regime especial. 3. A autonomia antes de 1988. 4. A autonomia na Constituição de 1988. 5. Autonomia e atividade de controle da Administração. 6. Conclusão.

---

**Resumo:** O presente trabalho insere a questão da autonomia universitária, prevista no artigo 207 da Constituição Federal, no contexto do poder de controle que a Administração direta exerce sobre seus entes descentralizados, traçando as balizas para identificação de seus limites. A conclusão é a de que deve haver uma mútua compreensão da extensão dessa autonomia, que minimiza as interferências do poder central, mas não elimina o dever do gestor universitário de prestar contas e de agir com os cuidados próprios de um bom administrador.

**Palavras-chave:** Autonomia Universitária. Autarquia de regime especial. Controle.

---

1. A Constituição Federal de 1988 constitucionalizou o princípio da autonomia universitária ao dispor no *caput* do artigo 207 que “as

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Ocupa atualmente o cargo de Procuradora do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa. Especialista em Direito Civil, Mestre e Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito do Estado da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado.

universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

A correta inteligência da extensão desse princípio quando de sua aplicação prática cria, por vezes, uma zona de divergência entre o sentido admitido pela Administração pública centralizada e a conotação a ele atribuída pelas universidades públicas.

A tentativa de diminuir a zona de incertezas em meio a esse quadro é a proposta deste trabalho. Para tanto, este estudo usará como fonte de reflexão situações concretas em que o tema da autonomia universitária colocou-se no curso da prática vivenciada pela Administração pública.

O tema é amplo. Este trabalho circunscreve seus esforços à questão dos limites do controle exercido pela Administração direta sobre as universidades. O desafio é identificar até que ponto, escorado na autonomia, o administrador universitário pode deixar de observar diretrizes oriundas do poder central.

As questões que serão suscitadas foram estudadas no âmbito da Procuradoria Administrativa. Passaram, portanto, em seu contexto, pela análise crítica da homenageada desta obra, Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, que, ao longo de seu exercício profissional, chefiou o órgão com extrema competência e espírito público. Pretende este artigo preservar o olhar percuciente e crítico que a homenageada sempre manteve sobre as questões que examinou, fazendo prevalecer o interesse público e o senso de justiça, próprios de seu caráter e de sua conduta profissional.

2. No direito brasileiro as universidades têm sido criadas como autarquias de regime especial. As autarquias, como é de sobejo conhecimento, são entes da Administração criados por lei e dotados de personalidade jurídica de direito público e poder de autoadministração, que lhes garante relativa capacidade de autogestão<sup>2</sup>.

---

2 A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa que “se deve evitar o termo autonomia, em relação às autarquias, porque estas não têm o poder de criar o próprio direito, mas apenas a capacidade de se autoadministrar a respeito das matérias específicas que lhes foram destinadas pela pessoa pública política que lhes deu vida.”. *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 486.

A expressão “autarquia de regime especial”, em si mesma considerada, não é um conceito que tenha um sentido próprio, que represente em abstrato um conjunto de características predeterminadas. O conteúdo preciso do que caracteriza o “regime especial” de uma dada autarquia deve ser entendido no contexto da própria lei que a criou. É a lei de criação que, ao dispor sobre seu objeto e instrumentos de atuação, definirá o regime especial que dá vida à autarquia.

No caso das autarquias educacionais, as características da especialidade do regime foram construídas pela doutrina, a partir dos textos legislativos.

Em matéria de universidades, o regime especial está diretamente associado à autonomia universitária e seu sentido deve ser examinado no contexto da legislação ordinária que regula o Ensino Superior, além de coejado à luz da própria norma constitucional que definiu dita autonomia.

A autonomia reconhecida constitucionalmente às universidades objetiva instrumentalizar a liberdade para a transmissão do conhecimento, reconhecida como o bem maior a ser alcançado. Em consequência, o foco da autonomia universitária está na autonomia didático-científica, constituindo as demais facetas do direito caráter meramente instrumental.

Referida autonomia didático-científica, razão de ser do instituto, abrange “a capacidade de organizar o ensino, a pesquisa e as atividades de extensão”. Exemplificando esse conteúdo, arrola Nina Ranieri, em pioneira monografia sobre o tema, que a atividade envolve: “a) a criação, a modificação e a extinção de cursos (graduação, pós-graduação, extensão universitária); b) a definição de currículos e a organização dos mesmos, sem quaisquer restrições de natureza filosófica, política ou ideológica, observadas as normas diretivo-basilares que informam a matéria; c) o estabelecimento de critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, inclusive no que concerne a regimes de transferência e adaptação; d) a determinação da oferta de vagas em seus cursos; e) o estabelecimento de critérios e normas para avaliação do desempenho dos estudantes; f) a outorga de títulos correspondentes aos graus de qualificação acadêmica; g) a possibilidade de experimentar novos currículos e fazer experiências pedagógicas”.<sup>3</sup>

---

3 Nina Ranieri, *Autonomia Universitária*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 117/118.

Sobre a autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial mais se falará ao longo do texto.

3. Apenas com a Constituição de 1988 a autonomia foi alçada a preceito constitucional. Até então o tema era de base infralegal. Ocorre que as bases legais sobre as quais edificado o conceito não garantiam a solidez do instituto. O fundamento da autonomia alicerçado no velho Estatuto das Universidades Brasileiras, Decreto nº 19.851, de 11 de abril de 1931, reconhecia uma autonomia administrativa, didática e disciplinar, dentro de estreitos limites.

O artigo 9º do decreto referido concedia a autonomia<sup>4</sup>, mas, no mesmo momento, já traçava seu limitador, ao dispor no parágrafo único que “nas universidades oficiais, federais ou estaduais, quaisquer modificações que interessem fundamentalmente à organização administrativa ou didática (...) só poderão ser efetivadas mediante sanção dos respectivos Governos, ouvido o Conselho Nacional de Educação”.

Posteriormente a questão foi regulada de forma mais precisa na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e na Lei nº 5.540, de 28 de novembro de 1968, que proclamavam a autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar das universidades, “na forma da lei e de seus estatutos” (nos termos do art. 3º da Lei nº 5.540/1968).

4. Na Constituição de 1988, o artigo 207 deu novo status ao tema, resolvendo muitas das inseguranças então existentes. A autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial restaram, então, expressamente asseguradas pelo texto constitucional federal. Em São Paulo, a questão foi tratada no artigo 254 da Constituição do Estado que, ao reafirmar o princípio autonômico, previu a participação da sociedade “por meio de instâncias públicas externas à universidade, na avaliação do desempenho da gestão dos recursos”..

O quadro normativo do tema se completa com a atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, também asseguradora da autonomia universitária (arts. 53 e 54).

---

4 Artigo 9º – As universidades gozarão de personalidade jurídica e de autonomia administrativa, didática e disciplinar, nos limites estabelecidos pelo presente decreto, sem prejuízo da personalidade jurídica que tenha ou possa ser atribuída pelos estatutos universitários a cada um dos institutos componentes da universidade”.



Com o assento constitucional da matéria, ressaltam os autores que o princípio da autonomia restou fortalecido, impondo uma diretriz que não pode ser limitada pelo legislador ordinário. André Ramos Tavares, por exemplo, afirma que com a constitucionalização do princípio, o espaço de atuação do Poder Legislativo foi limitado de forma acentuada e que a autonomia assumiu um patamar que a torna imune ao legislador infraconstitucional<sup>5</sup>.

Também Maria Garcia ressalta a impossibilidade de a lei ordinária limitar a autonomia constitucional concedida pela Lei Maior, ao observar que a autonomia, a partir de sua blindagem constitucional, “não suporta qualquer delineamento, qualquer classificação, extensão ou constrição que lhe advenha da normação infraconstitucional (será como definir *soberania, cidadania, democracia*, etc. via lei ordinária, mediante gradações, classificações, adjetivações)”<sup>6</sup>. Afinal, como conclui a autora, “autonomia é assunto que à lei ordinária não compete adentrar”.

O debate que tem sido travado, dada a generalidade da norma, é o de traçar os limites da autonomia. O primeiro aspecto a ser discutido na delimitação da extensão do dispositivo constitucional é que se trata de norma de eficácia plena e, portanto, de aplicação imediata. Nesse sentido a reiterada doutrina que vem se desenvolvendo sobre a matéria<sup>7</sup>.

A partir dessa certeza, afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz que a norma constitucional estabelece o conteúdo da autonomia das universidades, sem condicioná-lo à lei. Não há necessidade de lei integrativa para aplicar ou definir a autonomia, que será exercida “nos termos da Constituição e não nos termos da lei”<sup>8</sup>.

---

5 Desdobramentos da norma constitucional da autonomia universitária. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 8, n. 32, p. 193-198, jul./set. 2000.

6 Autonomia universitária e os centros universitários. Inconstitucionalidades da nova lei de diretrizes e bases da educação. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo, vol. 7, n. 29, p. 37-43, out./dez. 1999.

7 Anna Cândida da Cunha Ferraz. A autonomia universitária na Constituição de 5.10.1998. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. especial, p. 87-124, set. 1998; Nina Ranieri. *Autonomia Universitária*. São Paulo: Edusp, 1994, p. 106; Giuseppe da Costa. Autonomia universitária: limites jurídicos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 22, n. 91, p. 126-134, jul./set.1989.

8 Ob. cit., p. 96-97.

Essa relativa independência da lei e vinculação direta ao texto constitucional não significa a possibilidade do exercício incondicionado dessa autonomia, com violação da ordem jurídica.

Nenhuma dúvida subsiste de que a autodeterminação e a autonomia reconhecidas às universidades devem ser exercidas em conformidade com o ordenamento jurídico, na medida em que o gestor da universidade não tem qualquer licença constitucional para deixar de cumprir a lei em nome da autonomia outorgada<sup>9</sup>.

No entanto, a lei não poderá restringir a amplitude do que o legislador constitucional assegurou.

Anna Cândida da Cunha Ferraz, talvez a constitucionalista nacional que mais tem se dedicado ao tema, ressalta que os limites à autonomia universitária devem ser buscados na lei constitucional, na medida em que “os limites que se podem opor à autonomia universitária têm como sede única a própria Constituição Federal”.

No contexto dessa lição, a extensão da autonomia é definida com fundamento no texto constitucional, “independentemente da previsão ou disciplina de qualquer legislação hierárquica inferior. Impõe-se, portanto, registrar: onde não houver proibição, vedação ou limitação constitucional, há de imperar o princípio autonômico.”<sup>10</sup>.

Como consequências da inserção constitucional do tema, aponta Anna Cândida da Cunha Ferraz que as “leis que, de qualquer modo, alcancem as universidades, não podem ter como objetivo ou finalidade conceder ou restringir sua autonomia. Toda e qualquer lei que abrigue normas relativas à universidade, ou a ela se dirijam, deve se conter nos limites da Constituição e dispor sobre a matéria própria da vida legislativa de modo “adequado”, “razoável e “proporcional”, a fim de não frustrar a garantia institucional da autonomia; o conteúdo e os limites à autonomia constitucional são postos pelo constituinte originário na Constituição Federal e somente estes são admissíveis na vida do instituto; a autonomia universitária é exercida dentro dos limites da Constituição; onde a Cons-

---

<sup>9</sup> Nesse sentido, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover. A autonomia universitária e a criação de cursos na área da Saúde. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 91, n. 329, p. 163-170, jan.fev. 1995.

<sup>10</sup> Ob. cit. 98.

tuição não estabelece limites, a lei não pode estabelecê-los também. (...) finalmente, a inclusão, no texto constitucional, do princípio da autonomia universitária como garantia institucional implica a derrogação de toda a legislação ordinária que com ela seja inconciliável.”<sup>11</sup>

O Estado de São Paulo, pretendendo dar à proclamada autonomia universitária caráter de efetividade, regulou no Decreto Estadual n.º 29.598, de 2 de fevereiro de 1989, que parcela da arrecadação do ICMS seria destinada às Universidades, para que esse valor pudesse ser gerido de forma autônoma. As leis orçamentárias subsequentes têm preservado o mesmo princípio, assegurando percentual de arrecadação do ICMS a ser aplicado pelas universidades na gestão do ensino público de nível superior.

Dispôs o art. 3º do referido decreto que “o Conselho de Reitores das Universidades Estaduais Paulistas baixará normas adicionais fixando os critérios de execução orçamentária das Universidades do Estado de São Paulo, incluindo os relativos à política salarial de seu pessoal docente, técnico e administrativo, observado não só o limite financeiro estabelecido neste Decreto como o disposto no artigo 37 da Constituição da República ( ... )”.

O regime especial que se atribui às universidades públicas decorre da propalada autonomia constitucional que dá ao ente uma especificidade que o retira da vala comum das demais autarquias. Não se pode, assim, pretender que às universidades sejam pura e simplesmente aplicadas as mesmas normas a que se submetem as autarquias de regime comum. Essa dicção levaria ao paradoxo de esvaziar o “regime especial” de qualquer significado lógico e prático.

O próprio Decreto-lei complementar estadual n.º 7, de 6 de novembro de 1969, ao disciplinar as entidades da administração descentralizada, reconhece a especificidade própria das universidades, ao excluir de seu âmbito de aplicação a quase totalidade das normas aplicáveis às demais entidades da Administração indireta (art. 30).

Assim, Anna Cândida da Cunha Ferraz, ao admitir a disciplina legal complementar ou os desdobramentos legislativos necessários ao funcionamento da universidade, menciona a possibilidade de criação de

---

11 Ob. cit. 103-104.

“sistemas de controle e tutela específicos dos entes autárquicos universitários”, fixados por “regras diretivas e básicas para o desenvolvimento do respectivo sistema de ensino superior”.

A razão de ser da autonomia universitária, como antes apontado, está ligada à desejada liberdade para a transmissão do conhecimento, relacionando-se, pois, com a autonomia didático-científica. Não menos importância assumem, porém, a autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial, na medida em que constituem instrumento de atuação para a plenitude da autonomia.

O Supremo Tribunal Federal já assinalou que a capacidade de autogestão financeira “é intrínseca à autonomia prevista”, o que parece evidenciar seu caráter instrumental<sup>12</sup>.

Em seu voto, o Relator, Ministro Soares Muñoz, assinalou que “a autonomia financeira assegurada às universidades visa proporcionar-lhes a autogestão dos recursos postos à sua disposição e à liberdade de estipular, pelos órgãos superiores de sua administração, como acentua o Professor Caio Tácito(...), a partilha desses recursos de modo adequado ao atendimento da programação didática, científica e cultural; em suma, a aprovação de seu próprio orçamento”.

A autonomia de gestão financeira e patrimonial atribui às universidades, concretamente, os meios necessários para exercer a gestão de sua atividade, dispondo de seus recursos financeiros. Assim, além de ter o direito de receber recursos em montante suficiente para atender às suas finalidades, podem elas dispor desses recursos, adotando os meios legalmente admitidos para atingir seus fins.

A autonomia administrativa reconhecida às universidades, na lição de Anna Cândida, consiste “no poder de autodeterminação e autonomia relativos à organização e funcionamento de seus serviços e patrimônios próprios, inclusive no que diz respeito ao pessoal que deva prestá-los, e à prática de todos os atos de natureza administrativa inerentes a tais atribuições e necessários à sua própria vida e desenvolvimento. Tais poderes deverão ser exercidos sem ingerência de poderes estranhos

---

12 RE 83.962-SP, Primeira Turma, Rel. Min. Soares Muñoz, j. 17.4.1979, DOU 4.5.1979.

à universidade ou subordinação hierárquica a outros entes políticos, ou administrativos. Consiste, pois, na autonomia de meios para que a universidade possa cumprir sua autonomia de fins”<sup>13</sup>.

Destaque-se, dessa forma, que a universidade tem poder de auto-normação, produzindo, nos limites constitucionais, o direito a ela aplicado com relação às questões que lhe são peculiares.

E a força desse poder autônômico é de grandeza tal que Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tempo da redação original do artigo 37, I, da CF/88, que somente admitia o acesso aos cargos, empregos e funções públicas aos brasileiros que preenchessem os requisitos estabelecidos em lei, sustentava que, por meio de seus estatutos e regimento, a Universidade de São Paulo poderia estabelecer as hipóteses e condições em que a admissão de professores estrangeiros seria realizada, quando necessária ao desenvolvimento das atividades universitárias<sup>14</sup>.

5. A definição dos limites dessa autonomia administrativa e de gestão financeira e patrimonial genericamente reconhecida pelo texto constitucional, no entanto, é questão por demais controvertida. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “o princípio da autonomia das universidades (CF, art. 207) não é irrestrito, mesmo porque não cuida de soberania ou independência, de forma que as universidades devem ser submetidas a diversas outras normas gerais previstas na Constituição, como as que regem o orçamento (art. 165, § 5º, I), a despesa com pessoal (art. 169), a submissão dos seus servidores ao regime jurídico único (art. 39), bem como as que tratam do controle e da fiscalização” (Adin n. 1.599-1, medida liminar, rel. Min. Maurício Corrêa, 1- 26.2.98, DOU 18.5.2001).

O mesmo Supremo Tribunal Federal também já decidiu que o gestor da universidade, porque limitado pelo ordenamento jurídico e submetido aos princípios regedores da Administração Pública, não pode estender administrativamente decisão judicial, concedendo benefício remuneratório a seu pessoal, se a jurisprudência, posteriormente à decisão estendida, firmou-se em sentido contrário. Para correção do ato contes-

---

13 Ob. cit., p. 109-110.

14 Contratação de professores estrangeiros perante a Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n .97,., p.76-80, jan./mar.91.

tado, reconheceu o STF a submissão do gestor universitário à diretriz oriunda do poder central. Nessa oportunidade firmou o Pretório Excelso o entendimento de que “não há ilegalidade nem violação da autonomia financeira e administrativa garantida pelo art. 207 da Constituição no ato do Ministro da Educação que, em observância aos preceitos legais, determina o reexame de decisão de determinada Universidade, que concedeu extensão administrativa de decisão judicial”. É que, como ali decidido, “As Universidades Públicas são dotadas de autonomia suficiente para gerir seu pessoal, bem como o próprio patrimônio financeiro. O exercício desta autonomia não pode, contudo, sobrepor-se ao quanto dispõem a Constituição e as leis”<sup>15</sup>.

Como se vê, o gestor da universidade não está autorizado a dispor de seus poderes de gestão de forma desarrazoada e contrária ao direito. Ele está submetido à lei e deve reconhecer esses limites. Vale dizer, a autonomia não autoriza o gestor da universidade a adotar atos contrários ao bom direito.

Esse é o limite do gestor universitário. Resta definir o limite do poder de controle exercido pela Administração direta sobre as universidades.

Como se sabe, como instrumento para consecução de suas finalidades, a Administração Pública, além de valer-se de órgãos próprios integrantes de seu poder central, cria entes personalizados que compõem a Administração Indireta, num processo doutrinariamente denominado de descentralização administrativa por serviços.

Ainda que não se cogite da existência de hierarquia entre o ente descentralizado e o Chefe do Poder Executivo, há reconhecido poder de tutela deste sobre aquele, na forma delineada pela lei.

A tutela administrativa, define Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é “a fiscalização que os órgãos centrais das pessoas públicas políticas (União, Estados e Municípios) exercem sobre as pessoas administrativas descentralizadas, *nos limites definidos em lei*, para garantir a observância da legalidade e o cumprimento das suas finalidades institucionais”<sup>16</sup>. Pode ser preventiva ou repressiva, “conforme se exerça antes ou depois da prática

---

15 *Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 544.

16 *Direito Administrativo*, p. 544.

do ato; de legitimidade ou de mérito, segundo examine a conformidade com a lei ou apenas aspectos de oportunidade e conveniência”<sup>17</sup>.

No exercício dessa fiscalização, o Decreto-Lei Complementar n.º 7/1969 autoriza o Estado de São Paulo a exercer sobre os entes descentralizados tanto o controle de resultados (artigo 5º), quanto o controle de legitimidade (artigos 6º e 7º). Nos termos do artigo 7º, inciso I, desse diploma “o controle de legitimidade será exercido através da Auditoria da Secretaria da Fazenda, à qual competirá verificar: I – a legitimidade dos atos relativos à despesa, à receita e ao patrimônio, bem assim e especialmente os referentes a pessoal, material e transportes”.

Embora a doutrina condicione o controle do ente descentralizado aos termos da lei, Celso Antônio Bandeira de Mello, depois de reiterar esse entendimento, observa que se “admite, em circunstâncias excepcionais, perante casos de descalabro administrativo, de graves distorções no comportamento da autarquia, que a Administração Central, para coibir desmandos sérios, possa exercer, mesmo à falta de disposição legal que a instrumento, o que denominam de tutela extraordinária”<sup>18</sup>.

Se assim é, *ainda que reconhecendo os limites da atuação da Administração Centralizada*, não se pode conceber um sistema em que os entes descentralizados fiquem totalmente distantes de uma unidade de atuação ditada pelo Chefe do Poder Executivo, a quem compete a direção superior da administração estadual (Constituição do Estado, artigo 47, II).

Ademais, a Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, ao estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, inclui nas referências feitas ao Estado as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes (artigo 1º, § 3º, I, “b”). Em consequência, nos limites a serem observados pelo Estado incluem-se os gastos feitos pelas universidades, o que evidencia a necessidade concreta da manutenção de controles de gastos, e também autoriza a preocupação do Chefe do Poder Executivo de manter uma atuação uniforme e coordenada dos entes descentralizados.

---

<sup>17</sup> *Direito Administrativo*, p. 544.

<sup>18</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 151.

Ocorre que a submissão das universidades ao poder diretivo do Chefe do Executivo se mostra muito mais tênue do que aquele exercido por essa autoridade sobre os demais entes descentralizados.

Como assinala Giuseppe da Costa, não se pode imaginar a existência de um ente da Administração “que fuja integralmente à autoridade do seu dirigente maior”<sup>19</sup>. No âmbito das universidades, essa presença marcante do Chefe do Poder Executivo surge, por exemplo, na escolha do Reitor, realizada pelo Senhor Governador do Estado a partir de lista tríplice elaborada pelas instâncias democráticas do próprio ente.

A questão a ser examinada é se poderia um órgão de controle interno do Estado, com poderes de verificação da regularidade das atividades desenvolvidas por órgãos e entidades da Administração direta e indireta; de apuração da conduta funcional de agentes públicos e de análise e elaboração de propostas para aperfeiçoamento dos sistemas gerenciais e de informações da Administração pública, interferir na gestão de contratos da universidade. A questão aqui não é de saber se o Poder Executivo tem meios de investigar e coibir atos contrários ao direito que tenham sido perpetrados no âmbito da universidade, mas, sim, de definir se poderia a Administração direta constranger a universidade a adotar diretrizes governamentais de renegociação generalizada de contratos, com o objetivo de inserir-se nos esforços do Governo para reduzir os custos da máquina administrativa.

A hipótese que se está a tratar não pressupõe, repita-se, a existência de atos potencialmente ilegais e caracterizadores de improbidade no trato da coisa pública a serem coibidos, hipótese em que se passaria a estudar formas de exercício de um poder-dever de agir para sanar a irregularidade e punir os agentes responsáveis.

A questão que se coloca é diversa. A renegociação de valores contratuais reflete opção administrativa de diminuição de custos. No caso concreto, a partir do levantamento de todos os ajustes firmados pela Administração, estabeleceram-se médias de preços pagos pelo Poder Público, considerando-se os diferentes objetos contratados.

---

19 Ob. cit. p. 131.



Por essa postura gerencial, a Administração constatou que idêntico objeto era contratado por valores muito díspares por diferentes órgãos e entidades. Embora provenientes de processos licitatórios, em que o procedimento público de competição legitimou os custos contratados, percebeu a Administração que gerenciando esses dados poderia renegociar os contratos com os fornecedores de bens e serviços, rescindindo ou não renovando os ajustes sempre que os contratados se mostrassem inflexíveis na negociação. Dessa forma, pelas notícias veiculadas, enormes recursos puderam ser economizados ao longo do tempo. A cessão desses dados às universidades pode produzir no seu âmbito idênticos benefícios.

Note-se, no entanto, que todo esse procedimento de renegociação não decorre da constatação de irregularidades nos procedimentos licitatórios. Aliás, se irregularidades forem encontradas, é hipótese de anulação dos ajustes e responsabilização dos agentes e não de renegociação de valores. O sistema objetivado por essa atuação apenas permite a adoção de instrumentos que revistam a Administração de maior poder de negociação sobre os contratados, a partir de informações gerenciais.

Por todo o exposto, tendo em vista a autonomia universitária e a consequente inexistência de poder hierárquico ou disciplinar a ser exercido pela Administração direta sobre as universidades, não parece razoável supor que estas estejam obrigadas a cumprir qualquer diretriz de renegociação dos contratos que não se enquadrem em determinada média apurada pela Administração.

Essa questão envolve mérito de gestão administrativa, alçada sobre a qual incide a autonomia universitária.

O administrador público da universidade também está obrigado a atuar com eficiência, aplicando os recursos públicos com responsabilidade. Nesse sentido, v.g., está submetido ao controle do Tribunal de Contas que, dentre outros aspectos, avaliará a economicidade dos ajustes firmados.

Assim, embora se reconheça a necessidade de controle institucional das universidades, não há dúvida que as especificidades próprias desses entes fazem com que os mecanismos de controle sobre eles exercidos guardem peculiaridades próprias.

No contexto das questões até aqui examinadas pode-se afirmar que as normas dos artigos 15<sup>20</sup> a 17<sup>21</sup> do DLC n. 7/1969 não têm aplicação às universidades públicas, ou por força do art. 30<sup>22</sup> do mesmo diploma legal, ou por não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, que garante a autonomia.

Nesse sentido, analisando questão relativa à autonomia financeira da Universidade de São Paulo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não aplicação à universidade da norma do art. 15, II, do DLC estadual n. 7/1969, assinalando que: “A exemplo dos entendimentos contrários, também entendemos que a questionada norma legal não se aplica à recorrente, sob pena de ser desvirtuada a sua autonomia financeira, prevista não só em normas federais, como também nas estaduais. ( ... ) A recorrente é uma autarquia estadual. Mas, não faz parte daquele conglomerado referente ao serviço descentralizado do Estado, na sua forma comum. A própria Lei federal n.º. 5.540/68, em seus arts. 4º e § único, declara que ela é uma autarquia de regime especial, a qual obedecerá às peculiaridades indicadas. Sendo assim, inútil o esforço do acórdão recorrido para sujeitá-la aos ditames legais relativos à autarquia de regime comum.”

Ficou registrado nessa decisão que “os artigos 15, n.º. II, e 30 do Decreto-lei Complementar n.º 7, pela forma como os aplicou a resolu-

---

20 Art. 15. “Serão submetidos à aprovação do Governador, além dos atos atribuídos à sua competência por disposições constitucionais ou de leis federais: I – os planos e programas de trabalho; II – os orçamentos de custeio e de capital e as respectivas alterações; III – a programação financeira anual relativa a despesas de investimentos, que será estabelecida de acordo com as normas fixadas para o desembolso de recursos orçamentários pela Secretaria da Fazenda; IV – os regulamentos e regimentos internos; V – a definição de frotas de veículos a serem utilizados; VI – a aquisição de equipamentos de processamento de dados; VII – as tabelas de preços de produtos, serviços e operações, quando no interesse do serviço público, lhes for determinado.”

Art. 16. Serão submetidos à aprovação do Secretário de Estado a que estiver vinculada a autarquia: I – os atos que devam ser definitivamente aprovados pelo Governador. II – a realização de despesas, as compras e as contratações de serviços, especialmente, quanto a estas últimas, as de publicidade e de execução de obras, desde que, em qualquer hipótese, excedam o montante fixado por decreto, exceto no caso de autarquias que não dependam de subvenção do Estado.

21 Art. 17. “A Secretaria de Estado a que estiver vinculada a autarquia e a Secretaria da Fazenda, em matéria de sua competência, poderão requisitar documentos e informações necessários ao controle de resultados”.

22 Art. 30. “As normas deste decreto-lei não se aplicam às universidades, com exceção do disposto nos artigos (...) 15, incisos II, III e IV, 17 (...) deste decreto-lei”.

ção do Tribunal de Contas do Estado, vulneram o art. 3º da Lei Federal nº. 5.540, de 1968”<sup>23</sup>.

Como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Adin nº. 1.599-1, a vinculação das universidades se dá no âmbito dos princípios. Em matéria de controle é evidente a submissão da universidade a eles. A forma de exercício desse controle, no entanto, deverá observar as peculiaridades próprias da especial natureza jurídica da universidade.

É por isso que Anna Cândida Ferraz assinala que as limitações à autonomia universitária devem “ser extraídas do texto constitucional”. Dessa forma, ensina ela, “impõe-se às universidades a observância de toda e qualquer norma ou princípio constitucional geral ou específico (...) As universidades são apenas entes administrativos autônomos e não podem se sobrepor, por evidente, à ordem soberana que rege o País”. Existindo antinomia entre o princípio da autonomia e qualquer outro, deverá o intérprete dirimir o impasse por meio da interpretação.<sup>24</sup>

Assim, devem as universidades manter sistema de controle interno, indicando ao Tribunal de Contas o responsável por essa atividade. Além de estarem submetidas ao controle externo do Tribunal de Contas, sujeitam-se ainda ao controle da própria comunidade na aplicação dos recursos.

Em conclusão, a atuação da Administração direta no âmbito da universidade pode se dar com a colocação das informações gerenciais à disposição da entidade, a fim de que sejam submetidas ao juízo decisório de suas autoridades, já subordinadas ao poder de controle do Tribunal de Contas, do Ministério Público, do Poder Judiciário e da sociedade.

6. Portanto, a autonomia garantida pelo legislador constitucional às universidades deve ser entendida como um instrumento para a consecução de suas finalidades e deve ser utilizada nos limites do necessário para a consecução desses fins.

A propalada autonomia não autoriza o gestor da universidade a esquivar-se de todo e qualquer dever de prestar contas à sociedade, devendo atuar como gestor eficiente da coisa pública.

---

23 RE 83.962.

24 Ob. cit., p. 99.

Os órgãos de controle interno da Administração, subordinados ao Chefe do Poder Executivo, devem, no entanto, compreender a extensão da autonomia universitária, respeitando os limites de seus atos no âmbito das autarquias universitárias.

Em suma, é necessário um exercício de mútua percepção dos limites de cada ente para que se possa avançar na consecução das finalidades públicas.

# A ética pública como imperativo constitucional

Eduardo Muylaert<sup>1</sup>

*“Não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável.”* (ministro Gilmar Mendes)<sup>2</sup>

*“Talvez quando se fale de moralidade administrativa mais se pense em sua face inversa, na perversão de seus elementos, em seu descumprimento, que é a corrupção administrativa.”* (ministra Carmen Lúcia)<sup>3</sup>

A perigosa distância que separa o mandamento constitucional de nossa prática político-administrativa, desde a carta imperial de 1824, sempre foi motivo de preocupação. No regime da Constituição de 1988, entretanto, inúmeras iniciativas vêm sendo tomadas a fim de dar eficácia ao artigo 37, que submete a administração pública direta e indireta aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No momento em que a Procuradoria Geral do Estado toma a feliz iniciativa de homenagear a saudosa Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, o tema que me vem imediatamente à mente é o da ética e da moralidade, à luz da Constituição.

Nas voltas que a vida sabiamente dá, tive a ventura de ter Teresa, ainda estudante, como estagiária, e, mais tarde, como Chefe, na Procuradoria Administrativa. Nas duas posições, sempre reconheci a mesma integridade, dedicação, refinada cultura e inteligência.

---

1 Advogado criminal e integrante da Comissão Geral de Ética do Estado de São Paulo. É Procurador do Estado aposentado, foi Secretário da Justiça e da Segurança Pública no Governo Montoro, presidiu o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e foi juiz efetivo do TRE/SP.

2 Curso de Direito Constitucional, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, Saraiva/IDP, 2007, pág. 787.

3 *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Carmen Lúcia Antunes Rocha, DelRey, 1994, pág. 195

Sempre me encantou sua liderança tranquila, prestigiando os comandados – mesmo os mais jovens e inexperientes – com profundo respeito ao modo de pensar e opinar de cada um.

Teresa representa inegavelmente um ideal a ser seguido na área de Consultoria. Envolvia-se com entusiasmo nas questões que lhe eram submetidas e as examinava por todos os ângulos possíveis, sempre imbuída de elevado espírito ético e respeito humano. Não só admitia a divergência, como estimulava o registro das opiniões dissidentes, submetendo-as aos altos escalões da Administração.

Diante de teses, algumas vezes discordamos; noutras, meu parecer contou com sua aprovação, mas acabou não prevalecendo. Mais importante do que qualquer solução adotada, porém, era esse respeito ao debate, ao contraditório, à autonomia do parecerista, e a busca permanente da mais correta aplicação das normas legais e dos princípios constitucionais, sempre à luz do interesse público.

Mais do que um enunciado com pretensões científicas, assim, essas simples anotações constituem gesto de respeito, admiração, gratidão e amizade. Teresa foi combatente incansável a favor da ética pública, podendo-se mencionar, a título de exemplo, entre tantas iniciativas, o apoio que deu à elaboração do projeto da lei da via rápida, visando eliminar as barreiras que impediam a punição dos maus funcionários e que se revelavam foco de perturbadora impunidade. E o empenho e cuidado com que dava andamento na Procuradoria Administrativa à análise dos processos administrativo-disciplinares que ali tramitavam.

Teresa não está mais aqui para ver a aplicação ampla da Lei da Ficha Limpa, o julgamento do Mensalão e a condenação das práticas nele apontadas, a criação da Comissão Geral de Ética e o decreto que apri-morou a apuração de enriquecimento ilícito de agentes públicos. Mas seu espírito continua a nos animar e seu exemplo é um alento para todos nós. Sua luta continua, Teresa.

## **O imperativo constitucional de moralidade**

O artigo 37 da Constituição de 1988, por seu ineditismo, ao submeter a administração pública direta e indireta aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tem sido

alvo de estudos aprofundados, entre os quais podemos destacar *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, da ministra Carmen Lúcia<sup>4</sup> e, num panorama mais amplo, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, da professora Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>5</sup>.

A novidade do estabelecimento de uma “principiologia do regime jurídico administrativo brasileiro” foi assinalada por Gilmar Mendes<sup>6</sup>, embora já de há muito se fale em moralidade no âmbito do direito administrativo. Entre nós, Hely Lopes Meirelles, que situa a moralidade administrativa como pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública, foi reconhecidamente o primeiro a abordar o tema.

Hely filiava-se, conceitualmente, à corrente capitaneada por Maurice Hauriou que cogitava não da moral comum, mas de uma suposta moral jurídica, entendida como “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.<sup>7</sup> Não se pode esquecer, ainda, o trabalho pioneiro de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho sobre “O Controle da Moralidade Administrativa”.<sup>8</sup>

Notáveis administrativistas chegavam a resultado semelhante por outros caminhos, especialmente com as noções de interesse público e desvio de finalidade, ou desvio de poder. André de Laubadère situava a noção de interesse geral como elemento essencial na definição de serviço público e, entre as obrigações do funcionário, explicitava a de desinteresse: “É proibido ao funcionário ter, numa empresa que tenha relação com o seu serviço, interesses de molde a comprometer sua independência”.<sup>9</sup>

No aprendizado tradicional do direito, explorava-se sempre a dicotomia entre a norma jurídica, com sua potencial aplicação coercitiva, e a regra moral. A consagração constitucional, entretanto, coloca a nor-

---

4 *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Carmen Lúcia Antunes Rocha, DelRey, 1994, pág. 195

5 Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, 1991.

6 Gilmar, op. cit., pág. 779

7 v. Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 25ª edição, Malheiros Editores, 2000, pág. 83.

8 Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *O Controle da Moralidade Administrativa*, Saraiva, 1974.

9 André de Laubadère, *Manuel de Droit Administratif*, 9ª edição, Paris, 1969, págs. 19 e 266.

ma moral de conduta no âmago do sistema jurıdico, submetendo seu descumprimento a sanoes que podem variar da orbita disciplinar  da responsabilidade civil e mesmo penal.

A importância da moral na interpretao e na integrao da lei foi acentuada por Maria Sylvia Zanella di Pietro, para quem “o constituinte deixou abertas as portas para o controle e, portanto, para a invalidao de determinados tipos de atos imorais”.<sup>10</sup> Segundo ela, “o princípio da *moralidade administrativa* adquire contudo novo, inconfundível com aquele idealizado por Hauriou, e que já foi em grande parte absorvido pela teoria do desvio de poder. Tal como hoje  visto, ele exige da Administrao Pública comportamentos compatíveis com o interesse público que lhe cumpre tutelar, voltados para os ideais expressos, agora, de forma muito nítida, no preâmbulo da Constituio; a moralidade tem de estar não só na inteno do agente, mas tbm e principalmente no próprio *objeto* do ato e na *interpretao* que da lei faça o Administrador para aplicá-la aos casos concretos. Em muitos casos, confunde-se com o princípio da razoabilidade, pois a inobservância desta configura, em geral, uma imoralidade administrativa, já que não há ofensa direta  letra da lei”.<sup>11</sup>

Mesma lio vem explicitada na versão atualizada da obra de Hely Lopes Meirelles: “O inegável  que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicao e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí por que o TJSP decidiu, com inegável acerto, que ‘o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformao do ato com a lei, como tbm com a moral administrativa e com o interesse coletivo’. Com esse julgado pioneiro, a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça como necessária  validade da conduta do administrador público”.<sup>12</sup>

Tbm Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, “a Administrao e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios ticos. Viol-los im-

---

10 Maria Sylvia, *op. cit.*, item 2.4, págs. 111/112.

11 *Idem*, pág. 172.

12 Hely, *op. cit.*, pág. 85



plicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição.”<sup>13</sup>

Importante precedente da Suprema Corte é invocado por Gilmar Mendes: “Na ADI-MC 2.661, Rel. Celso de Mello, DJ de 23-8-2002, esta Corte deixou claro que ‘A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais’”.<sup>14</sup>

Outro importante precedente do Supremo Tribunal Federal<sup>15</sup> é citado por Alexandre de Moraes, no seu Direito Constitucional: “Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. (...) Os princípios gerais de direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio. O agente público não

---

13 Celso Antonio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Malheiros, 2009.

14 Gilmar, op. cit., pág. 780.

15 2ª T. – Rextr. Nº 160.381- SP, Rel. Min. Marco Aurélio, v.u.; RTJ 153/1.030

só tem que ser honesto e probo, mas tem que mostrar que possui tal qualidade. Como a mulher de César.”<sup>16</sup>

Em sua monografia sobre A Moralidade Jurídica e sua Densificação, Emerson Garcia, Promotor de Justiça no Rio de Janeiro, se debruça sobre um elenco de hipóteses reconhecidas como de imoralidade administrativa pela jurisprudência:

- a) realização de gastos excessivos, a pretexto de outorga de títulos e honorarias, com bebidas, comestíveis, peças de vestuário, etc.;
- b) alienação de lotes de terrenos pertencentes à municipalidade, contíguos a outros de propriedade do Prefeito, e posteriormente por ele adquiridos pelo valor da avaliação, acarretando a valorização da área contínua quando agregada à primitiva;
- c) concessão de aposentadoria especial a vereadores, após o curto lapso de 8 (oito) anos de contribuição, com desvio de verba pública para cobrir déficit técnico;
- d) resolução de Câmara de Vereadores que fixou os subsídios destes, em época de congelamento de preços e salários instituído no plano federal, em quantia exorbitante;
- e) o custeio, pela municipalidade, das despesas de viagem ao exterior da esposa do Prefeito, em companhia dele, o que não representa nenhum benefício para o Município, ainda que ela dirigisse algum órgão público; sendo idêntica a conclusão em relação às despesas com viagens do Prefeito não autorizadas pela Câmara Municipal;
- f) ato de Câmara Municipal que, sob o argumento de “oferecer exemplo à coletividade”, reduz a remuneração dos edis para a legislatura seguinte, após a realização da eleição em que a grande maioria não foi reeleita;
- g) omissão deliberada da Administração Pública, sob a alegação de discricionariedade, deixando de convocar o estágio probatório que consubstancia condição indispensável ao acesso dos terceiros-sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao

---

16 Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 15ª edição, Atlas, 2004, pág. 316.

quadro regular, tendo feito com que exercessem tarefas próprias dos postos mais elevados sem a contrapartida salarial devida;

- h) a participação de Juiz integrante de Tribunal Regional do Trabalho em eleição destinada a compor lista tríplice para preenchimento de vaga de juiz togado quando um dos candidatos é filho do mesmo;
- i) fixação da remuneração do Prefeito, Vice-Prefeito e dos Vereadores para viger na própria legislatura em que fora estabelecida, o que também importa em violação ao art. 29, VI, da Constituição da República;
- j) abertura de conta-corrente em nome de particular para movimentar recursos públicos, independentemente da demonstração de prejuízo material aos cofres públicos.”<sup>17</sup>

As regras, os princípios e os exemplos são claros e incontornáveis, mas o que importa “é o nível de aplicação e acatamento das normas”, como assinala com acuidade a ministra Carmen Lúcia.<sup>18</sup> Um dos caminhos importantes é o sistema de ética pública, com seus códigos de conduta e órgãos de interpretação e aplicação.

## O sistema de ética pública

O ministro Marcílio Marques Moreira bem observou que “a legislação brasileira sobre a ética pública é bem inspirada, pouco lembrada e escassamente implementada”.<sup>19</sup> Já a professora Marília Muricy diagnosticou que “vivemos um momento esquisito, divididos entre a esperança e o dissabor”.<sup>20</sup> João Geraldo Piquet Carneiro, por sua vez, lembra o “evidente mal-estar da sociedade em relação à conduta ética dos agentes públicos e dos agentes econômicos privados, em praticamente todos os países ocidentais”<sup>21</sup>.

17 <http://www.conselhos.mg.gov.br/uploads/18/Artigoadministrativaesuadensificacao.pdf> – item 6.5

18 Carmen Lúcia, op. cit., pág. 197.

19 [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/empresa/etica/etica\\_publica.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/empresa/etica/etica_publica.pdf)

20 Bahia Notícias, 07/08/2012.

21 Dance a Noite Inteira, mas Dance Direito, in Encontro entre Meios e Fins, pág. 65

Mesmo os arautos mais aguerridos da moralidade e da ética pública não se iludem quanto às dificuldades que ainda devem ser enfrentadas. Um dos objetivos a serem atingidos, segundo o antropólogo Roberto da Matta, é o de “tornar aceitável numa sociedade personalista, relacional e hierárquica o fato de que todos, inclusive (e especialmente) os agentes do Estado, estejam submetidos aos mesmos princípios e devam ser tratados do mesmo modo que o cidadão comum em termos de seus conflitos de interesses”.<sup>22</sup>

No regime da Carta de 1988, que explicitou o princípio de moralidade como fundamento da ação administrativa, inúmeras iniciativas vêm sendo adotadas para enfrentar o problema.

### **O plano federal**

O Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, enunciando regras deontológicas e mandando criar Comissões de Ética em todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, de qualquer natureza, foi aprovado pelo Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994.

Ainda no plano federal, em 1999 foi criada a Comissão de Ética Pública, vinculada ao Presidente da República, com atribuição de propor a instituição do Código de Conduta das Autoridades (Decreto de 26/05/1999). A exposição de motivos nº 37, coincidentemente o mesmo número do artigo da constituição que fixa os princípios gerais da administração, é bastante esclarecedora do espírito da iniciativa:

“Dessa forma, o ponto de partida foi a tentativa de prevenir condutas incompatíveis com o padrão ético almejado para o serviço público, tendo em vista que, na prática, a repressão nem sempre é muito eficaz. Assim, reputa-se fundamental identificar as áreas da administração pública em que tais condutas podem ocorrer com maior frequência e dar-lhes tratamento específico.

Essa tarefa de envergadura deve ter início pelo nível mais alto da Administração – ministros de estado, secretários-executivos, di-

---

<sup>22</sup> Roberto da Matta, Considerações Socioantropológicas sobre a Ética na Sociedade Brasileira, in Encontros entre Meios e Fins, A Experiência da Comissão de Ética Pública, Brasília, 2002, pág. 35.

retos de empresas estatais e de órgãos reguladores – que detêm poder decisório. Uma vez assegurado o cumprimento do Código de Conduta pelo primeiro escalão do governo, o trabalho de difusão das novas regras nas demais esferas da administração por certo ficará facilitado.

Outro objetivo é que o Código de Conduta constitua fator de segurança do administrador público, norteando o seu comportamento enquanto no cargo e protegendo-o de acusações infundadas. Na ausência de regras claras e práticas de conduta, corre-se o risco de inibir o cidadão honesto de aceitar cargo público de relevo.

Além disso, buscou-se criar mecanismo ágil de formulação dessas regras e de sua difusão e fiscalização, além de uma instância à qual os administradores possam recorrer em caso de dúvida e de apuração de transgressões – no caso, a Comissão de Ética Pública.”

O próprio Código de Conduta, em seu artigo 1º, enuncia com clareza suas finalidades:

- “I – tornar claras as regras éticas de conduta das autoridades da alta Administração Pública Federal, para que a sociedade possa aferir a integridade e a lisura do processo decisório governamental;
- II – contribuir para o aperfeiçoamento dos padrões éticos da Administração Pública Federal, a partir do exemplo dado pelas autoridades de nível hierárquico superior;
- III – preservar a imagem e a reputação do administrador público, cuja conduta esteja de acordo com as normas éticas estabelecidas neste Código;
- IV – estabelecer regras básicas sobre conflitos de interesses públicos e privados e limitações às atividades profissionais posteriores ao exercício de cargo público;
- V – minimizar a possibilidade de conflito entre o interesse privado e o dever funcional das autoridades públicas da Administração Pública Federal;
- VI – criar mecanismo de consulta destinado a possibilitar o prévio e pronto esclarecimento de dúvidas quanto à conduta ética do administrador.”

A violação das normas éticas pode acarretar a pena de advertência, aplicável às autoridades no exercício do cargo, ou censura ética, aplicável às autoridades que já tiverem deixado o cargo. A Comissão de Ética Pública pode, também, encaminhar sugestão de demissão à autoridade hierarquicamente superior.

Existem inúmeras normas complementares, para esclarecer questões relativas, por exemplo, a publicidade da agenda, registro das audiências, presentes e brindes, seminários e eventos, transporte, hospedagem, conflitos entre autoridades, propostas de emprego, rendimentos, investimentos, quarentena, eleições, atividades paralelas, movimentação patrimonial, nepotismo e conflitos de interesse em geral.

Nem sempre é tranquilo o exercício das atividades da Comissão de Ética Pública, como demonstra o episódio da não renovação dos mandatos dos Conselheiros Marília Muricy e Fábio de Sousa Coutinho, que levaram à renúncia do presidente Sepúlveda Pertence. O episódio estaria ligado ao constrangimento causado pela proposta de demissão de ministros de estado que tiveram seus nomes envolvidos em crises.

No plano federal, importante destacar ainda a recente lei de acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, que regulamenta o disposto na Constituição quanto à liberdade de acesso às informações da Administração. A transparência das ações de governo, efetivamente, é indispensável ao controle da legalidade e da moralidade de sua atividade.

Ainda na esfera federal, surgiu importante discussão a respeito de projeto de lei que permitiria a nomeação de não integrantes da Advocacia Geral da União – e mesmo não concursados – para a chefia da consultoria jurídica dos ministérios e outros órgãos federais, possibilitando eventual influência política nessas designações. Haveria, ainda, no projeto, diminuição da independência opinativa dos consultores a eles subordinados. É óbvio que tal proposta, já condenada pelo Conselho Federal da OAB, levanta sérias questões no âmbito da ética pública.

Assinale-se, por fim, o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado pelo Conselho Nacional de Justiça em 6 de agosto de 2008, para aumentar a confiança da sociedade na autoridade moral dos juízes, reafirmar compromisso com a excelência da prestação de serviço de distribuir justiça e realçar a função educativa e exemplar de cidadania da magistra-

tura. São abordados, por exemplo, independência, imparcialidade, transparência, integridade, dedicação, cortesia, prudência e sigilo profissional.

## O plano estadual

No Estado de São Paulo, a Lei nº 10.294, de 20 de abril de 1999, dispôs sobre a proteção e defesa do usuário de serviço público, situando, entre os direitos básicos, informação, qualidade na prestação do serviço e controle adequado do serviço público. A lei cria também um sistema estadual de defesa do usuário de serviços públicos, incluindo ouvidorias e comissões de ética.

Já o sistema estadual de controladoria foi disciplinado pelo Decreto nº 57.500, editado pelo governador Geraldo Alckmin em 8 de novembro de 2011. Além de estruturar a Corregedoria Geral da Administração, o ato criou, em seu artigo 37 – parece um número mágico em matéria de ética – a Comissão Geral de Ética do Estado, com a finalidade de promover a ética pública e conhecer as consultas, denúncias e representações formuladas contra agente público por infringência a princípio ou norma ético-profissional. Entre as atribuições da Comissão Geral de Ética, que acaba de ser instalada, está a de apresentar proposta de Código de Ética destinado a todos os agentes públicos. Observe-se que vários órgãos estaduais já dispunham de seus próprios Códigos de Ética, como também outros estados da federação.

O mesmo diploma instituiu também um Conselho de Transparência da Administração Pública, visando criar instrumentos para aumentar a transparência institucional, com vista à “prevenção da malversação dos recursos públicos, à eficiência da gestão e à garantia de moralidade administrativa”. Por fim, o Decreto nº 58.276, de 7 de agosto de 2012, contém medidas visando prevenir, apurar e punir o enriquecimento ilícito de agentes públicos.

Esse arcabouço legislativo e administrativo tem a virtude de chamar a atenção para a necessidade de transparência e moralidade na conduta dos funcionários e administradores de todos os níveis, da chefia do Poder Executivo à mais humilde das funções.

É uma nova cultura que vai se implantando na gestão da coisa pública, em contraposição às posturas viciadas do passado que acabavam consagrando rotinas indesejáveis, mas difíceis de combater.

A só implantação do dispositivo constitucional, dos sistemas de controladoria, dos códigos e das comissões de ética, entretanto, não representa a tão desejada revolução. São apenas passos, maiores ou menores, no caminho do tratamento igual e digno do usuário do serviço público e da separação clara entre o interesse público e os eventuais interesses particulares dos servidores de todos os níveis.

Iniciativas como essas podem estreitar as indesejadas distâncias entre o cidadão e o serviço público, a norma e as práticas, o ideal e os vícios do sistema. A eficácia do sistema de ética pública é, assim, importante pressuposto de maior confiança na democracia e no sistema da república.



# O processo legislativo nos Estados e Municípios

Fernanda Dias Menezes de Almeida<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Poder Legislativo e Poder Executivo na separação de poderes; 2. O papel do Poder Legislativo na atualidade; 3. A competência legislativa na federação brasileira; 4. A capacidade de autolegislação dos estados na constituição de 1988; 5. A posição do STF sobre a obrigatória transposição do processo legislativo federal para os estados; 6. O processo legislativo na Constituição do Estado de São Paulo, de 1989; 7. O processo legislativo no âmbito municipal; 8. O processo legislativo das leis municipais na Lei Orgânica do Município de São Paulo; 9. A título de conclusão

---

## 1. Poder Legislativo e Poder Executivo na separação de poderes

Tomando-se como ponto de partida a doutrina da separação dos poderes, arquitetada por MONTESQUIEU<sup>2</sup>, verifica-se que a concepção inicial do autor articulava uma tripartição das funções do Poder político, a saber, das funções legislativa, administrativa e jurisdicional, atribuindo-as a órgãos distintos que haveriam de exercer, cada um, com independência, mas em harmonia com os demais, a função que lhe fosse conferida. Visava essa partilha funcional do poder, como não se desconhece, à criação de um sistema de freios e contrapesos, como ficou co-

---

1 Procuradora do Estado aposentada. Mestre e Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Doutora da mesma Instituição de ensino superior. Membro fundador da Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto “Pimenta Bueno”.

2 MONTESQUIEU, *Do Espírito das Leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, 1º vol., Livro XI, Capítulo VI.

nhecido, em que o poder freasse o poder, impedindo o arbítrio próprio dos sistemas de concentração do poder.

Não obstante nesse esquema se salientasse uma igualdade entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no desempenho das respectivas funções, o fato é que, variando ao longo do tempo, tornou-se perceptível, no que se refere, em especial, aos Poderes Legislativo e Executivo, a preponderância, ora de um, ora de outro, na condução dos negócios públicos.

E em muito responsável pelo maior ou menor prestígio, ora de um, ora de outro desses Poderes, foi o papel da lei, como visualizado pelo pensamento filosófico predominante em cada período histórico.

De fato, ao tempo do Estado liberal, foi o Legislativo o primeiro entre os Poderes, sem dúvida como decorrência da estreita vinculação estabelecida pelo pensamento político da época entre lei e liberdade. Sem nos afastarmos do pai da doutrina da separação dos Poderes, já dizia MONTESQUIEU que “a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem”<sup>3</sup>, apresentando a lei como a medida da liberdade.

Assim, do prestígio da lei advinha o prestígio do Legislativo, reforçado ainda, de outra parte, por sua origem democrática, como representante da vontade popular.

Mas o certo é que, na lição de JEAN RIVERO<sup>4</sup>, o valor liberal da lei reside, não na palavra, e sim na substância que esta encerra. Daí ser importante lembrar o sentido da lei para o pensamento político do século XVIII, que, influenciado pela filosofia iluminista, identificava a lei como a expressão da vontade geral, sendo que, conforme ROUSSEAU<sup>5</sup>, esta nunca erra, quando fruto da razão humana suficientemente informada e quando não desviada do interesse comum por interesses particulares. E mais, dizia ROUSSEAU, nem pode a vontade geral ser opressiva, pois seria absurdo imaginar que o povo pretendesse oprimir a si próprio. Assim, completava, submetendo-se às leis, o povo é livre, pois elas são apenas o registro da sua vontade.

3 Op. cit., p.179.

4 RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques 1. Les Droits de L'Homme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.58.

5 ROUSSEAU, Jean Jacques, *O Contrato Social e outros escritos*, trad. Rolando Roque da Silva, São Paulo: Ed. Cultrix, 1975, p.41.

Como consequência disso, é fácil entender por que gravitavam em torno do Legislativo os demais Poderes. Embora lhes fosse dado atuar num campo próprio, podia-se reconhecer, à época, uma relação de subordinação do Executivo e do Judiciário ao Poder que, fazendo a lei, dirigia através dela a atuação dos demais.

Essa situação vem a se inverter com o advento do Estado-providência, como resultado de vários fatores, importando dentre eles, para o que mais de perto ora nos interessa, a deturpação positivista da lei que ocasiona o seu desprestígio. Isto se deveu ao fato de os órgãos encarregados de sua elaboração passarem a decidir o que fosse direito, como melhor lhes aprouvesse, independentemente do conteúdo de justiça. Fica claro, portanto, que a lei deixa de ser a medida da justiça, para se tornar apenas o fruto da elaboração regular pelos órgãos competentes. E com isso se torna, não poucas vezes, instrumento para a realização de fins políticos, para atendimento de pleitos particulares, em detrimento do interesse público.

Isto sem contar que, com a passagem do Estado, de liberal para providencialista, transformando-se em promotor do bem-estar, com enorme soma de atribuições de cunho econômico e social, a lei, porque submetida a um processo de elaboração mais lento (o que não deixa de se justificar com vistas a obter-se um produto final mais bem-acabado e apto à melhor defesa de direitos), nem sempre se configura instrumento hábil para atender às necessidades do “Welfare State”, que demanda meios mais céleres e flexíveis para enfrentar exigências de contínua adequação aos imperativos desse tipo de Estado intervencionista.

Daí o fenômeno a que se assiste quase que em toda parte: o da proeminência do Executivo, em relação ao Legislativo, com o fim do monopólio deste último na produção da lei e com o surgimento da legislação governamental, seja pela delegação normativa ao Executivo, mediante veículos como a lei delegada, seja pela previsão constitucional de instrumentos como o decreto-lei ou a medida provisória (para usar exemplos domésticos), com que o Executivo legisla por direito próprio, independentemente de delegação pelo Legislativo, embora com a participação deste no processo legislativo (como que se inverte o procedimento, cabendo a este último converter ou não em lei o ato editado pelo Executivo).

Aliás, considerando o fato de que o Executivo é hoje mais do que um mero executor das decisões parlamentares, desenvolvendo o seu pró-

prio programa e definindo os objetivos da política nacional, Constituições como a da França, de 1958, a da Itália, de 1947, e a da Alemanha, de 1949, substituíram a tradicional expressão “Poder Executivo” pela expressão “Governo”, mais consentânea com a realidade política do nosso tempo.

Diante das novas circunstâncias, caberia indagar qual é hoje o papel do Poder Legislativo.

## 2. O papel do Poder Legislativo na atualidade

Despojado, encontra-se, em larga medida, da sua função mais característica, que de resto lhe dá o nome.

Mas é preciso reconhecer que a função de fazer a lei não é, nem nunca foi, sua única atribuição. Nem sequer a primeira, historicamente falando. O constitucionalista mineiro ORLANDO DE CARVALHO<sup>6</sup>, lembra, por exemplo, que os Parlamentos surgiram como corpos representativos, com a atribuição de controlar politicamente o rei, aprovando ou rejeitando suas propostas. E só mais tarde assumiram a função de fabricar as leis. O exemplo mais eloquente disso é exatamente a Inglaterra – matriz do Parlamento – onde apenas no fim do século XIV o sistema de petição ao monarca contra ofensas aos direitos e aos costumes se transformou em processo legislativo, investindo-se o Parlamento de autoridade para elaborar a lei, que o rei sancionava ou vetava. Até aquela época, o soberano apenas convocava os representantes do povo para auscultar suas opiniões, conhecer suas reivindicações. O objetivo das reuniões era, em geral, a obtenção de dinheiro (*no taxation without representation*) e a concordância na orientação geral do reino, isto é, o controle financeiro e político do governo.

Essa função de controle político da vida financeira e administrativa subsiste e hoje talvez seja a fórmula de redenção do Parlamento, se bem exercida. LOEWENSTEIN<sup>7</sup>, por exemplo, reconhece que o “atual retrocesso que experimenta a liberdade se reflete na pouca força ou na elimina-

6 CARVALHO, Orlando de, *Representação e Controle Político*, in “Reforma do Poder Legislativo no Brasil”, Brasília: Câmara dos Deputados, 1966, p.219

7 LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabinarte, 2ª Ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p.62 e segs.

ção das chamadas instituições de controle”. Daí propor uma nova divisão tripartite das funções estatais: a) *policy determination*, ou seja, a decisão política conformadora ou fundamental, tomada, no sistema político do constitucionalismo, pelo Governo e pelo Parlamento, sendo possível a subsequente participação do eleitorado no processo; b) *policy execution*, vale dizer, a execução da decisão política fundamental, a cargo de diferentes detentores, competindo, no geral, ao Parlamento, ao Governo e ao Judiciário. c) *policy control*, ao pé da letra, controle político, em que o autor radica o núcleo da nova divisão e que pressupõe a responsabilidade política dos detentores do poder, que devem prestar contas da execução da decisão política: o Governo ao Parlamento e vice-versa e ambos ao eleitorado.

Mas não se quer, com essas observações sobre o controle político, diminuir a importância da lei, sobretudo no sistema democrático, ao qual muito interessam o procedimento e os protagonistas de sua elaboração.

É o que se dá, por exemplo, no caso do Brasil, estado democrático de direito onde se adota a forma federal de Estado e, onde, bem por isso, se torna mais complexo, sem dúvida, o processo legislativo, considerada a tridimensionalidade característica de nossa Federação, onde devem conviver leis federais, estaduais e municipais, colocando-se não poucas questões a propósito do processo de sua elaboração.

### **3. A competência legislativa na federação brasileira**

Mas, antes de adentrar propriamente na análise desse processo, porém já dele chegando mais perto, convém ainda, dizer uma palavra sobre a competência legislativa dos entes federados, para localizar na Constituição brasileira as matérias sobre as quais cada um deles pode legislar.

É sabido que a repartição de competências é uma das características fundamentais da Federação. Como tenho dito<sup>8</sup>, a Federação, a rigor, é um grande sistema de repartição de competências entre o poder central e os poderes periféricos, sendo estes últimos, no mais das vezes, os Estados-membros, mas podendo, no caso de Federações como a brasileira, incluir também os Municípios.

---

8 Cf. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, 5ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, p.14.

E afirmo que a partilha de competências é fundamental nas Federações por ser ela que dá substância à descentralização em unidades autônomas. De fato, a autonomia, no seu aspecto primordial, que a etimologia do termo indica, significa a edição de normas próprias, e corresponde, no caso dos Estados, à capacidade de se darem as respectivas Constituições e leis, o mesmo valendo para os Municípios brasileiros que, na Constituição de 1988, foram elevados expressamente à condição de entes autônomos e adquiriram capacidade de auto-organização que antes não tinham, elaborando agora suas Leis Orgânicas e continuando a ter capacidade de autolegislação.

Mas, esvaziadas de sentido seriam a auto-organização e a autolegislação de todos os integrantes da Federação, sem que houvesse uma definição do objeto passível de normatização. Podemos legislar, sim, mas legislar sobre o quê? Esta é a pergunta que inevitavelmente seria feita. É preciso que o constituinte a responda, indicando, portanto, as matérias de competência legislativa de cada um. Por outro lado, até mesmo para preservação de relacionamento harmônico entre União, Estados e Municípios a repartição constitucional de competências entre o conjunto e as partes afigura-se imperativa, uma vez que todos devem coexistir e atuar simultaneamente e se não houvesse uma delimitação das respectivas atribuições seguramente se tornaria conflituosa sua convivência.

Cabe então, indicar as linhas mais gerais da distribuição da competência legislativa entre os integrantes da Federação, apontando os dispositivos constitucionais mais importantes para a identificação da disciplina da matéria. Digo os dispositivos mais importantes porque, além daqueles que congregam a maior parte das competências de cada ente federado, encontram-se, ao longo do texto constitucional, também dispositivos esparsos que, aqui e ali, lhes atribuem mais esta ou aquela competência legislativa.

Como consideração de ordem geral, vale registrar que no âmbito da competência legislativa, trabalhou o constituinte, por um lado, com as categorias de competências privativas ou exclusivas e concorrentes, e, por outro lado, com competências enumeradas e remanescentes. Previu ainda hipótese de delegação de competência, como adiante se verá.

Começando com as competências próprias, privativas, de cada ente, estão enumeradas, em sua maioria, as da União no art.22.

Com relação aos Estados, manteve-se a regra tradicional de atribuir-lhes competência remanescente não enumerada, cabendo-lhes legislar privativamente sobre todas as matérias que não tiverem sido atribuídas à competência privativa da União e dos Municípios. É o que resulta do art.25, § 1º, sendo certo que no § 3º do mesmo artigo e no art.18, §4º, fugindo ao usual, o constituinte previu também outras duas competências legislativas privativas enumeradas dos Estados. Abro já um parêntese para lembrar que a faculdade de legislar sobre tudo o que não for de competência federal ou municipal não significa, na verdade, que tenha restado muito espaço para a legislação estadual, considerando-se o extensíssimo rol de competências legislativas da União, a que se somam numerosas competências dos Municípios. Assim, o “tudo que restou” para os Estados é muito pouco: digamos que têm competência apenas para disciplinar matérias de ordem administrativa e financeira.

Quanto aos Municípios, a previsão de sua competência legislativa consta no art.30, inciso I, cabendo a eles legislar privativamente sobre assuntos de interesse local. Trata-se, portanto, de competência não enumerada, implícita, para cuja identificação o vetor será sempre o interesse local, expressão que veio, na atual Constituição, substituir a tradicional expressão peculiar interesse do Município.

Passando às competências legislativas concorrentes, estão enunciadas no art.24 e seus parágrafos, sendo que no exercício dessas competências cabe à União editar as normas gerais e aos demais entes federados suplementá-las, para atender às respectivas peculiaridades. Embora o *caput* do art.24 não faça menção aos Municípios, também eles têm competência para suplementar as normas gerais editadas no exercício de competências concorrentes, para tanto autorizados pelo art. 30, II, da Constituição.

Cumprido lembrar, por fim, que o constituinte previu, no parágrafo único do art. 22, a possibilidade de delegação de competência legislativa da União para os Estados, mediante lei complementar, para legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas no referido art.22.

Recordados esses fundamentos sobre a repartição da competência legislativa, que convinha ter presentes como base constitucional que são para o exercício, pelos Estados e Municípios, de sua capacidade de auto-legislação, é tempo de passar à análise de pontos do processo legislativo que maior interesse suscitam nesse contexto.

#### 4. A capacidade de autolegislação dos estados na constituição de 1988

Começando pelos Estados, convém ter presente o disposto no *caput* do art. 25 da Constituição Federal: “Os estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”.

O que de pronto se extrai desse dispositivo, é a afirmação da autonomia estadual, no que diz com seus aspectos de auto-organização e autolegislação, e mais, a observação de que os princípios da Lei Maior constituem o limite para o exercício daquela autonomia.

A dicção do *caput* do art.25 reproduz o que fora estabelecido pelo art.63 da Constituição de 1891, cujo laconismo dificultou inicialmente a identificação de quais princípios da Constituição seriam de observância obrigatória pelos Estados ao se darem as respectivas Constituições e produzirem as respectivas leis. As dúvidas a respeito vieram a ser sanadas após a reforma constitucional de 1926, que relacionou, no art.6º, II, alíneas “a” até “l”, princípios cujo descumprimento ensejaria intervenção federal, e que, portanto, como ponderaram então os estudiosos do Direito Constitucional, corresponderiam àqueles que o constituinte mandava observar no art.63 e que a doutrina convencionou depois chamar de “princípios constitucionais sensíveis” (expressão cunhada por PONTES DE MIRANDA<sup>9</sup>).

Na vigência das Constituições subsequentes, de 1934 e 1946, manteve-se o mesmo entendimento, localizando-se nos artigos pertinentes à intervenção federal, os princípios a serem considerados necessariamente pelo constituinte estadual na elaboração da Constituição de cada Estado.

Quanto à Constituição de 1937, intercalada entre as duas citadas, determinava seu art. 21 competir privativamente aos Estados “decretar a Constituição e as leis por que devem reger-se”, sem nada dizer sobre a observância de princípios da Constituição. Mas o fato é que, na conformidade do seu art. 178, foram dissolvidos, na data de sua promulgação, “a Câmara dos Deputados, o Senado Federal, as Assembleias Legislativas dos Estados e as Câmaras Municipais”, passando-se para o

---

9 PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, tomo 2, p.286.



Presidente da República o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União, enquanto não se reunisse o Parlamento, o que deveria acontecer após um plebiscito que, na verdade, nunca se realizou (art.180) e ao qual deveria ser submetida a própria Constituição (art. 187). Concomitantemente foi declarado em todo o país o estado de emergência (art.186). E, no que se refere às Constituições Estaduais, previu o art. 181 que seriam outorgadas pelos respectivos governos, que exerceriam, enquanto não se reunissem as Assembleias Legislativas, as funções destas nas matérias da competência dos Estados.

Já com o advento da Constituição de 1967, em nova fase de governo autoritário, além dos clássicos princípios sensíveis, arrolados no seu art.10, VII, tornou-se obrigatório para os Estados, nos termos do seu art.13, observarem na feitura de suas Constituições outros tantos princípios, dentre os quais – e esta é a novidade que ora mais interessa – o processo legislativo. Ainda com relação a este, após a EC nº 1/69, dispôs o art.200, parágrafo único, que as Constituições dos Estados poderiam adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-leis. E o certo é que o *caput* do mesmo art.200 categoricamente determinava que as disposições constantes da Constituição Federal ficavam incorporadas, no que coubesse, ao direito constitucional legislado dos Estados.

A partir de então se tornou inconteste, até mesmo em função do consenso jurisprudencial firmado a respeito pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que o processo legislativo estadual deveria ser o mesmo prescrito na Constituição da República, observadas, obviamente, as diferenças relacionadas com o fato de ser bicameral o Legislativo da União e unicameral o dos Estados, e mais, que deveria ser respeitada a proibição de se adotar no plano destes o decreto-lei.

Com a promulgação da Constituição de 1988, voltou-se, como já foi dito ao *statu quo ante*, silenciando-se sobre ser o processo legislativo federal princípio de observância obrigatória pelos Estados, e de resto, eliminando-se qualquer menção à incorporação automática das disposições constitucionais federais ao direito constitucional legislado dos Estados.

Pois bem, em consonância com o discurso constituinte, afinado na defesa de maior autonomia para os Estados, com vistas à restauração da Federação brasileira, tão diminuída que fora ao tempo do regime auto-

ritário anterior, era de esperar a revisão do entendimento que se firmara anteriormente a respeito do processo legislativo estadual.

E se passarmos os olhos pelas Constituições Estaduais produzidas após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, vamos ver que muitas delas de fato inovaram na disciplina do processo legislativo, ainda que sem se afastar significativamente do modelo federal.

Mas, para desapontamento dos que esperavam maior alento para a autonomia estadual, nem sempre as modificações adotadas em tema de processo legislativo passaram ilesas pelo controle de sua constitucionalidade perante o STF, que não se desapegou da jurisprudência antiga. E agora, invocando o chamado princípio da simetria, quase que invariavelmente tem imposto aos Estados a adoção do figurino federal, em tema de processo legislativo, como também, aliás, em relação a outros temas em que se torna nítida uma tendência à padronização tendo por modelo instituições federais. Isto, a meu ver, é uma pena: vem na contramão da tão decantada necessidade de recuperação da Federação brasileira.

## **5. A posição do STF sobre a obrigatória transposição do processo legislativo federal para os estados**

Alguns exemplos de decisões do Supremo nesse estilo, relativas ao processo legislativo, podem melhor ilustrar o acima afirmado.

a) ADI 2867/ES – Espírito Santo – Rel. Celso de Mello

“Ementa: [...] Os princípios que regem o Processo Legislativo impõem-se à observância dos Estados-membros – O modelo estruturador do processo legislativo, tal como delineado em seus aspectos fundamentais pela Constituição da República, impõe-se como padrão normativo de compulsório atendimento, à observância incondicional dos Estados-membros – Precedentes [...]”

b) ADI 637/MA – Maranhão – Rel. Sepúlveda Pertence

“Ementa [...] 2. Processo legislativo dos Estados-membros; absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal – entre elas, as decorrentes das normas de iniciativa das leis – dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal [...]”

c) ADI 2391/SC – Santa Catarina – Rel. Ellen Gracie

“Ementa [...] 2. No julgamento da ADI 425, rel. Mauricio Corrêa, DJ 19.12.03, o Plenário desta Corte já havia reconhecido, por ampla maioria, a constitucionalidade da instituição da medida provisória estadual, desde que, primeiro, este instrumento esteja expressamente previsto na Constituição do Estado e, segundo, sejam observados os princípios e as limitações impostas pelo modelo adotado pela Constituição Federal, tendo em vista a necessidade de observância simétrica do processo legislativo federal [...]”.

Percebe-se que as decisões não são exatamente idênticas. Uma leva à conclusão de que o constituinte estadual deve observar o princípio da simetria para estabelecer o processo legislativo em tudo idêntico ao federal; as outras duas determinam a adoção das linhas básicas do processo legislativo federal, parecendo criar alguma margem de liberdade na estruturação da matéria.

Mas todas enfatizam uma submissão do Estado aos padrões federais na espécie, ignorando a mudança de atitude do constituinte de 87/88, que silenciou sobre a exigência de reprodução necessária de tais padrões, que a Constituição anterior impunha.

Ora, como afirmado em trabalho elaborado conjuntamente por ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ e por mim, a propósito do tema<sup>10</sup>, uma das boas regras de interpretação constitucional é a que ensina que, quando uma nova Constituição não repete normas anteriores, é porque o constituinte deu interpretação diferente à matéria. Bem por isso não se deve, em princípio, adotar a mesma interpretação admitida diante do texto anterior. Mormente se o que não se repetiu do antigo texto era preceito restritivo, como no caso, em que se restringia a autonomia estadual. E é certo que outra sábia regra de interpretação é justamente a que diz que “os ônus devem ter interpretação restritiva, os benefícios, extensiva” (*odiosa restringendi, favorabilia amplianda*).

---

10 Comunicação apresentada no XVII Encontro Nacional de Direito Constitucional, promovido pela Associação Brasileira dos Constitucionalistas – Instituto “Pimenta Bueno” e realizado em São Paulo, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos dias 31/10/2008 e 01/11/2008.

Além disso, caberia indagar, admitindo-se, por hipótese, que os Estados devessem importar ainda hoje o processo legislativo federal: o que, nesse processo, deve constituir parâmetro para os Estados, já que a Constituição nada adianta a respeito? O razoável, como então afirmamos ambas, seria importar os princípios, tão somente os princípios que presidem a elaboração das leis, uma vez que a Constituição, no art. 25, limita a auto-organização e a autolegislação dos Estados ao respeito a princípios da Lei Maior. Assim, por exemplo, seria cabível observar os princípios de democratização do processo legislativo, importando a proteção das minorias parlamentares, o direito de o povo apresentar projetos de lei, os instrumentos de *checks and balances* que caracterizam a relação entre os Poderes Legislativo e Executivo na elaboração legislativa (sanção, veto), etc.

Mas o fato é que o processo legislativo brasileiro, no plano federal, não se atém a princípios, é bastante minucioso, descendo a detalhes, com regras relativas a prazos, quoruns, modos de encaminhamento de projetos de iniciativa do Presidente da República ou de outros Poderes, iniciativas reservadas, forma de discussão e votação de projetos, restrições à reapresentação de projetos, etc. Daí indagar-se: tudo isto deve ser reproduzido no plano estadual?

A jurisprudência diz que sim, cometendo, a meu ver, um grande exagero. Como se observa, com a devida vênia, o STF, fundando-se, é certo, numa Constituição prolixa e analítica, o que faz é ajudar com isso a reforçar a hegemonia do Poder Executivo e o enfraquecimento do Poder Legislativo. Será este o modelo de separação de poderes, independentes, harmônicos e equilibrados que queremos para sustentar o Estado Federal brasileiro?

## **6. O processo legislativo na Constituição do Estado de São Paulo, de 1989**

Mas para ficar na Constituição do Estado de São Paulo, de 1989, com a qual convivemos com mais intimidade, parece interessante constatar como foi nela disciplinado o processo legislativo, destacando alguns aspectos mais relevantes em que se promoveu, digamos, uma releitura do processo legislativo federal, acrescentando ou cortando certos pontos.

Começaria com a previsão do que compreende o processo legislativo paulista (art. 21), apenas para destacar que não se incluiu nele a

medida provisória, que, como visto, o STF não obriga, mas admite seja adotada no plano estadual, desde que observado o padrão federal. Também não se previu a lei delegada, o que, de resto, nem a anterior Constituição paulista havia feito, uma vez que o já citado art. 200 da anterior Constituição Federal tornava facultativa sua edição no plano estadual.

No que se refere à iniciativa para propor emendas à Constituição, em São Paulo guardou-se paralelo com a Constituição Federal ao se prever, no art.22, a iniciativa coletiva de 1/3 dos membros do Poder Legislativo estadual ou de 1/3 das Câmaras Municipais e a iniciativa individual do Chefe do Executivo estadual. Mas inovou-se, em relação à Constituição Federal, ao se admitir, também, proposta de emenda de iniciativa popular, assinada, no mínimo, por um por cento dos eleitores. Como se sabe, no plano federal, foi prevista apenas a iniciativa popular para apresentação de projetos de lei (art. 61, § 2º da CF) e não de emendas constitucionais.

Ainda no que se refere a tais emendas, também diferiu parcialmente da Federal a Constituição do Estado, ao estabelecer no art. 22, § 1º, que a Constituição não poderá ser emendada na vigência de estado de sítio ou de estado de defesa, omitindo, porém, a vigência de intervenção federal como circunstância em que não se pode emendar a Constituição.

Nesse particular, talvez tivesse sido mais adequado, prever, na adaptação do modelo federal, também a proibição de se emendar a Constituição paulista na hipótese de intervenção federal no Estado de São Paulo ou de intervenção do Estado de São Paulo em Município nele localizado. Sim, porque durante um regime anômalo, como o que se instaura, seja com a intervenção federal no Estado, seja com a intervenção estadual em Município situado no território do interventor, não há clima apropriado, em tal circunstância, para se alterar a Constituição do Estado envolvido.

Passando à disciplina da lei complementar, a que a Constituição Federal dedica um único e lacônico dispositivo (art. 69), dispondo que serão aprovadas por maioria absoluta, a Constituição de São Paulo foi mais detalhista, ao prever, além disso, no art.23, parágrafo único, uma longa relação de todas as leis que considerou deverem ser complementares.

No plano federal isto não acontece e para saber quais leis são complementares é preciso vasculhar toda a Constituição, já que terão essa

condição as que assim forem denominadas ao longo do seu texto, revelando a intenção do constituinte de que, dada a importância por ele conferida a determinadas matérias, deveriam as mesmas ser objeto de leis aprovadas por maioria qualificada. A mim parece mais adequado o tratamento dado ao assunto pela Constituição paulista, indicando, desde logo, ao disciplinar o processo legislativo, todo o acervo de leis complementares.

Talvez essa técnica tenha sido adotada para evitar a repetição de um caso que ficou famoso em São Paulo ao tempo do regime constitucional anterior, o da discussão sobre a constitucionalidade de uma lei complementar, apelidada de Marinzão, porque de iniciativa do então Governador José Maria Marin, que cuidava de transformação de cargos públicos na Administração estadual. A constitucionalidade da referida lei complementar foi analisada em uma ação direta de inconstitucionalidade preparada pela Procuradoria Geral do Estado para o Governador seguinte, André Franco Montoro, ação em que se contestaram, no mérito, vários de seus pontos, sendo que, no plano formal, repelia-se a validade da lei por não ter sido aprovada por maioria absoluta, como deveriam, já então, ser aprovadas as leis complementares, e sim por decurso de prazo como autorizava o regime constitucional da época para as leis ordinárias (art. 51, §§ 2º e 3º da Constituição de 1967, com a redação dada pela EC nº 1/69). Ao examinar a questão, o STF entendeu improcedente esse argumento de ordem formal, concluindo que a tal lei, na verdade, era uma lei ordinária e não uma lei complementar, embora como tal rotulada, porque somente se poderiam considerar como complementares as assim batizadas na Constituição Federal. E na Constituição então vigente não se previa lei complementar para tratar do assunto. Portanto, não havia problema na aprovação da indigitada lei por decurso de prazo<sup>11</sup>.

Pelo sim, pelo não, teve agora o constituinte paulista a cautela de discriminar no art.23, parágrafo único, da atual Constituição do Estado,

---

11 Como coautora na preparação daquela ADIn, em conjunto com os colegas da Procuradoria Elival da Silva Ramos e José Domingos Ruiz Filho, permito-me manifestar meu inconformismo, que persiste até hoje, com a posição do STF nesse particular. Sim, porque afirmar que o Estado só poderia editar leis complementares sobre as matérias que na Constituição Federal deveriam ser disciplinadas por leis complementares, significava negar aos Estados a capacidade de editar tais leis, já que as matérias a serem disciplinadas por elas, nos termos da Constituição Federal, eram todas de competência legislativa privativa da União.

o rol das leis que se consideram complementares, entre elas incluindo o Estatuto dos Servidores Cíveis e dos Militares.

Outra preocupação do mesmo constituinte, em tema de processo legislativo, foi também a de indicar, no *caput* do art. 24, os legitimados para a proposição de leis complementares e ordinárias, separando e discriminando nos parágrafos do mesmo artigo, no caso dos legitimados com competência legislativa reservada, as matérias que cabem na competência de cada um.

Obviamente, no caso de legitimação geral, como a dos Deputados Estaduais e a dos cidadãos (iniciativa popular), não haveria por que arrolar as matérias que podem ser objeto de projetos de lei por eles apresentados, já que lhes cabe o que não for de competência legislativa reservada de outros legitimados.

Mesmo assim, cabe registrar que, no caso das leis de iniciativa popular, se o constituinte estadual não estipulou as matérias a serem por elas disciplinadas, entendeu pelo menos de bom alvitre antecipar-se à edição da lei prevista no art. 27, § 4º, da Constituição Federal, para dispor sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual, e já introduziu na Constituição do Estado comandos voltados, por exemplo, a referendo e plebiscito requeridos por iniciativa popular (art.24, § 3º, n.2, 3, 4 e 6). A lei prevista pelo constituinte federal, acima mencionada, foi promulgada só dez anos mais tarde. É a Lei nº 9.709, de 18 de novembro de 1998.

Mas voltando à questão da iniciativa reservada, aqui também o constituinte paulista afastou-se da Constituição Federal, que na seção do processo legislativo somente indica o que é de competência exclusiva do Presidente da República, relegando aos tópicos pertinentes aos demais legitimados com esse tipo de iniciativa reservada (assim o Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Superiores, o Procurador Geral da República) a indicação do objeto da legislação a ser por eles desencadeada com exclusividade.

Já o constituinte paulista sistematizou melhor a matéria, usando a técnica mais prática e razoável de cuidar do assunto integralmente na seção do processo legislativo.

Bem, nenhuma das diferenças de tratamento apontadas foi até hoje, ao que consta, impugnada perante o Poder Judiciário. Mas deve-se mencionar uma última, já degolada pelo STF.

Estou me referindo ao art. 29 da Constituição do Estado que dispunha: “Ressalvados os projetos de iniciativa exclusiva, a matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá ser renovada, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa”.

Para efeito de comparação, diz o § 7º do art. 66 da Constituição da República: “A matéria constante de projeto de lei rejeitado somente poderá constituir objeto de novo projeto, na mesma sessão legislativa, mediante proposta da maioria absoluta dos membros de qualquer das Casas do Congresso Nacional”.

A diferença, como se vê, está na exceção aberta pela Constituição estadual, que exclui os projetos de iniciativa exclusiva rejeitados, da necessidade de aprovação de proposta da maioria absoluta dos membros da Assembleia Legislativa para serem reapresentados na mesma sessão legislativa.

Submetida à apreciação do STF a constitucionalidade dessa discrepância, concluiu o Tribunal, na ADIn nº 1546-0/SP, Rel. Nelson Jobim, por unanimidade, pela procedência, em parte, da ação direta e declarou a inconstitucionalidade do art.29, quanto à expressão “ressalvados os projetos de iniciativa exclusiva”.

A justificativa da decisão foi a de sempre, como se lê em trecho do voto do Relator:

“O Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência pela observância compulsória pelos Estados-membros, dos princípios que informam o processo legislativo (ADIMC 276 – Rel. Celso de Mello; ADIMC 822 – Rel. Sepúlveda Pertence; ADIMC 1254 – Rel. Celso de Mello; ADI 1434 – Rel. Celso de Mello).

Não atenta contra a autonomia dos Estados tal obediência. A Constituição Federal é a fonte principal da ordem jurídica nacional e com ela deve ser compatível.”

Bem, quanto a outros tópicos do processo legislativo paulista (como, por exemplo, tramitação em regime de urgência, sanção, veto, promulgação), deixam de ser examinados, por não haver discrepâncias maiores com o processo legislativo federal. Lembro, por fim, que vários detalhes procedimentais do processo legislativo estadual (como passagem dos projetos



por Comissões, e outros mais) e também, por força do art.27 da Constituição do Estado, os casos de decreto-legislativo e de resolução encontram-se disciplinados no Regimento Interno da Assembleia Legislativa.

## 7. O processo legislativo no âmbito municipal

Já é hora de passar ao processo legislativo no âmbito municipal.

Como dito antes, na Constituição de 1988 o Município foi alçado à condição de ente autônomo, integrante da Federação brasileira. É o que decorre dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal, aquele textualmente afirmando que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal; este confirmando que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Assim sendo era natural que o Município adquirisse, conseqüentemente, a capacidade de auto-organização, própria dos entes autônomos e que lhe foi concedida no *caput* do art. 29 da Lei Maior, ao estatuir que “o Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos” (que são os que se seguem nos múltiplos incisos do mesmo art. 29).

Percebe-se, da leitura do dispositivo constitucional em questão, que o processo de elaboração da Lei Orgânica municipal já vem, em linhas gerais, nele previsto, com a indicação de turnos de votação e quorum de aprovação, observados os princípios estabelecidos nas duas Constituições, a Federal e a Estadual.

A curiosidade está em se saber se a Lei Orgânica seria uma terceira Constituição, vale dizer, a Constituição local. Ou, por outras palavras, saber se a Lei Orgânica seria fruto de um poder constituinte.

A natureza da Lei Orgânica não é pacífica. Se considerarmos que as normas que nela constam são voltadas à organização dos Poderes municipais e à estruturação de seus órgãos e serviços, enfim, a matérias de natureza constitucional, não parece desarrazoado concluir que, ao elaborá-la, estaria o Município exercendo funções de poder constituinte.

Abonando este entendimento, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, por exemplo, observa, à luz da Constituição de 1988: “Pode-se dizer que, em decorrência desta Constituição, o Município recebeu do poder constituinte originário uma emanção, um poder constituinte derivado, ou decorrente, que o auto-organiza”<sup>12</sup>.

Também JOSÉ AFONSO DA SILVA chega a considerar a Lei Orgânica uma espécie de “Constituição Municipal”, o que não deixa, entretanto, de ser incoerente com sua posição sobre o Município na Federação brasileira, uma vez que não aceita, apesar da dicção expressa dos arts. 1º e 18 da Constituição, já antes mencionados, que o Município tenha a condição de ente autônomo, portanto, com capacidade de auto-organização<sup>13</sup>.

O fato, porém, é que o rótulo e os argumentos referidos não seduziram o Tribunal de Justiça de São Paulo, nas diversas ações diretas de inconstitucionalidade que apreciou sobre o assunto, concluindo pelo descabimento das pretensões.

Confira-se, a título ilustrativo, a ementa da ADIn.14.609-0, que teve como Relator o Des. Márcio Bonilha:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade – Lei Municipal – Confronto com a Lei Orgânica do Município – Impossibilidade jurídica do pedido – Ausência de condição da ação- Artigo 267, VI do Código de Processo Civil – Extinção parcial do processo sem exame do mérito. O controle de constitucionalidade de leis é efetivado em face de norma constitucional, não ostentando essa natureza simples regras de direito comum, que não se prestam para o cotejo almejado, pois envolvem matéria correspondente a mero tema de ilegalidade.”

Por outras palavras, para o Judiciário, chamar-se a Lei Orgânica do Município de “Constituição Municipal” é mera força de expressão, pois ela não se reveste de natureza constitucional, reunindo simples regras de interesse normativo local, que, se desatendidas, não são parâmetro para aferição de inconstitucionalidade.

12 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2000, vol. 1, p. 208.

13 AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 408 e 539.

Mas, retomando o processo de elaboração da Lei Orgânica, vimos que deverá atender a princípios postos nas Constituições Federal e Estadual.

A primeira delas, a Constituição Federal, a par da indicação já mencionada de turnos e quorum no *caput* do art.29, enumera pormenorizadamente as matérias que devem ser objeto de previsão na Lei Orgânica, nos catorze incisos do mesmo artigo e no art.29-A, acrescentado à Constituição pela Emenda Constitucional nº 25/2000. Estão aí, sem dúvida, preceitos a integrar o conteúdo da Lei Orgânica. Porém, nada se acrescenta como princípios a serem obedecidos em particular no processo legislativo de feitura da Lei Orgânica.

A segunda, a Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, laconicamente dispõe, no art.144, que “os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.” E fica por aí, também sem nada indicar como princípios norteadores especificamente do processo de elaboração da Lei Orgânica.

É como se o constituinte estadual admitisse que, se o congêneres federal contentou-se com a abordagem sucinta da questão, também ele deveria se dar por satisfeito, até mesmo porque, como a inobservância do princípio da autonomia municipal pode motivar intervenção federal no Estado (art. 34 VII, “c” da CF), convém ser cauteloso, para evitar eventual caracterização de interferência indevida na auto-organização do Município.

Este raciocínio terá sido, talvez, o que explica, igualmente, a parcimônia da Constituição paulista no tratamento geral dispensado aos Municípios, a que dedica tão somente cinco artigos (arts. 144 a 148) sem nada dizer – adiante-se logo – também sobre o processo de elaboração das demais leis municipais, preservando assim a capacidade de autolegislação dos Municípios, na trilha do constituinte federal.

De fato, no já mencionado art. 29 da Constituição da República, a única determinação a respeito do processo legislativo municipal consta do inciso XIII, em que se inscreve como preceito de observância pela Lei Orgânica a previsão da “iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado.”

## 8. O processo legislativo das leis municipais na Lei Orgânica do Município de São Paulo

Isto posto, é na Lei Orgânica que se há de cuidar do processo legislativo no âmbito municipal. E aqui se vai recorrer à Lei Orgânica do Município de São Paulo, para exemplificar como foi tratada a matéria, do mesmo modo que se tomou a Constituição do Estado de São Paulo para mostrar o tratamento do processo legislativo estadual.

Sob o título “Da elaboração legislativa”, o tema começa a ser disciplinado no art.24 da Lei Orgânica, em que se arrolam as espécies normativas compreendidas no processo legislativo municipal. E nesse ponto, *mutatis mutandi* todas as que foram agrupadas pela Constituição Federal no art.59, são repetidas, a saber, emendas à Lei Orgânica do Município, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos-legislativos e resoluções.

Na sequência, adotando o tratamento previsto no art. 29 da Lei Maior para a elaboração da Lei Orgânica, exige esta, para as emendas a seu texto, os mesmos dois turnos de votação, com interstício mínimo de dez dias, e aprovação dependente de dois terços dos votos em cada turno. E dispõe mais, com uma ou outra inovação, sobre a tramitação das propostas de emenda, sem desgarrar-se muito do processo previsto no art.60 da Constituição Federal para as emendas àquela Constituição.

A preocupação seguinte, no art.26 e seus parágrafos 1º a 4º, é com a iniciativa das leis complementares e ordinárias, acompanhando igualmente a Constituição Federal na previsão de iniciativa geral e de iniciativa reservada. São titulares de iniciativa legislativa qualquer membro, Comissão ou Mesa da Câmara Municipal, o Prefeito e os cidadãos, estes últimos, aliás, por determinação expressa do art.29, XIII, da Constituição Federal, já antes citado. Os projetos de lei de iniciativa privativa do Prefeito e os de iniciativa privativa da Câmara Municipal estão especificados, respectivamente, nos §§ 1º e 2º. Já os privativos da Mesa da Câmara constam no art. 21, inciso I, fora, portanto, da seção dedicada ao processo legislativo como um todo.

No §5º do art.26 vem a lacônica menção às leis complementares, apenas com a informação de que serão aprovadas por maioria absoluta, a exemplo do art. 69 da Constituição Federal.

Como se percebe, o figurino da Constituição Estadual, quanto ao agrupamento das hipóteses de iniciativas reservadas num mesmo artigo ou de enunciação de todas as leis complementares já no tópico relativo ao processo legislativo, não interessou os autores da Lei Orgânica. Sua aderência foi mesmo diretamente à Constituição da República, da qual se reproduziu, na sequência, o tratamento dado às medidas provisórias e às leis delegadas. Neste caso, aliás, o único modelo a seguir seria mesmo a Constituição Federal, já que o Estado de São Paulo, como visto, não as importou.

Assim é que, em relação às medidas provisórias, o art.28 da Lei Orgânica é o símile das disposições do art.62 da Constituição Federal, com as adaptações cabíveis em um Poder Legislativo unicameral, o mesmo ocorrendo com o art.32 da Lei Orgânica em relação ao art.68 da Constituição da República, no que se refere à lei delegada.

Sem grandes observações a fazer quanto aos demais trâmites do processo legislativo municipal (tais como processo abreviado, veto, sanção, etc.), e lembrando que também o Regimento Interno da Câmara Municipal traz disposições referentes ao tema, o único dispositivo que ainda vale destacar da Lei Orgânica nessa matéria é a previsão do art.33, segundo o qual as leis municipais serão reunidas em codificações e consolidações integradas por volumes contendo matérias conexas ou afins, constituindo em seu todo a Consolidação da Legislação Municipal.

Desdobrando o tema, explica o § 1º do art. 33 que a consolidação consistirá na integração de todas as leis pertinentes a determinada matéria num único diploma legal, revogando-se formalmente as leis incorporadas à consolidação, sem modificação do alcance nem interrupção da força normativa dos dispositivos consolidados.

E mais, esclarece o § 2º que, preservando-se o conteúdo normativo original dos dispositivos consolidados, poderão ser feitas certas modificações nos projetos de lei de consolidação, com a finalidade de realizar fusão de disposições repetitivas ou de valor normativo idêntico; promover atualização de termos antiquados e modos de escrita ultrapassados; atualizar o valor de penas pecuniárias, com base em indexação padrão; suprimir dispositivos declarados inconstitucionais pelo Tribunal de Justiça, além de outras providências ali discriminadas.

Ao se preocupar com essas questões, alinhou-se, ainda uma vez, a Lei Orgânica aos ditames da Constituição Federal, cujo art.59, parágrafo único, previu que “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Para tanto foi promulgada a Lei Complementar n.º 95, de 1998 (posteriormente alterada pela Lei Complementar n.º.107, de 2001), regulamentada pelo Decreto n.º.2.954, de 29 de janeiro de 1999 (igualmente alterado depois pelo Decreto n.º 4.176, de 28 de março de 2002).

E o fato é que os desdobramentos constantes do art.33 da Lei Orgânica sobre a consolidação das leis municipais acompanha de perto os ditames da Lei Complementar n.º 95/98.

A preocupação do constituinte federal com o aprimoramento do complexo normativo brasileiro é compreensível, considerando-se a necessidade de enfrentar a crise cada vez mais visível do nosso sistema legal, confuso e desorganizado, com acúmulo de leis esparsas, mal redigidas e desintonizadas, gerando muitas vezes dificuldade de compreensão do seu teor, o que prejudica a certeza do Direito, cria dúvidas para os destinatários das leis sobre sua validade e seu alcance, sobre o que é certo e o que é errado nos termos da lei.

A consolidação do acervo legislativo, e mais o cuidado com as técnicas de elaboração e redação das leis para se chegar a um produto final de melhor qualidade, representarão, portanto, uma contribuição de grande utilidade para a solução da crise acima mencionada. Nesse sentido, é sempre interessante destacar importância de se dar efetivo cumprimento aos diplomas legais já editados com essa finalidade, fazendo com que não se tornem letra morta, como ocorre com tanta frequência no Brasil, onde são comuns as leis que “não pegam”.

Na doutrina parece que estamos recuperando o atraso<sup>14</sup>, passando-se a discutir com maior frequência, a exemplo do que se passa já

---

<sup>14</sup> De fato, o tema tem despertado o interesse dos doutrinadores brasileiros, podendo ser lembrados entre os estudiosos da Legística, autores como RIZEK JÚNIOR, Rubens Namam, *O processo de consolidação e organização legislativa*, tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira, *O ordenamento jurídico brasileiro e o instituto da consolidação*, in Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. *A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia*, Belo Horizonte, 2003; CALIMAN, Auro Augusto e JEHA, Pedro Rubez, *Ordenamento jurídico brasileiro: a consolidação das leis como método reorganizador e simplificador da legislação*. Revista Jurídica 9 de Julho, n.º.3, 2004.

faz tempo em outros países, a chamada Teoria ou Ciência da Legislação, de que um dos ramos é a Legística, que o ilustre constitucionalista português CARLOS BLANCO DE MORAIS, grande estudioso do assunto, define com precisão como sendo “o ramo da Ciência da Legislação que se ocupa dos conhecimentos, dos métodos e das técnicas destinados a assegurar, em sede de concepção, elaboração e controlo dos efeitos normativos, a qualidade, a validade e praticabilidade do texto e do conteúdo prescritivo das leis”<sup>15</sup>.

## 9. A título de conclusão

A dimensão de trabalho destinado a integrar uma coletânea de estudos há de ser compatível com a necessidade de partilhar espaço, impondo-se abreviar o discurso, embora seu tema possa merecer uma reflexão mais aprofundada para melhor evidenciar seu alcance e sua importância.

Este foi o caso da presente exposição, limitada a trazer à baila apenas alguns aspectos mais visíveis da problemática, por certo mais ampla, do processo legislativo no âmbito da Federação brasileira.

A matéria ainda comporta outros desmembramentos. Talvez fosse esta, aliás, a observação que faria, com a franqueza que a caracterizava, a homenageada Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, com quem tive o privilégio de conviver nesta grande escola que é a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, onde tanto se aprende no envolvimento com a realização da Justiça.

A Teresa era entusiasmada e exigente. Não se contentava com pouco. Lucidez e inteligência ao focalizar os assuntos que tínhamos de destrinchar eram sua marca registrada.

A essa querida amiga, que muitas vezes chamei de “meu anjo da guarda”, pois na minha Assessoria não deixava escapar qualquer falha, dedico este trabalho, mesmo incompleto, até para poder confirmar que falta ela me faz, ainda que esteja sempre presente na minha saudade.

---

15 MORAIS, Carlos Blanco de, *Manual de legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Lisboa: Verbo, 2007, p.70.

## Bibliografia

AFONSO DA SILVA, José, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Competências na Constituição de 1988*, 5ª Ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CALIMAN, Auro Augusto e JEHA, Pedro Rubez, *Ordenamento jurídico brasileiro: a consolidação das leis como método reorganizador e simplificador da legislação*, in *Revista Jurídica* 9 de Julho, n.3, 2004.

CARVALHO, Orlando de, *Representação e controle político*, in “Reforma do Poder Legislativo no Brasil”, Brasília: Câmara dos Deputados, 1966.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Comentários à Constituição Brasileira*, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2000, vol.1.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. Alfredo Gallego Anabinarte, 2ª Ed., Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MENDES, Gilmar Ferreira, *O ordenamento jurídico brasileiro e o instituto da consolidação*, in Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. A consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia, Belo Horizonte, 2003.

MONTESQUIEU, *Do espírito das leis*, trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1962, 1º vol.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Lisboa: Verbo, 2007.

PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, vol. 2.

RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques 1. Les Droits de l’Homme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1973.

RIZEK JÚNIOR, Rubens Naman, *O processo de consolidação e organização legislativa*, tese de Doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *O contrato social e outros escritos*, trad. Rolando Roque da Silva, São Paulo: Ed. Cultrix, 1975.



# Financiamento internacional e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos – Reflexões

Maria do Carmo Garcez Ghirardi<sup>1</sup>

A recente crise econômica que afetou tanto os Estados Unidos da América quanto a União Europeia aguçou a escassez de recursos financeiros com os quais contam os governos dos mais diversos pontos do globo para realizar obras indispensáveis à melhoria da condição de vida das respectivas populações.

Nesse contexto, avulta a importância dos organismos multilaterais responsáveis pela canalização de investimentos ao redor do mundo, notadamente o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

Para além dos mecanismos de financiamento do BIRD, surge na década de 1980, como importante apoio aos governos que necessitam de aporte financeiro do exterior, a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (“MIGA”, na sigla em inglês<sup>2</sup>).

O presente ensaio tem por escopo apresentar em linhas gerais os objetivos e possibilidades da MIGA, como componente do Grupo Banco Mundial, anotando ainda algumas observações relacionadas à utilização deste canal de financiamento em se tratando de licitações tais como regulamentadas no Brasil.

---

1 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Internacional pela mesma Universidade. Advogada em São Paulo.

2 “Multilateral Investment Guarantee Agreement”. A MIGA é membro do Grupo Banco Mundial, sendo dotada de autonomia financeira e administrativa.

## 1. O financiamento com base em investimento estrangeiro

A ideia de que o financiamento originado de investimento estrangeiro pode favorecer o desenvolvimento dos países sofreu mudanças ao longo do tempo.

Num primeiro momento, particularmente no período pós-guerra, o investimento estrangeiro foi disputado pelos países em desenvolvimento, que buscavam atraí-lo para seus territórios mediante o oferecimento de contrapartidas vantajosas. Na época, o investidor privado estrangeiro era considerado o melhor fornecedor de capitais e o melhor exemplo do espírito empresarial. Para atrair tais investimentos, muitos países adotaram regulamentação bastante liberal, promovendo medidas de incentivo como, por exemplo, exonerações fiscais para quem transferisse capitais para seu território.

Essa receptividade foi posteriormente refreada por uma tese rapidamente disseminada entre países menos desenvolvidos economicamente, segundo a qual o capital privado estrangeiro era fonte de exploração, destinado a atividades de pouca repercussão econômica, enquanto a economia local oferecia aos investidores alta rentabilidade muitas vezes aliada à exploração desenfreada dos recursos naturais do país receptor. Evidentemente esta desconfiança levou à criação de entraves ao investimento estrangeiro, que, por sua vez, foi em busca de países menos avessos ao recebimento de seus recursos.

Com o passar do tempo chegou-se a uma atitude intermediária, menos ideológica, que permite uma visão mais racional e realista das relações econômicas internacionais. Muitos dos países em desenvolvimento acabaram por admitir que necessitavam do capital privado estrangeiro para alavancar sua economia e, ao mesmo tempo, que precisavam controlar este capital para direcioná-lo corretamente no sentido de seu desenvolvimento. A prática aliada à necessidade demonstrou que o capital era necessário, como necessário era também alocar adequadamente estes recursos, controlando rigidamente sua aplicação, para evitar desvios e desperdícios evidentemente não desejados.

## 2. O Banco Mundial e o financiamento aos países em desenvolvimento

O Banco Mundial<sup>3</sup> surgiu na Conferência de Bretton Woods, juntamente com o Fundo Monetário Internacional, tendo sua primeira sessão em 1946, nos Estados Unidos da América. Sua finalidade primordial é promover o desenvolvimento, concedendo empréstimos aos países-membros, de forma a viabilizar a consecução de obras e projetos que elevem o padrão de vida da população local.

Os empréstimos concedidos pelo Banco Mundial são regidos por seus estatutos e por normas gerais de Direito Internacional Público. Podem ser concluídos entre Estados e o Banco ou entre este e entidades não estatais, hipótese em que o empréstimo depende do oferecimento de uma garantia, a ser prestada pelo Estado em que tem sede tal entidade<sup>4</sup>. Alguns requisitos são necessários para que o Estado possa se candidatar a um empréstimo através do Banco Mundial, dentre os quais se destacam o pagamento rigorosamente pontual da dívida pública externa e a previsão de indenização em casos de nacionalização ou desapropriação.

Como os demais organismos originados em Bretton Woods, o Banco Mundial tem uma estrutura tripartite (Conselho de Governadores, Conselho ou Diretoria e Diretor-geral ou Presidente, assistido por um Secretariado). O Estado que queira se tornar membro do Banco Mundial deve subscrever parte de seu capital. Esta subscrição está vinculada ao mecanismo de voto ponderado nas decisões do Banco que, para alguns autores, acaba por colocá-lo “nas mãos dos grandes países desenvolvidos na economia de mercado, o que provoca, em consequência, nos países do Terceiro Mundo, sentimentos de frustração, desconfiança e irritação”<sup>5</sup>.

---

3 Também conhecido como Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento (BIRD). O BIRD passou a se denominar Banco Mundial a partir de 1955. Não se confunde com o Grupo Banco Mundial, que agrega dentre outros, além do BIRD (ou Banco Mundial), a MIGA, o CIDIRI e a CFI.

4 No caso de empréstimo a particulares, com o aval do Estado em que se localiza sua sede, normalmente há exclusão da aplicação da legislação interna deste Estado, com a adoção integral das regras do Banco Mundial para a concessão do empréstimo e todo seu desenrolar, até o efetivo pagamento.

5 FEUER, Guy e CASSAN, Hervé. *Droit international du développement*. Dalloz, Paris, 1991, p. 101 (tradução livre)

Isto porque o artigo V, seção 3 dos estatutos do Banco Mundial determina que cada Estado dispõe de um número igual de votos, acrescido de votos suplementares por fração de sua subscrição, o que confere 250 votos iniciais ao Banco, aos quais se somam os votos suplementares calculados com base na contribuição de cada Estado-membro. O princípio de igualdade mantém-se na medida em que se confere um voto a cada Estado-membro, mas acaba por se descaracterizar na medida em que atribui votos suplementares, proporcionais ao montante de capital subscrito por cada um.

Esta forma de divisão de poder foi concebida, à época da criação dos organismos de Bretton Woods, tendo em vista a maior responsabilidade daqueles que, ao final, estavam empatando seu capital num Banco destinado a financiar países com menores recursos, menor estabilidade político-econômica e que, assim, poderiam oferecer maior risco de falha no pagamento. Por outro lado, os países em desenvolvimento nunca foram muito favoráveis a esta sistemática, buscando sempre maior participação nos órgãos de tomada de decisão do Banco. A partir da crise monetária de 1971, a pressão dos países em desenvolvimento por uma participação mais igualitária na deliberação dos rumos do Banco se faz sentir com maior força.

Neste diapasão, a Resolução n° 3.202 da ONU, acerca de um programa de ação para a instauração de uma nova ordem econômica internacional, recomenda uma participação “plena e efetiva dos países em vias de desenvolvimento em todos os estágios de tomada de decisões que possam conduzir à elaboração de um sistema monetário equânime e durável”. Esta recomendação aplica-se evidentemente ao Banco Mundial<sup>6</sup>.

Do embate entre visões diferentes, que se amoldam à marcha do tempo, surgiram novos organismos internacionais no bojo das Nações

---

6 A Carta dos direitos e deveres econômicos dos Estados refere-se explicitamente à igualdade e à equidade, sendo que possivelmente o texto mais completo a este respeito encontra-se em seu artigo 10: “Todos os Estados são juridicamente iguais e, sendo membros iguais da comunidade internacional, têm o direito de participar plena e efetivamente à adoção, em nível internacional, de decisões que visem resolver os problemas econômicos, financeiros e monetários mundiais, especialmente por intermédio das organizações internacionais apropriadas, de acordo com seus regulamentos atuais e futuros, e de tomar parte, de maneira equitativa, nas vantagens daí decorrentes”. (tradução livre)

Unidas, continuamente na busca de mecanismos que possam auxiliar o desenvolvimento de todos os países, nem sempre com o sucesso almejado. O número por vezes excessivo de organismos criados no seio da ONU, aliado a problemas decorrentes de visões políticas díspares, não permitiu que se alcançasse o resultado esperado, ao menos na abrangência pretendida.

De todo modo, inegável o papel pioneiro do Banco Mundial, como organismo de empréstimo e mediação para a resolução de disputas econômicas internacionais. Inicialmente os empréstimos realizados aos países em desenvolvimento estavam sujeitos a condições draconianas, que acabavam por aumentar a dívida externa dos tomadores do empréstimo. Percebendo esta distorção, o Banco esforçou-se para participar mais ativamente dos financiamentos de programas vitais para os países em desenvolvimento, tentando adaptar seu modo de intervenção às políticas de redução da dívida externa daqueles mesmos países.

Para atingir estes objetivos, o Banco pode conceder empréstimos à administração pública dos Estados-membros, para investimentos específicos com duração de quatro a nove anos, e também empréstimos para operações setoriais<sup>7</sup>. Sua ação é reconhecida e eficaz especialmente por força de seus três braços: a Corporação Financeira Internacional (CFI), a Associação Internacional do Desenvolvimento (AID) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA).

Cada um destes organismos vinculados ao Grupo Banco Mundial tem uma função específica. A Corporação Financeira Internacional (CFI), criada em 1956, tem por objetivo auxiliar o desenvolvimento econômico do setor privado dos Estados-membros. Pode oferecer empréstimos com prazo de duração entre 7 e 12 anos. A Associação Internacional do Desenvolvimento (AID) foi criada em 1960, com o objetivo de oferecer empréstimos de longo prazo para os países do Terceiro Mundo, tendo, porém, suas atividades bastante reduzidas após a retirada dos Estados Unidos da América, da França e dos

---

<sup>7</sup> Como, por exemplo, empréstimos setoriais de investimento e de manutenção objetivando atender às prioridades econômicas de um país; empréstimos destinados à sustentação de políticas de reforma institucional num setor específico; empréstimos de ajustamento estrutural para reequilibrar a balança de pagamentos a médio e longo prazo; empréstimos voltados à assistência técnica ou à reconstrução de urgência, em caso de catástrofes, etc.

Países Baixos. A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) centra suas atividades na promoção e ajuda pontual aos investimentos privados dos países em desenvolvimento. Ela estabelece a base de um sistema internacional de garantias, voltada para riscos não comerciais.

### **3. As regras de financiamento do Banco Mundial**

Os países-membros do Banco Mundial podem a ele recorrer para obter empréstimos que tenham por objetivo a promoção do desenvolvimento estável, mediante crescimento sustentável, aliado a medidas de combate à miséria e redução da pobreza. Para que o Estado receba o empréstimo almejado, no entanto, é preciso que assuma sua responsabilidade, confirmando de modo inequívoco que os valores a ele repassados serão necessária e integralmente aplicados nos projetos sociais a que se destinam.

Este comprometimento só é considerado válido quando o Estado tomador do empréstimo aceita submeter-se às regras do Banco Mundial, que procura manter rígidos padrões de eficiência, integridade e prestação de contas sobre a utilização dos recursos por ele transferidos.

Os contratos de empréstimo firmados com o Banco Mundial geralmente são acompanhados de anexos que revelam de modo bastante claro os requisitos estabelecidos pelo financiador para que o tomador faça jus ao recebimento dos valores. Tais requisitos são conhecidos como Diretrizes do Banco Mundial, às quais o tomador deve anuir integralmente a fim de obter o financiamento desejado.

Na contratação de obras ou serviços, por exemplo, o Banco Mundial incentiva a licitação internacional como forma preferencial de aquisição a ser adotada pelo tomador. Admite ainda, sob certas circunstâncias a serem indicadas e justificadas pelo tomador, que este, ao invés de licitação internacional ampla, promova licitações internacionais restritas, procedimentos licitatórios nacionais, aquisições ou contratações diretas.

Os modos excepcionais de contratação estão, porém, sujeitos a uma avaliação do Banco Mundial e não serão aceitos se a justificativa apresentada não lhe parecer razoável. A ideia é promover as aquisições

de bens ou contratação de serviços sempre através de procedimentos licitatórios internacionais os mais abrangentes possíveis, exatamente para garantir a livre competição entre os potenciais fornecedores de bens ou serviços, o que em princípio representa maior vantagem para o tomador.

O financiador tem assim a faculdade de estabelecer alguns parâmetros que lhe pareçam necessários ou indispensáveis ao desembolso para a consecução dos objetivos indicados pelo tomador. Mas é este, ao fim e ao cabo, que deverá executar o projeto. As peculiaridades, dificuldades e objetivos de cada projeto são conhecidos diretamente pelo tomador dos recursos. Por maior que seja o aprofundamento dos técnicos do Banco na avaliação de cada situação, ninguém melhor que a administração local para saber quanto é necessário o projeto para o qual se busca o financiamento e qual a forma mais adequada para sua execução.

Para executar o projeto, o tomador dos recursos deverá, seguindo as Diretrizes do Banco, promover o procedimento licitatório. Este, por sua vez, deverá atender aos requisitos e limites que a legislação nacional lhe impõe. Resta saber se há algum antagonismo insuperável entre as Diretrizes e a legislação de cada país e, em caso afirmativo, como superá-lo.

No caso do Brasil, observamos que, em linhas gerais, as regras do Banco Mundial não parecem destoar dos princípios estabelecidos em nossa Constituição Federal, notadamente os do artigo 37, no que tange à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Mesmo assim, vez por outra, há questionamentos quanto à validade de regras ditadas pelo Banco Mundial, especialmente em hipóteses de desclassificação de concorrentes, que em tais situações normalmente estão sujeitos, além das regras nacionais, ao regulamento do Banco.

#### **4. A lei Brasileira e alguns julgados recentes**

Em diversas ocasiões o Judiciário brasileiro tem sido instado a se manifestar sobre aspectos variados de licitações internacionais, financiadas pelo Grupo Banco Mundial. Os Tribunais têm confirmado, nestes momentos, a validade da imposição de certas regras específicas pelo

agente financiador, fundamentando tais decisões particularmente no parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93<sup>8</sup>.

Tomemos como exemplo um recente Acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A questão levada a julgamento girava em torno da possibilidade de determinado consórcio, considerado inabilitado na fase de pré-qualificação, ter acesso ao edital de licitação e continuar participando das demais fases do certame, sempre que satisfeitas as exigências pertinentes a cada uma das etapas.

Contra esta possibilidade insurgiu-se a entidade licitante, aduzindo que “o Edital foi elaborado e a licitação realizada em conformidade com os procedimentos de concorrência internacional (ICB), especificadas nas Diretrizes para Aquisições no âmbito de empréstimos do BIRD”. Esclareceu ainda que o próprio edital informava que a concorrência seguiria as diretrizes do BIRD, não havendo qualquer incompatibilidade, quer do edital, quer das referidas diretrizes com os certames licitatórios brasileiros.

O consórcio alegava que as diretrizes do Banco Mundial não se coadunariam com o regramento jurídico pátrio, na medida em que não permitiriam qualquer recurso contra as decisões proferidas pela Comissão de Licitações. Contra este argumento o licitante asseverou que não haveria incompatibilidade entre as diretrizes do Banco Mundial, de um lado, e a legislação pátria, de outro, vez que o edital previa expressamente a possibilidade de recursos, apenas postergando os mesmos para o final do certame.

8 Lei 8.666/93 – “Art. 42 – Nas concorrências de âmbito internacional o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

(...)

§ 5º – Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por eles exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”



Esta dilação na interposição de recursos, segundo o licitante, conferiria celeridade ao procedimento e estaria plenamente contemplada pelo ordenamento jurídico pátrio, uma vez que a mesma dilação é adotada internamente na modalidade de pregão. Por fim, indicando que o consórcio teria sido desqualificado por deficiências técnicas, o licitante asseverou que “permitir a participação do agravado, que não demonstrou a capacitação técnica exigida no Edital, viola os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia entre os demais licitantes”, que teriam atendido satisfatoriamente às exigências do edital.

O embate foi resolvido favoravelmente ao licitante, tendo o Tribunal considerado, na parte que aqui nos interessa, que “não se verifica qualquer violação a princípios constitucionais a justificar a concessão da liminar deferida no ‘*mandamus*’, tendo em vista o estatuído no § 5º do artigo 42 da Lei de Licitações, o qual permite a utilização de normas provenientes de Tratados Internacionais dos quais o Brasil aderiu, em face da ratificação das mesmas pelo Congresso Nacional”<sup>9</sup>. O julgado ressalta ainda o fato de que o consórcio não teria se insurgido contra as regras do edital no momento oportuno, o que determinaria sua inafastável sujeição às mesmas regras, tal como os demais participantes do certame.

Em sede de Reexame Necessário, o mesmo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidindo o Mandado de Segurança a que alude o Agravo de Instrumento anteriormente mencionado, apresenta a seguinte ementa:

“MANDADO DE SEGURANÇA – Licitação – Pedido indeferido de acesso ao procedimento – Alegação de Cláusula de Confidencialidade prevista nas Diretrizes do Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) – Violação ao princípio da publicidade das licitações e da transparência da Administração Pública – Inocorrência – Possibilidade após a adjudicação – Interpretação conforme a Constituição – Precedente do Tribunal de Contas da União – Sentença concessiva da segurança reformada – Reexame necessário e recurso voluntário providos. – *Se oportunizado ao licitante o acesso ao processo licitatório após a adjudicação, referida cláusula de confidencialidade imposta pelo*

<sup>9</sup> Agravo de Instrumento nº 0267189-31.2011.8.26.000, 5ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Maria Laura Tavares, v.u., julgado em 22 de março de 2012.

*Banco Mundial não ofende os princípios constitucional [sic] da publicidade das licitações e da ampla defesa”<sup>10</sup>.*

Lembra-nos o referido Acórdão que o “processo licitatório visa não somente escolher a melhor proposta, mas, também, de oportunizar aos interessados a igualdade de condições de contratar com a Administração”, sem, contudo, descuidar dos princípios da licitação, dentre os quais o da vinculação ao edital.

A leitura do julgado revela questões importantes ao tema sob análise. De fato, se o edital informa claramente que os recursos terão sua apreciação postergada para o final da licitação, não pode o participante do certame buscar a avaliação prévia de recurso seu, para apreciar sua desclassificação, o que poderia ferir a isonomia de tratamento dos licitantes. Assim, em linhas gerais, o julgado confirma ser possível à Administração Pública fazer constar, em seus editais de licitação, diretrizes emanadas do Banco Mundial, organismo internacional financiador do qual o Brasil faz parte.

Não obstante a confirmação desta possibilidade, o julgado nos lembra também que a submissão da Administração Pública às diretrizes do Banco Mundial não pode ser irrestrita. Caso as diretrizes estabelecessem uma obrigação conflitante com direitos e garantias fundamentais ou com os princípios norteadores da licitação, por óbvio que tais diretrizes não poderiam prevalecer, ainda que equivocadamente inseridas no edital convocatório. Resta claro, portanto, que as Diretrizes não estão imunes ao exame de constitucionalidade e legalidade, não sendo admissível a inclusão, no edital licitatório, de Diretrizes que afrontem a primazia do interesse público ou quaisquer princípios constitucionais em vigor.

Analisando questão semelhante, o Tribunal de Contas da União<sup>11</sup> entendeu que “se a publicidade é garantida em um determinado momento considerado oportuno no caso concreto, se o Senado Federal aprovou

---

10 TJSP – Apelação / Reexame Necessário nº 0019103-48.20118.26.0053, 11ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Luis Ganzerla, v.u., julgado em 01 de outubro de 2012, indicado para jurisprudência.

11 Tribunal de Contas da União – Decisão do Plenário (Ac 1312/2009), sessão de 17 de junho de 2009, transcrita no Acórdão do Reexame Necessário supracitado.

o empréstimo sem qualquer ressalva, se a Constituição Federal não exige que seja dada publicidade às decisões da comissão de licitação antes da adjudicação do objeto (outorga de contrato) e se não há nenhum prejuízo aos controles interno e externo, concluímos pela inexistência de ofensa ao princípio constitucional” da publicidade, sendo preservados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ou seja, não há, em princípio, óbice à adoção das Diretrizes do Banco Mundial desde que estas constem do edital, estejam em consonância com a primazia do interesse público e não contrariem princípios constitucionais garantidores de direitos e deveres do concorrente ou da Administração Pública. O parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 tem sido constantemente invocado pelo Judiciário, em socorro do financiamento de obras públicas, que tem confirmado a possibilidade de contratação de vultosos empréstimos via Banco Mundial, condicionando o repasse de recursos à adoção de suas Diretrizes básicas.

Na mesma linha seguem os inúmeros acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que tratam da matéria, considerando que em “se tratando de concorrência pública internacional com recursos provenientes de agência estrangeira, a legislação pátria admite a inserção de exigências diversas daquelas previstas na Lei Geral de Licitações”<sup>12</sup>. Ainda: na “realização de concorrência pública internacional, se o edital de pré-qualificação estabelece exigências compatíveis como disposto na Lei de Licitações (artigo 42, § 5º e 114 da Lei 8.666/93), não se configura ilegalidade a ser reparada pela via do mandado de segurança”<sup>13</sup>.

## **5. O Centro Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI) e a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA)**

Um dos grandes princípios da Organização das Nações Unidas (ONU) refere-se à necessidade de cooperação para resolver problemas internacionais de caráter econômico, cultural ou humano. Para a consecução deste

---

12 STJ – RMS nº 14.579/MG, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, v.u., julgado em 20 de setembro de 2005.

13 STJ – RMS nº 11.105/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, v.u., DJ 11 de junho de 2001.

princípio, o artigo 57 da Carta das Nações Unidas prevê a criação de “entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitários e conexos, as quais serão vinculadas à Organização por meio de acordos que serão submetidos à aprovação da Assembleia Geral”<sup>14</sup>.

O CIRDI, criado pela Convenção de Washington, e a MIGA, criada pela Convenção de Seul, enquadram-se neste espírito dos princípios das Nações Unidas, sendo ambos afiliados ao Grupo Banco Mundial. A MIGA volta-se precipuamente para o oferecimento de garantias a tomadores estatais, enquanto o CIRDI alcança litígios não apenas entre estados, e entre estes e particulares, mas também exclusivamente entre particulares.

Estas duas Convenções procuram dar um enquadramento universal ao direito internacional dos investimentos. Tratando de investimentos estrangeiros, ambas têm objetivos bem definidos. O CIRDI, cuja criação data de 1965, disponibiliza um fórum adequado à solução de eventuais disputas que possam surgir a partir de operações de investimento internacional. Já a MIGA busca, prioritariamente, oferecer aos investidores internacionais garantias que possibilitem maior segurança nas operações de financiamento em regiões menos estáveis econômica ou politicamente. Evidentemente, em ambos os tratados há necessidade de se avaliar as transações, sob o ponto de vista jurídico, para que se possa determinar a presença ou não de um investimento estrangeiro. Voltaremos a este ponto, mas, por ora, vejamos o que dispõem as convenções internacionais criadoras dos CIRDI e da MIGA.

A Convenção de Washington não oferece nenhuma definição formal de investimento, justamente para permitir maior abrangência das diferentes disputas que possam ser submetidas ao CIRDI. Considerando a diversidade de formas e os diferentes instrumentos por meio dos quais se podem realizar investimentos ao redor do mundo, preferiu-se deixar em aberto a conceituação para possibilitar maior abrangência de disputas originadas por vezes de instrumentos que, formalmente, talvez não

---

14 ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, G. E. Manual de direito internacional público. Saraiva, 1996, p. 224.

fossem tidos por esta ou aquela lei nacional, por este ou aquele tratado, como típicos instrumentos de investimento ou financiamento<sup>15</sup>.

Ao contrário, a Convenção de Seul, instituindo a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos<sup>16</sup>, procura delimitar com clareza e precisão as hipóteses de investimento estrangeiro. Isto se dá principalmente em razão de uma questão prática: sua limitação orçamentária. Sendo uma agência garantidora, a MIGA deve-se ater aos seus limites financeiros, o que determina a exclusão de algumas operações do seu âmbito de aplicação<sup>17</sup>. Não se trata de formular conceito teórico sobre a noção jurídica de investimento, mas, sim, de promover definição necessária à distinção entre operações que, sob o prisma da Agência, constituem investimento (e, portanto, passíveis de serem garantidas) e operações que não constituem investimento.

O artigo 12 da Convenção<sup>18</sup> delimita os investimentos susceptíveis de garantia, indicando os aportes de capital, aí incluídos empréstimos de

---

15 O CIRDI foi criado sob os auspícios do Banco Mundial pela Convenção de Washington, de 18 de março de 1965, tendo como objetivo inicial a redução da desconfiança que países do então chamado “Terceiro Mundo” nutriam contra procedimentos arbitrais tradicionais. Estabeleceu uma estrutura original que permite a solução de controvérsias por meio de conciliação ou arbitragem, colocando à disposição dos investidores (públicos ou privados), uma lista de conciliadores e de árbitros a serem selecionados para constituir o tribunal arbitral. Uma das questões que foram logo objeto de uma solução original diz respeito à necessidade ou não de esgotamento das instâncias internas para que se pudesse submeter o litígio a uma instância internacional. O artigo 26 da Convenção traz uma redação que busca conciliar interesses conflitantes a este respeito. Também a questão relativa ao direito aplicável acabou por desagradar especialmente os países menos desenvolvidos, sendo que uma boa parte deles recusa-se a assinar a Convenção porque o parágrafo primeiro do artigo 42 estabelece que “o tribunal resolverá as disputas de acordo com as regras de direito adotadas pelas partes. Caso não haja acordo, o tribunal aplicará à disputa a lei do Estado da parte contratante – incluindo as regras relativas ao conflito de leis – bem como os princípios de direito internacional relativos à matéria.” (tradução livre). Até o momento o Brasil não aderiu a esta Convenção.

16 O Brasil tornou-se membro da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos em 07 de janeiro de 1993.

17 A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos não reconhece, por exemplo, quaisquer créditos à exportação como forma de investimento sujeito a garantia, independentemente de sua forma e mesmo se oferecida uma contragarantia por governos ou organismos públicos de garantia à exportação.

18 “Article 12. Eligible Investments.

(a) Eligible Investments shall include equity interests, including medium or long term loans made or guaranteed by holders of equity in the enterprise concerned, and such forms of direct investment as may be determined by the Board.

(b) Loans other than those mentioned in Section (a) above are eligible for coverage (I) if they are made to finance or are otherwise related to a specific investment or project in which some other form of direct investment is present, whether or not guaranteed by the Agency and regardless of when such other investment was made; or (II) as may be otherwise approved by the Board by special majority.”

médio ou longo prazo realizados ou garantidos pelos sócios no empreendimento almejado. Modos diversos de investimento direto podem também ser objeto de garantia, se aprovados pela Diretoria<sup>19</sup>. Outras formas de empréstimo, além das já mencionadas, podem também ser objeto de garantia, se (I) forem feitas para financiar ou de alguma forma apoiar um investimento ou projeto específico no qual outra forma de investimento direto esteja presente (este, garantido ou não pela Agência) e independentemente do momento em que este outro investimento tenha sido feito; ou (II) se obtiver aprovação da maioria qualificada da Diretoria.

A Agência, assim, procura delimitar seu campo de aplicação, deixando algum espaço para situações novas, que possam merecer seu apoio. A delimitação jurídica do que se entende por investimento, no caso da MIGA, é feita por exclusão, já que as operações de transferência que prioritariamente receberão a garantia oferecida estão indicadas detalhadamente na Convenção, embora esta admita inclusão de hipóteses diversas daquelas relacionadas, sujeitas à aprovação da Diretoria (em certos casos, por maioria absoluta). Como já mencionado, não se trata de criar uma nova categoria jurídica de investimento, mas de restringir as inúmeras formas de aporte de capital estrangeiro em projetos nacionais, para que a atuação da Agência não desborde dos limites de sua capacidade financeira, pondo em risco toda a operação de garantia a que se propõe.

## **6. O § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 e a MIGA**

A Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) é uma organização dotada de personalidade de direito internacional e autonomia financeira. O Brasil faz parte da MIGA, sendo considerado,

---

<sup>19</sup> A Agência Multilateral é uma organização internacional cujos acionistas incluem a maioria dos países do mundo. Sua estrutura administrativa compõe-se dos seguintes órgãos: Conselho de Governantes, Diretoria e Presidência, além do corpo de funcionários destacados para dar andamento aos assuntos da MIGA. O Conselho é formado por um representante de cada país-membro. O número de votos que se atribui aos países é proporcional à contribuição de cada um para a formação do capital da MIGA. O Brasil contava com 2.846 votos (ou 1,30% do capital total) em 30 de setembro de 2012. A Diretoria é composta por não menos que 20 (vinte) diretores, podendo tal número variar de acordo com o número de países que passem a fazer parte da MIGA e conforme a contribuição de cada um. Cabe ressaltar, finalmente, que os membros da Agência são divididos em duas categorias, sendo os membros listados sob a “Categoria Um”, países mais desenvolvidos, enquanto os membros sob a “Categoria Dois” são considerados países em desenvolvimento para fins da Convenção (conforme Anexo A da mesma Convenção de Seul).

para fins da Agência, como país em desenvolvimento. A MIGA foi criada com o intuito de promover os investimentos de países desenvolvidos em países em desenvolvimento, destinando-se a garantir os investidores contra riscos políticos e não comerciais.

Dentre os riscos cobertos pela MIGA destacam-se (I) o risco de transferência (contra a hipótese de o país receptor do financiamento limitar unilateralmente a possibilidade de remessa de lucros ou dividendos de seu investimento); (II) o risco de desapropriação (que pode privar o investidor de seus direitos sobre o investimento realizado); (III) o risco de ruptura do contrato (não havendo definição precisa na Convenção de Seul sobre a questão, considera-se que havendo uma ruptura contratual de caráter não comercial, e inexistindo meios de recurso apropriados do investidor contra tal medida unilateral, a MIGA deverá efetuar o pagamento da garantia); e (IV) o risco de conflitos armados ou guerras civis (que dificultam ou impossibilitam totalmente o gozo dos direitos do investidor com relação ao seu investimento, equiparando-se a hipóteses de caso fortuito ou de força maior).

A MIGA desempenha assim importante papel na captação de recursos entre investidores particulares. Sendo uma Agência do Grupo Banco Mundial, dispõe de dados muito atualizados sob o ponto de vista financeiro, social e político de diversos países. Este conhecimento assegura um dimensionamento real e efetivo dos riscos incorridos por cada investidor que, além de contar com a MIGA para minimizar riscos não comerciais, evidentemente cerca-se ainda de garantias contra riscos comerciais, nas suas diversas formas e modalidades, notadamente por meio da chamada garantia bancária autônoma, tal como regulamentada pela Câmara de Comércio Internacional.

Resta saber se a MIGA, no papel de fomentadora de investimentos, poderia também estabelecer diretrizes a serem observadas pelos receptores dos investimentos, a fim de minorar os riscos que entende presentes na empreitada. Em outras palavras: se um investidor é atraído pela MIGA para participar de determinado projeto, contando com a garantia da Agência, podem o investidor ou a Agência apresentar diretrizes a serem observadas para a concessão do empréstimo ou da garantia, tal como o faz o Banco Mundial?

O parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 menciona “recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o

Brasil seja parte”. A MIGA exerce um papel preponderante na captação de recursos sendo uma Agência autônoma da qual o Brasil é parte. As linhas de financiamento são oferecidas também com base na garantia ofertada e na solidez do garantidor. Assim, se a MIGA intervém para atrair investidores que poderão, eventualmente, complementar o valor já prometido pelo Banco Mundial, está favorecendo o investimento em projeto já aprovado por outro organismo multilateral.

Este é o caso, por exemplo, do projeto P127723 do Estado de São Paulo, que objetiva melhorar as condições de transporte rodoviário e hidroviário no Estado. Pretende-se obter os recursos necessários à consecução do projeto através do Banco Mundial, em sua maior parte, de recursos próprios do Estado e de empréstimos complementares, em valor menor, oriundos de financiamento privado com garantia MIGA.

O projeto apresentado para avaliação do Banco Mundial já indica a necessidade de complementação via financiamento privado com garantia da Agência do Banco Mundial. Evidentemente, os potenciais investidores darão preferência a um projeto que tenha garantia MIGA, pois tal garantia minora consideravelmente riscos políticos associados ao empreendimento, além de ser Agência afiliada ao Grupo Banco Mundial que, via de regra, é bastante rigoroso na aprovação de projetos que financia.

Considerando a necessidade de complementação do investimento e o fato de este ser captado por uma Agência internacional da qual o Brasil faz parte, indaga-se se seria possível equiparar tais investimentos àqueles feitos diretamente pelo Banco Mundial, para fins de elaboração do edital de concorrência.

Há quem considere que as diretrizes do Banco Mundial apresentam larga vantagem na contratação por licitação, inclusive por força da limitação já anotada, que impede os participantes de apresentar recursos antes da adjudicação do objeto licitado, conferindo maior celeridade ao certame. O investimento originário do setor privado, por outro lado, muitas vezes só é realizado por força da intervenção da MIGA. O investidor sente-se seguro com o oferecimento de uma garantia sólida e decide aportar seus recursos para o projeto indicado pela Agência.

Alguns julgados parecem indicar que seria possível ao investidor ou à Agência determinar algumas condições para o certame, como se



depreende de julgado do qual se transcreve um excerto: “A lei não veda o financiamento por organismo financeiro internacional para aquisição de bens e equipamentos. Ao contrário, estatui, no art. 42, § 5º, da Lei 8.666/93, regras para viabilizá-lo. Logo, a exigência editalícia de caráter genérico no sentido de as proponentes apresentarem proposta idônea de organismo financeiro internacional para financiamento dos bens e equipamentos objeto da concorrência não constitui ilegalidade nem fere o princípio da isonomia entre as empresas concorrentes”<sup>20</sup>.

Para que se responda com segurança a questão apresentada, no entanto, há que se perquirir quais os requisitos estabelecidos pela Lei para que o agente financiador possa fixar diretrizes a serem observadas no procedimento licitatório.

Como nos lembra Marçal Justen Filho, “não bastará a Administração afirmar que a contratação se fará com recursos oriundos do estrangeiro, o que autorizaria a adoção de regras licitatórias diversas daquelas contempladas na legislação brasileira”<sup>21</sup>.

É preciso que se trate de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte. Este o primeiro requisito estabelecido pelo parágrafo 5º do artigo 42 da Lei de Licitações. E este requisito se amolda à configuração da MIGA que, como já vimos, é organismo multilateral, dotado de personalidade jurídica internacional, tendo o Brasil como um de seus membros.

Outro requisito é a prévia aprovação do Congresso Nacional. Não é possível aplicar o permissivo do § 5º do artigo 42 da Lei de Licitações se o tratado já foi assinado, mas ainda depende de ratificação pelas Casas Legislativas. A competência do Congresso Nacional é exclusiva para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”<sup>22</sup>.

---

20 STJ – RMS nº 6.597-MS – Segunda Turma, Rel. Min. Antonio de Padua Ribeiro, julgado em 16 de dezembro de 1996.

21 JUSTEN Filho. Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Dialética, 2008 (12ª edição), p. 540

22 Constituição da República Federativa do Brasil – “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;”

Sendo o Brasil país-membro da Agência Multilateral de Garantia de Investimentos, a possibilidade de se recorrer à MIGA para o fomento de investimentos desejados parece já estar respaldada, na medida em que o Tratado de Seul encontra-se em pleno vigor. Claro está, na esteira da redação do parágrafo sob análise, que cada nova obrigação deverá ser também submetida à aprovação, sendo que o processo de avaliação de um projeto para posterior submissão ao Grupo Banco Mundial é bastante complexo, envolvendo ainda outras esferas governamentais.

Os potenciais tomadores do empréstimo devem submeter seu pleito à Secretaria de Assuntos Internacionais (SEAIN) do Ministério do Planejamento, através de apresentação de Carta-consulta à Comissão de Financiamentos Externos (COFIEX)<sup>23</sup>. A COFIEX tem como objetivo identificar projetos e programas passíveis de financiamento externo. A Carta-consulta, registrada, é posteriormente submetida à análise da COFIEX. Esta análise é feita levando-se em conta, dentre outros fatores, a experiência do proponente tomador com organismos internacionais, sua capacidade de pagamento e seu limite de endividamento.

Aprovado o projeto, é necessário ainda o envolvimento do Banco Central do Brasil, através do Departamento da Dívida Pública – DEDIP e do Departamento de Capitais Estrangeiros – FIRCE.

Tratando-se de empréstimo a Estado, Município ou o Distrito Federal, ou quando estes prestarem garantia para uma entidade de sua administração indireta, há necessidade de manifestação do DEDIP, por meio de parecer técnico, sobre a observância dos limites de endividamento a que estão sujeitos, conforme determinado pelo Senado Federal.

Ao final do processo de negociação, o interessado no financiamento deve encaminhar ao FIRCE a minuta de contrato ou proposta firme de financiamento. O FIRCE promove então o credenciamento deste instrumento, momento a partir do qual o potencial tomador poderá iniciar as negociações formais com o organismo financiador, dentro das condições financeiras

---

23 Cabe lembrar que todas as operações de crédito externo realizadas com organismos internacionais são negociadas e contratadas no plano federal, independentemente de o financiamento ser solicitado pelo Governo Federal, Estadual ou Municipal. Isto porque todos os financiamentos externos tomados pelos Estados, Municípios ou Distrito Federal devem ser avalizados pela União.

aprovadas<sup>24</sup>. Para que o contrato se torne efetivo e haja possibilidade de se realizar as remessas de pagamento ao exterior, é necessário ainda o registro da operação de crédito junto ao BACEN, que emitirá o competente Certificado de Registro, indispensável para o fechamento do câmbio.

Obedecido tal procedimento, considerando-se a intermediação da MIGA na obtenção de recursos externos em licitação internacional, há que se avaliar se a exceção manifesta no § 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93 seria aplicável.

Retomemos o texto de referido parágrafo, ao determinar que para “a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens *com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de* agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte”, poderão ser incluídas na licitação certas condições decorrentes de tais tratados, devidamente aprovados pelo Congresso Nacional.

Destacamos no texto da lei o requisito que nos parece inexistir na hipótese sob análise. A MIGA, integrante do Grupo Banco Mundial, pode atuar como garantidora de investimentos e, assim, pode também auxiliar os tomadores na busca de recursos para a implementação de seus projetos.

Entendemos que tanto numa hipótese quanto noutra, porém, haveria possibilidade de se aplicar o parágrafo 5º do artigo 42 da Lei de Licitações. Esta inaplicabilidade está diretamente vinculada à natureza da prestação ofertada pela MIGA. O fato de oferecer uma garantia a um investimento não a eleva à categoria de investidora, como também não a torna eventual intermediadora quanto à captação de recursos.

É certo que a exceção legal considera a aplicação de recursos externos oriundos de agência multilateral como requisito para sua incidência. No entanto, muito embora a MIGA seja um organismo multilateral do qual o Brasil faz parte, não se pode alargar o entendimento do texto da lei. Evidencia-se que a exceção não pode ser levada em conta quando se trata de organismo que providencie a garantia ou a intermediação do investimento estrangeiro.

Por maior que seja o empenho da MIGA na captação de recursos, e ainda que o investidor atraído pela proposta sujeite o financiamento à obtenção da garantia MIGA, resta claro que os parâmetros da contrata-

---

24 No caso do Grupo Banco Mundial, o credenciamento do FIRCE é feito geralmente após a realização das negociações formais.

ção não poderão ser alterados nesta hipótese, pois evidentemente não se está diante de um *investimento* sob o prisma técnico.

Sob o ponto de vista econômico, a expressão pode denotar uma certa ambiguidade, na medida em que “investimento” significa, por um lado, “*uma ação, que consiste na afetação de bens ao exercício de uma atividade econômica*”<sup>25</sup>, ou, por outro, pode significar também “*o objeto sobre o qual se dá esta ação, ou seja, os bens – qualquer que seja sua natureza – que são afetos ao exercício de uma atividade econômica*”<sup>26</sup>.

De todo modo, seja qual for a visão econômica, é possível identificar três elementos que caracterizam o investimento, a saber: a transferência, o tempo e o risco. Não há investimento sem transferência de valores, sem o transcurso de um determinado lapso temporal e sem risco.

O financiamento estrangeiro requer que a transferência seja individualizada e avaliada no momento mesmo do investimento, tendo origem numa fonte privada (pessoa física ou jurídica)<sup>27</sup> Deve, igualmente, objetivar um benefício para o tomador, contra o recebimento de remuneração lucrativa. Se a transferência não tem por finalidade a consecução de um benefício contra o recebimento de uma vantagem (comercial ou não) não pode ser considerada um investimento.

Deve o investimento ter uma duração temporal que permita destacar o momento da transferência do momento de sua remuneração. Não se trata de operação instantânea, comercial, em que a prestação e a contraprestação podem ocorrer simultaneamente. Ao mesmo tempo, é importante determinar um período não muito curto entre a transferência e o resgate do benefício, sob pena, igualmente, de se descaracterizar o investimento<sup>28</sup>. Em linhas gerais considera-se investimento de médio prazo aquele realizado por período mínimo de três anos e, de longo prazo, aquele realizado por período não inferior a sete anos.

25 CARREAU, Dominique; FLORY, Thiébaud; JULLIARD, Patrick. *Droit international économique*. L.G.D.J., Paris, 1990, p. 560 (tradução livre)

26 CARREAU, Dominique...p. 560 (tradução livre)

27 Releva destacar que a pessoa jurídica será tida como fonte de investimento privado se a lei nacional, a lei do país em que se encontra sediada, a ela conferir a natureza jurídica de direito privado. No caso de pessoas jurídicas de direito público, será preciso diferenciar aquelas que se situam no campo concorrencial das que estão fora deste âmbito para que possam ser tidas (ou não) como fonte de investimento privado.

28 “Sem dúvida esta duração não pode ser de curto prazo: a operação tomaria, então, um caráter especulativo, que exclui a própria noção de investimento.” CARREAU. Dominique p. 562 (tradução livre)

Finalmente, o risco é inafastável elemento característico do investimento. O investidor, ao prover recursos para determinada atividade, vincula-se à sorte da mesma. Assim, se houver lucros no projeto em que investiu, receberá a contrapartida ajustada. Se, no entanto, o projeto malograr, o investidor deverá partilhar os prejuízos também na medida e na forma contratadas. A partir do investimento, a sorte do investidor estará vinculada à sorte do projeto, do empreendimento financiado.

Se a definição econômica de investimento permite uma unidade no que tange aos seus elementos constitutivos, o mesmo não ocorre com sua definição jurídica. Esta dificuldade na identificação de um conceito unívoco explica-se, por um lado, pela multiplicidade de diplomas nacionais que apresentam definições jurídicas díspares, e ainda pela multiplicidade de convenções internacionais, multilaterais, bilaterais, legislações ou regulamentações nacionais que apresentam diferentes concepções jurídicas sobre uma mesma operação econômica de transferência.

É o direito internacional que nos indica um caminho mais seguro para uma possível delimitação jurídica de investimento. Os instrumentos convencionais multilaterais de âmbito global, que têm como missão equilibrar, de um lado, direitos e deveres dos investidores e, de outro, direitos e deveres dos Estados receptores de tais investimentos, buscam uma moldura universal ao direito internacional dos investimentos, que possa abarcar suas diferentes percepções econômicas. Este é o caso da MIGA que, como anotado, procura delimitar as operações passíveis de garantia (consideradas investimento).

É preciso, portanto, reafirmar que a exceção legal ao regime licitatório brasileiro não se exaure na natureza dos recursos que financiam o projeto. Há uma convergência de requisitos necessários e indispensáveis para que se possa afastar o regime da Lei 8.666/93 em favor de diretrizes de organismos internacionais<sup>29</sup>. E tais requisitos não se encontram completamente preenchidos no caso de intermediação de financiamento ou garantia de investimentos através da MIGA.

---

<sup>29</sup> Que, ademais, precisam estar balizadas pela Constituição, tal como nos ensina Toshio Mukai, ao concluir que “nas licitações internacionais não se pode simplesmente dar prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do § 5º do art. 42, da Lei nº. 8.666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais, contempladas pela mesma lei, bem como os demais princípios da licitação que ou decorrem do princípio do julgamento objetivo ou decorrem do próprio Texto Constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (Art. 37, XXI da CF)”.

A origem dos recursos pode ser externa. A intermediação pode se dar por organismo multilateral do qual o Brasil faz parte. Porém, os recursos não são originários do organismo internacional e sim de financiadores outros. A intermediação e a garantia não se enquadram na moldura legal e não constituem, tecnicamente, investimento estrangeiro, por maior que seja o benefício advindo de tal intermediação ou garantia.

De acordo ainda com Marçal Justen Filho, para a aplicação da exceção legal, a “contratação deverá envolver uma situação de benefício para o Brasil, caracterizada pela transferência de recursos provenientes de entidades estrangeiras ou organizações internacionais”. No entanto, entendemos que “entidades estrangeiras” não podem ser consideradas, para fins de aplicação do permissivo sob análise, senão aquelas que se apresentem sob forma de organismo multilateral. Não pode qualquer financiador privado apresentar diretrizes a serem observadas na elaboração do edital ou no curso da licitação. Para que isto seja viável, mister se faz que o *financiador*, ou seja, o órgão do qual se originam diretamente os recursos, seja uma pessoa jurídica de direito internacional público, cujo tratado constitutivo tenha sido subscrito e ratificado pelo Brasil, na forma e tempo estabelecidos pela Constituição Federal.

## 7. Conclusão

O Brasil tem nos organismos financeiros multilaterais importante fonte de financiamento externo para a consecução de projetos de infraestrutura, independentemente da esfera administrativa envolvida (Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal).

O Grupo Banco Mundial, em especial o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD)<sup>30</sup>, tem desempenhado importante papel no financiamento de projetos dos Governos Federal e Estaduais, priorizando-se empréstimos acima dos US\$ 100.000.000,00 (cem milhões de dólares norte-americanos). Dentre os projetos apoiados pelo

---

<sup>30</sup> Também afiliada ao Grupo Banco Mundial, a Corporação Financeira Internacional (CFI) financia diretamente o setor privado dos países-membros, sem necessidade de aval dos governos nacionais. Financiando empresas concorrentes em determinada licitação, estará também indiretamente fomentando o implemento dos projetos governamentais, sem qualquer ingerência no regramento do procedimento licitatório.

Grupo Banco Mundial, destacam-se aqueles das áreas de transporte, saúde, educação, desenvolvimento urbano, agricultura e meio ambiente.

Dada a magnitude dos projetos apoiados pelo Grupo Banco Mundial e sua importância para o desenvolvimento sustentável do país, o legislador houve por bem abrir uma exceção às regras licitatórias estabelecidas, permitindo que o financiador externo indique eventuais diretrizes que quer ver atendidas na elaboração do edital e no processamento da concorrência.

Esta exceção, no entanto, não é aplicável a qualquer investidor financeiro e tampouco a qualquer organismo internacional multilateral. É preciso que se trate de organismo multilateral do qual o Brasil faça parte e, sobretudo, que os recursos transferidos sejam oriundos do próprio organismo, e não de terceiros, por ele avalizados.

Assim, a MIGA, afiliada ao Grupo Banco Mundial, tem papel de grande relevo para o financiamento de projetos governamentais locais, sendo garantidora dos investidores que se apresentarem para financiar o projeto e, mais ainda, propalando aos financiadores internacionais as oportunidades de investimento que lhe são apresentadas. Uma intermediadora traz um aval ao projeto que evidentemente facilita qualquer captação de recursos privados, mesmo em setores ou áreas consideradas de certo risco político.

Esta relevante atribuição da MIGA, no entanto, não a equipara ao BIRD ou a outros organismos multilaterais que, diretamente, aportam recursos para financiar o projeto. Não sendo a responsável pelo desembolso do valor investido, a MIGA não pode ser tida como financiadora do projeto, nos termos da lei, estando assim impedida de se beneficiar da exceção legal inserida no parágrafo 5º do artigo 42 da Lei 8.666/93, tal como impedidos estarão os financiadores privados por ela avalizados, que não sejam organismos multilaterais dos quais o Brasil faça parte.

O financiamento externo é bem-vindo, sempre que nos trouxer benefícios, porém não há benefício que possa justificar a afronta ao interesse público ou à Constituição Federal. O tema tratado apresenta nuances que merecem estudos mais detalhados e aprofundados. Esperamos que o presente ensaio possa de algum modo contribuir para o debate acerca do financiamento externo e da inclusão do Brasil no cenário internacional, sem descuidar dos princípios constitucionais tão duramente conquistados por nossa Nação.





# Do regime próprio de previdência social

Marina de Lima Lopes<sup>1</sup>

## Resumo

O Regime Próprio de Previdência Social disciplina a previdência dos servidores públicos, titulares de cargos efetivos, de cada um dos entes federativos, bem como dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas das respectivas pessoas políticas. Neste trabalho pretendemos realçar o suporte histórico do surgimento da proteção social, no mundo e no Brasil, demonstrando a constante preocupação da sociedade e do Estado com os infortúnios que afligem o homem no decorrer de sua vida. Na sequência destacamos o aparecimento das formas de proteção social dos servidores públicos brasileiros que, em razão do seu alto grau de organização, foram pioneiros na implantação de um regime próprio de proteção, antes mesmo da instituição de um regime geral para os trabalhadores da iniciativa privada. Posteriormente, contextualizamos a seguridade social na Constituição de 1988, entendida como conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Por fim, abordamos as principais características deste Regime Previdenciário, que se qualifica como sendo um regime próprio, fechado, básico, estatal, solidário e de gestão única, que deve preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, tendo caráter contributivo, com contribuições definidas e filiação obrigatória.

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo, em exercício na Consultoria Jurídica do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Botucatu – HCFMB, graduada pela Faculdade de História, Direito e Serviço Social – FHDSS, da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP, Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE e Pós-graduanda em Direito do Estado pela mesma Instituição.

---

**Palavras-chave:** Previdência social. regime próprio. servidores. histórico. características.

---

## I - Breve histórico da proteção social

### 1. No Mundo

O homem, de modo geral, sempre se preocupou com a garantia de sua sobrevivência e de sua família, em situações de restrições, contingências e adversidades, como dificuldades econômicas e de trabalho, enfermidade, senilidade e morte. No entanto, com o passar do tempo e, sobretudo, com o aumento da desigualdade na sociedade tal preocupação deixou de ter um caráter individual e tornou-se um problema social, que necessitava da intervenção do Estado.

Marisa Ferreira dos Santos<sup>2</sup> divide a evolução histórica da proteção social em três etapas: assistência social, seguro social e seguridade social. Explica a autora que a primeira fase caracterizou-se pela caridade, ou seja, o amparo social era promovido pela Igreja e entidades privadas, e mais tarde, por instituições públicas.

Entretanto, não havia direito subjetivo a essa proteção, a primeira norma que se tem notícia que reconheceu esse direito foi editada somente em 1601, na Inglaterra, sendo denominada “Lei dos Pobres” – *Act of Relief of the Poor*, que garantiu a “assistência pública” ou “assistência social” aos comprovadamente necessitados.

Em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inovou ao assegurar a todos a seguridade social como direito subjetivo (*Les secours publics sont une dette sacrée*)<sup>3</sup>.

No final do século XIX, destacou-se o surgimento de um novo tipo de seguro, o denominado “seguro social”, que surgiu na Prússia em 1883

---

2 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27/34.

3 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 39.

com a promulgação da “Lei do Seguro Doença”, proposta por Otto von Bismarck, que foi reconhecida como o marco inaugural da seguridade social, em razão da interferência estatal sob esta forma de proteção social:

Com o intuito de arrefecer a revolta da classe trabalhadora, Bismarck, em 1883, principiou a introdução de uma série de seguros sociais. Iniciou com o seguro-doença, destinado aos operários da indústria e do comércio, criando um sistema novo, que mais tarde seria adotado por outros países. Seguiu-se em 1884, o seguro-acidentes do trabalho. Em 1889, o seguro contra a velhice a invalidez. Assim, o marco inicial da Previdência Social, de acordo com a maioria dos autores, foi em 1883, com a Lei do seguro-doença na Alemanha<sup>4</sup>.

Oportuno ressaltar que antes desta lei já existiam outras formas de seguro, operados por seguradoras com finalidade lucrativa, como o seguro de vida, invalidez, danos, doenças, acidentes, dentre outros. No entanto, eram facultativos e estavam restritos a uma minoria que podia pagá-lo:

A partir de Bismarck e, principalmente, da Segunda Guerra Mundial, ganhou força a idéia de que o seguro social deveria ser obrigatório e não mais restrito aos trabalhadores da indústria, ao mesmo tempo em que a cobertura foi estendida a riscos como doença, acidente, invalidez, velhice, desemprego, orfandade e viuvez.

[...] Ao se tornar obrigatório, o seguro social passou a conferir direito subjetivo ao trabalhador.

O seguro social era organizado e administrado pelo Estado. O custeio era dos empregadores, dos empregados e do próprio Estado.<sup>5</sup>

Contudo, após a Primeira Guerra Mundial, em razão do enorme número de inválidos, órfão e viúvas e da alta inflação, os sistemas de seguros sociais não se revelaram suficientes, sendo firmado, em 1919, o primeiro compromisso de implantação de um regime universal de Justiça Social, com a assinatura do Tratado de Versalhes:

---

4 TSUITA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 05 apud CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 38.

5 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

Foi, então, fundado o Bureau International Du Travail (BIT) – Repartição Internacional do Trabalho – que realizou a 1ª Conferência Internacional do Trabalho, à qual se atribui o desenvolvimento da previdência social e sua implantação em todas as nações do mundo civilizado. Dessa conferência resultou a primeira Recomendação para o seguro-desemprego. A 3ª Conferência (1921) recomendou a extensão do seguro social aos trabalhadores da agricultura. A 10ª Conferência (1927) estendeu as demais Convenções e Recomendações sobre o seguro-doença aos trabalhadores da indústria, comércio e da agricultura.

[...] O BIT teve papel importante na expansão da previdência social pelo mundo.<sup>6</sup>

Nesse contexto merece destaque a constitucionalização dos direitos sociais promovida pela Constituição Mexicana de 1917, seguida da Constituição de Weimar de 1919, que estabelecia em seu art. 161 que:

O império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, proteção da maternidade e prevenção de riscos de idade, da invalidez e das vicissitudes da vida.

No entanto, a situação agravou-se ainda mais com a Segunda Guerra Mundial, conforme salientado por Marisa Ferreira dos Santos, pois não bastava mais proteger o trabalhador somente dos riscos inerentes ao trabalho, era necessário criar um sistema amplo de proteção social – sistema de seguridade social – que abrangesse todas as pessoas, amparando-as em todas as situações de necessidade:

A seguridade social, entretanto, não está fincada na noção de risco, mas, sim, na de necessidade social, porque os benefícios não têm natureza de indenização, podem ser voluntários, não são necessariamente proporcionais à cotização, e destinam-se a prover os mínimos vitais.<sup>7</sup>

Assim, em 1941, Lorde William Henry Beveridge foi designado pelo Governo Britânico para reexaminar os sistemas previdenciários da In-

6 SANTOS, op. cit., p. 31.

7 SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 34.

glaterra e criou um sistema universal, abrangendo todos os indivíduos com a participação compulsória de toda a população. Neste denominado regime “beveridgeano” ou de repartição, “toda a sociedade contribui para a criação de um fundo previdenciário, do qual são retiradas as prestações para aqueles que venham a ser atingidos por algum dos eventos previstos na legislação de amparo social”<sup>8</sup>.

Neste cenário, ressalta-se a Declaração da Filadélfia de 1944, que preconizou a unificação dos sistemas de seguro social com a ampliação da proteção a todos os trabalhadores e suas famílias.

E, também, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que reconheceu a necessidade da existência de um sistema de seguridade social<sup>9</sup>, bem como a 35ª Conferência Internacional do Trabalho da Organização Internacional do Trabalho, que aprovou em 1952 a Convenção nº 102 – “Norma Mínima em Matéria de Seguridade Social”.

A partir do Século XX diversos modelos de sistemas de previdência e seguridade social foram instituídos, sendo identificados, por Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazarri<sup>10</sup>, quatro modelos em especial: regime social-democrata, regime conservador-corporativo, regime liberal e regime mediterrâneo.

Segundo os referidos autores o primeiro regime, típico dos países nórdicos, destaca-se pela universalidade de cobertura a todos os cidadãos e pelo elevado valor dos benefícios concedidos, inclusive gratuitamente, sendo apenas parte dos benefícios baseados em contribuições.

O regime denominado conservador-corporativo nasceu na Europa Ocidental, com ênfase no seguro social compulsório destinado a cobertura dos riscos sociais, especialmente para a população trabalhadora. O custeio desse sistema é feito através da contribuição dos trabalhadores e

---

8 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 39.

9 “Art. 25. [...] §1º Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

10 CASTRO e LAZZARI, op. cit., p. 59/60.

de seus tomadores de serviço. Os benefícios são proporcionais às contribuições, mas há também certos benefícios assistenciais gratuitos.

Já no regime liberal, que é adotado pelo Reino Unido, Irlanda, Canadá e Estados Unidos, há uma proteção residual, coexistindo benefícios contributivos e outros não contributivos, destinados ao combate à pobreza e a manutenção de uma renda mínima.

Por fim, o regime mediterrâneo, típico dos países do sul da Europa, como Espanha, Portugal, Itália e Grécia, destaca-se pela existência de um sistema de saúde pública universal e pela preocupação com as pessoas que trabalham na informalidade ou em regime de economia familiar.

## 2. No Brasil

No Brasil, as primeiras manifestações relativas à proteção social que se tem notícia surgiram a partir do século XVI e ocorreram através de montepios e sociedades beneficentes, de cunho mutualista e particular, conforme bem descreve Marcelo Barroso Lima Brito de Campos:

[...] No século XVI, institui-se a Fundação Casa de Misericórdia, pelo Padre José de Anchieta (beneficência); no século XVII, surgiram as Irmandades de Ordens Terceiras (mutualistas), no século XVIII, precisamente em 1785, estabeleceu-se o Plano de Beneficência dos Órfãos e Viúvas dos Oficiais da Marinha; no século XIX, em 1827, criou-se o meio-soldo (Montepio) do Exército; em 1828 publicou-se a Lei Orgânica dos Municípios, que previa formas de amparo; em 1835, institui-se o Montepio Geral da Economia; e, ainda, no século XIX, a partir de 1888 publicaram-se diversas medidas legislativas conferindo aos funcionários e empregados públicos (das estradas de ferro, da Imprensa Nacional, do Ministério da Fazenda, da Marinha, da Casa da Moeda e da Alfândega do Rio de Janeiro) certas formas de proteção. Nada obstante, as referidas formas de proteção padeciam de caráter geral, sistemático e abrangente.<sup>11</sup>

Merece também destaque a previsão então contida no art. 79, do Código Comercial de 1850, relativa a acidentes de trabalho:

---

11 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 40.

Art. 79. Os acidentes imprevistos e inculcados, que impedirem aos prepostos o exercício de suas funções, não interromperão o vencimento do seu salário, contanto que a inabilitação não exceda a 3 (três) meses contínuos.

No âmbito constitucional, a Constituição do Império de 1824, em seu art. 179, XXXI<sup>12</sup>, já previa a garantia aos “socorros públicos” – proteção a infortúnios – e a Constituição da República Velha de 1891 assegurava a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, desde que a serviço da nação (art. 75<sup>13</sup>).

Todavia, para a maioria da doutrina especializada, a previdência social brasileira teve como marco a publicação do Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como “Lei Eloy Chaves”, que criou, em cada uma das “empresas de estradas de ferro” existentes no país, uma Caixa de Aposentadoria e Pensões – CAP para seus respectivos empregados.

O modelo adotado pela mencionada Lei assemelhava-se ao sistema implantado por Bismarck, em 1883, em razão da (I) obrigatoriedade de participação dos trabalhadores, (II) do custeio feito por meio de contribuições pagas pelos trabalhadores e pelos empregadores, (III) da regulamentação e supervisão do sistema pelo Estado; e (IV) da adoção de um rol de prestações estabelecido em lei, visando à proteção do trabalhador no caso de incapacidade temporária ou morte<sup>14</sup>.

A partir da “Lei Eloy Chaves” houve a primeira sistematização de Caixas de Aposentadoria e Pensões – CAPs no Brasil, seguida da criação de outros órgãos, como o Instituto de Aposentadoria e Pensões – IAP. No entanto, não havia previsão para a participação do Estado no custeio e gestão dessas entidades:

Livre de qualquer intervenção estatal, neste período, o financiamento originava-se de três fontes: a contribuição dos empregados (3% dos ganhos brutos), das empresas (1% da receita bruta, e a

12 “Art. 179. [...] XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos.”

13 “Art. 75. A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação.”

14 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 69/70.

1,5% a partir de 1926) e dos consumidores dos produtos dessas empresas, a chamada “quota previdenciária” (acréscimo de 1,5% a 2% nas tarifas). A arrecadação era feita pelas empresas e repassada diretamente às CAPs, que assim detinham autonomia sobre a execução de seus planos.<sup>15</sup>

A Constituição de 1934 deu relevo de norma fundamental à proteção social e foi a primeira a prever a forma tripartite de custeio, por meio da contribuição dos trabalhadores, dos empregadores e do Poder Público:

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.

§ 1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: [...] h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte; [...] (grifos nossos)

A proteção social manteve-se presente na Constituição de 1937, em seu art. 137:

Art. 137. A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos:

[...] l) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;

m) a instituição de seguros de velhice, de invalidez, de vida e para os casos de acidentes do trabalho;

n) as associações de trabalhadores têm o dever de prestar aos seus associados auxílio ou assistência, no referente às práticas

---

15 ANDRADE, Eli Gurgel. (Des) Equilíbrio da previdência social brasileira: 1945-1997 – Componentes econômico, demográfico e institucional. Belo Horizonte: CEDEPLAR/FACE/UFMG, 1999, p.47 apud CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 41.



administrativas ou judiciais relativas aos seguros de acidentes do trabalho e aos seguros sociais.

Destaca-se, em 1942, a criação da Legião Brasileira de Assistência – LBA, pelo Decreto-lei nº 4.890/1942.

A Constituição de 1946 inovou ao tratar de forma autônoma a previdência social em relação ao Direito do Trabalho e ao prever as normas previdenciárias no capítulo que tratava dos direitos sociais:

Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerá aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores:

[...] X – direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário;

[...] XIV – assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante;

XV – assistência aos desempregados;

XVI – previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte;

XVII – obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho. [...]

O Ministério do Trabalho e Previdência Social foi instituído em 1960 e no mesmo ano foi publicada a Lei nº 3.807/1960, primeira Lei Orgânica da Previdência Social – LOPS, marco da unificação dos critérios para a concessão dos benefícios pelos diversos institutos. No entanto, ficaram excluídos da LOPS os trabalhadores rurais, os empregados domésticos e os servidores civis e militares (art. 3º, I e II).

Em 1963 foi criado o salário-família, destinado aos segurados com filhos menores (Lei nº 4.296/1963), bem como o décimo terceiro salário e, no campo previdenciário, o abono anual (Lei nº 4.281/1963).

A Constituição de 1967 instituiu o então denominado “auxílio-desemprego”, além de assegurar os seguintes direitos:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...] XVI – previdência social, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, para seguro-desemprego, proteção da maternidade e, nos casos de doença, velhice, invalidez e morte; XVII – seguro obrigatório pelo empregador contra acidentes do trabalho;

[...] XX – aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral;

[...] § 1º – Nenhuma prestação de serviço de caráter assistencial ou de benefício compreendido na previdência social será criada, majorada ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total.

§ 2º – A parte da União no custeio dos encargos a que se refere o nº XVI deste artigo será atendida mediante dotação orçamentária, ou com o produto de contribuições de previdência arrecadadas, com caráter geral, na forma da lei.

O Instituto Nacional da Previdência Social – INPS foi criado em 1967, pelo Decreto-lei nº 72/1966, que unificou os institutos até então existentes. E a Lei nº 5.316/1967 estatizou o Seguro contra Acidente de Trabalho – SAT.

A Emenda Constitucional nº 01/1969 previu, em seu art. 165, os seguintes direitos aos trabalhadores:

Art. 165. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

[...] II – salário-família aos seus dependentes;

[...] XIV – reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

[...] XIX – aposentadoria para a mulher, aos trinta anos de trabalho, com salário integral; e

XX – a aposentadoria para o professor após 30 anos e, para a professora, após 25 anos de efetivo exercício em funções de magistério, com salário integral. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1981)*

O Fundo de Assistência do Trabalhador Rural – FUNRURAL foi criado pela Lei Complementar nº 11/1971 visando assegurar a previdência social aos trabalhadores do campo. Essa proteção também foi estendida aos empregados domésticos pela Lei nº 5.859/1974.

Em 1977 foi promulgada a Lei nº 6.435/1977, regulamentada pelos Decretos nº 81.240/1978 e 81.402/1978, que permitiu a criação de instituições de previdência complementar de caráter fechado e aberto.

No mesmo ano foi criado o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, pela Lei nº 6.439/1977, destinado a integrar as atividades de previdência social, assistência social, assistência médica e gestão financeira e patrimonial das diversas entidades ligadas ao Ministério da Previdência e Assistência Social. Para tanto foram criadas e mantidas as seguintes autarquias<sup>16</sup>:

- IAPAS (Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social) – objetivo: arrecadação e fiscalização das contribuições;
- INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) – objetivo: atendimento dos segurados e dependentes na área da saúde;
- INPS (Instituto Nacional da Previdência Social) – objetivo: pagamento e manutenção dos benefícios previdenciários;
- LBA (Legião Brasileira de Assistência) – objetivo: atendimento a idosos e gestantes carentes;
- FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor) – objetivo: atendimento de menores carentes;
- CEME (Central de Medicamentos) – objetivo: fabricação de medicamentos a baixo custo;
- DATAPREV (Empresa de Processamento Dados da Previdência Social) – objetivo: controle dos dados do sistema.

Mas foi somente na Constituição Cidadã de 1988 que a seguridade social foi assegurada em sua plenitude, abrangendo um conjunto integrado de ações dos Poderes Públicos e da Sociedade, que visa resguardar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade,

---

16 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 73.

destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Dessa forma, as contribuições sociais passaram a subsidiar não só a Previdência Social, mas também a ações governamentais nas áreas da saúde e assistência social. Ressalta-se, todavia, que já havia disposição anterior à alteração constitucional determinando o repasse de recursos para o Sistema Único Descentralizado de Saúde – SUDS, hoje denominado Sistema Único de Saúde – SUS.

Destaca-se, ainda, que a nova Constituição, ao tratar do tema, assegurou novos direitos, como a equiparação dos direitos sociais dos trabalhadores rurais aos dos trabalhadores urbanos, e ampliou a licença-maternidade para 120 (cento e vinte) dias. Além disso, determinou a adoção de um regime único de previdência para os servidores da Administração Direta e suas respectivas Autarquias e Fundações Públicas.

Wagner Balera e Cristina Mussi<sup>17</sup> sintetizam essa evolução legislativa da proteção social no Brasil identificando 05 (cinco) períodos:

- 1º) Período de implantação (de 1923 a 1932): instituição das Caixas de Aposentadorias e Pensões para cada uma das empresas de Estrada de Ferro (Lei Eloy Chagas – Decreto Legislativo nº 4682/1923);
- 2º) Período de expansão (de 1933 a 1959): a proteção social é feita de acordo com as categorias profissionais, agregadas em Institutos de Aposentadorias e Pensões;
- 3º) Período da unificação (de 1960 a 1977): instituição do Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 3.807/1960 – LOPS), fusão dos Institutos de Aposentadorias e Pensões com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS (Decreto nº 72/1966) e estatização do Seguro contra Acidente de Trabalho – SAT (Lei nº 5.316/1967);
- 4º) Período de reestruturação (de 1977 a 1988): reformulação da Previdência Social com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS (Lei nº 6.439/1977);

<sup>17</sup> BALERA, Wagner. MUSSI, Cristina. *Direito previdenciário*. 7ª ed.. São Paulo: Método, 2010, p. 29.

5º) Período da seguridade social (de 1988 em diante): Sistema de Seguridade Social – unidade orgânica composta pela saúde, previdência social e assistência social. Proteção dos riscos, mediante o pagamento de contribuições devidas pela sociedade em geral, trabalhadores, empresas e pelo próprio Estado.

## II - Breve histórico da proteção social dos servidores públicos brasileiros

A disciplina previdenciária dos servidores públicos, no Brasil, em razão da autonomia garantida aos entes federativos, tem procedência distinta nas diversas esferas. Apesar disso, afirma Vinícius Carvalho Pinheiro<sup>18</sup> que este regime, na sua origem, era uma extensão da política de pessoal do Estado:

A característica básica deste modelo, baseado na relação de trabalho “*pro labore facto*” é de que os servidores públicos têm direito à aposentadoria devido ao fato de terem trabalhado para o Estado e não porque contribuíram para isso. [...] A contribuição do empregado, quando existe, financia benefícios para os dependentes, como as pensões, ou serviços de assistência à saúde, além de outras modalidades de benefícios assistenciais. Já os proventos de aposentadoria, em geral, são obrigações do Tesouro, da mesma forma que a remuneração dos servidores ativos.

Há uma explicação histórica para esta forma de proteção social dos servidores públicos, segundo Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>19</sup>, que remonta a relação que existia entre o “servo” e o “soberano feudal” e era caracterizada pela dependência em troca de proteção. A relação entre o servidor e o Estado seria uma espécie de sucedâneo desta relação primitiva, em que o servidor desempenha a função pública e recebe em troca a proteção do Estado quando da inatividade.

---

18 PINHEIRO, Vinícius Carvalho. *Reforma da previdência e federalismo: o caso brasileiro*. Brasília: MPAS/ACS, v. 10, n.1, p. 7-26, jan/fev/mar 1999. apud CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 45.

19 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 45/46.

Ressalta, ainda, o mencionado Professor que o histórico poder de organização dos servidores públicos foi um forte instrumento de pressão para que o Estado passasse a conceder cada vez mais benefícios. E, posteriormente, o próprio Estado, quando se via inviabilizado de conceder aumentos salariais, compensava os servidores ampliando as formas de amparo social.

Deste modo, em razão desse maior grau de organização, os militares e os servidores públicos foram os pioneiros na instituição dos respectivos sistemas de proteção social, antes mesmo da implantação de um regime geral para os trabalhadores da iniciativa privada.

Conforme relatamos, a Constituição da República Velha de 1891 já assegurava a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, desde que estivessem a serviço da nação:

Art. 75. A aposentadoria só poderá ser dada aos funcionários públicos em caso de invalidez no serviço da Nação

A Constituição de 1934, entretanto, foi a primeira a prever regras sistematizadas a respeito da aposentadoria dos funcionários públicos, entendidos como todos aqueles que exerciam cargos públicos, inclusive os militares:

Art. 170. O Poder Legislativo votará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo às seguintes normas, desde já em vigor:

1º) o quadro dos funcionários públicos compreenderá todos os que exerçam cargos públicos, seja qual for a forma de pagamento;

[...] 3º) salvo os casos previstos na Constituição, serão aposentados, compulsoriamente os funcionários que atingirem 68 anos de idade;

4º) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará a aposentadoria ou reforma, que, nesse caso, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço público efetivo, nos termos da lei, será concedida com os vencimentos integrais;

5º) o prazo para a concessão da aposentadoria com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

6º) o funcionário que se invalidar em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, qualquer que seja o seu tempo de serviço; serão também apo-

sentados os ataques de doença contagiosa ou incurável, que os inabilite para o exercício do cargo;

7º) os proventos da aposentadoria ou jubilação não poderão exceder os vencimentos da atividade;

[...]10) os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos; e a funcionária gestante, três meses de licença com vencimentos integrais.

A mesma Carta previu, de forma diferenciada, a aposentadoria dos parlamentares e dos magistrados, respectivamente no art. 33, §3º<sup>20</sup>, e art. 64, a<sup>21</sup>, c/c art. 104, §5º<sup>22</sup>.

A Constituição de 1937 praticamente manteve o disposto na Constituição anterior a respeito da aposentadoria dos funcionários públicos, em seu art. 156:

Art. 156 - O Poder Legislativo organizará o Estatuto dos Funcionários Públicos, obedecendo aos seguintes preceitos desde já em vigor:

[...] d) serão aposentados compulsoriamente com a idade de sessenta e oito anos; a lei poderá reduzir o limite de idade para categorias especiais de funcionários, de acordo com a natureza do serviço;

e) a invalidez para o exercício do cargo ou posto determinará aposentadoria ou reforma, que será concedida com vencimentos integrais, se contar o funcionário mais de trinta anos de serviço efetivo; o prazo para a concessão da aposentadoria ou reforma com vencimentos integrais, por invalidez, poderá ser excepcionalmente reduzido nos casos que a lei determinar;

20 “Art. 33. [...] § 3º – Durante as sessões da Câmara, o Deputado, funcionário civil ou militar, contará, por duas Legislaturas, no máximo, tempo para promoção, aposentadoria ou reforma, e só receberá dos cofres públicos ajuda de custo e subsídio, sem outro qualquer provento do posto ou cargo que ocupe podendo, na vigência do mandato, ser promovido, unicamente por antiguidade, salvo os casos do art. 32, § 2º.”

21 “Art. 64. Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes:

a) vitaliciedade, não podendo perder o cargo senão em virtude de sentença judiciária, exoneração a pedido, ou aposentadoria, a qual será compulsória aos 75 anos de idade, ou por motivo de invalidez comprovada, e facultativa em razão de serviços públicos prestados por mais de trinta anos, e definidos em lei;” [...]

22 “Art. 104. [...] § 5º – O limite de idade poderá ser reduzido até 60 anos para a aposentadoria compulsória dos Juízes e até 25 anos, para a primeira nomeação.”

- f) o funcionário invalidado em consequência de acidente ocorrido no serviço será aposentado com vencimentos integrais, seja qual for o seu tempo de exercício;
- g) as vantagens da inatividade não poderão, em caso algum, exceder às da atividade;
- h) os funcionários terão direito a férias anuais, sem descontos, e a gestante a três meses de licença com vencimentos integrais.

Em 1938, foi criado, pelo Decreto 288, de 23 de fevereiro de 1938, o Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado – IPA-SE, que congregava um grupo variado de servidores federais, no âmbito dos três poderes, inclusive os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por determinação do Decreto nº 1.124/1939. Este Instituto não era exatamente um instituto de aposentadoria e pensões, pois as aposentadorias ainda estavam a cargo do Estado, mas se caracterizava pela proteção do servidor federal através de benefícios previdenciários e assistenciais, principalmente os relativos à saúde<sup>23</sup>.

A Constituição de 1946 disciplinou a aposentadoria por invalidez, compulsória e voluntária dos funcionários públicos em seus arts. 191 a 193 e inovou ao prever a contagem recíproca de tempo de serviço, bem como a paridade entre ativos e inativos. Vejamos:

Art. 191. O funcionário será aposentado:

I – por invalidez;

II – compulsoriamente, aos 70 anos de idade.

§ 1º – Será aposentado, se o requerer, o funcionário que contar 35 anos de serviço.

§ 2º – Os vencimentos da aposentadoria serão integrais, se o funcionário contar 30 anos de serviço; e proporcionais, se contar tempo menor.

§ 3º – Serão integrais os vencimentos da aposentadoria, quando o funcionário se invalidar por acidente ocorrido no serviço, por moléstia profissional ou por doença grave contagiosa ou incurável especificada em lei.

---

<sup>23</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 48.



§ 4º – Atendendo à natureza especial do serviço, poderá a lei reduzir os limites referidos em o nº II e no § 2º deste artigo.

Art. 192. O tempo de serviço público, federal, estadual ou municipal computar-se-á integralmente para efeitos de disponibilidade e aposentadoria.

Art. 193. Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

Ressalta Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>24</sup> que a partir desta Constituição houve previsão a respeito da competência do Tribunal de Contas para julgar as aposentadorias, reformas e pensões concedidas (art. 77, III<sup>25</sup>), bem como foi estendido o direito à aposentadoria aos “extranumerários”, que exerciam função de caráter permanente (art. 23, do ADCT<sup>26</sup>).

A Lei nº 1.711, publicada em 28 de outubro de 1952 – que permaneceu vigente até 1990 - dispôs sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União e regulamentou o direito à aposentadoria dos servidores federais e à pensão por morte dos seus beneficiários.

A Constituição de 1967 praticamente manteve as disposições anteriores disciplinando a aposentadoria dos servidores nos arts. 101 a 103:

Art. 100 – O funcionário será aposentado:

I – por invalidez;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade;

III – voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço.

§ 1º – No caso do n.º III, o prazo é reduzido a trinta anos, para as mulheres.

---

24 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 48/49.

25 “Art. 77. Compete ao Tribunal de Contas:  
[...] III - julgar da legalidade dos contratos e das aposentadorias, reformas e pensões.”

26 “Art. 23. Os atuais funcionários interinos da União, dos Estados e Municípios, que contem, pelo menos, cinco anos de exercício, serão automaticamente efetivados na data da promulgação deste Ato; e os atuais extranumerários que exerçam função de caráter permanente há mais de cinco anos ou em virtude de concurso ou prova de habilitação serão equiparados aos funcionários, para efeito de estabilidade, aposentadoria, licença, disponibilidade e férias. [...]

§ 2º – Atendendo à natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101.

Art. 101 – Os proventos da aposentadoria serão:

I – integrais, quando o funcionário:

- a) contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino; ou trinta anos de serviço, se do feminino;
- b) invalidar-se por acidente ocorrido em serviço, por moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei;

II – proporcionais ao tempo de serviço, quando o funcionário contar menos de trinta e cinco anos de serviço.

§ 1º – O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade.

§ 2º – Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração, do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

§ 3º – Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

Ressalta-se que quanto aos militares, o art. 94, §6º<sup>27</sup>, determinou a submissão destes às regras contidas no art. 101, §§ 1º, 2º e 3º, acima transcritos. O art. 94, §7º<sup>28</sup>, estabeleceu que os limites de idade e outras condições para a transferência dos militares à inatividade seriam estabelecidos por lei.

A Emenda Constitucional nº 01/1969 conservou previsão semelhante à transcrita acima, nos seus arts. 93, 101, 102 e 103:

<sup>27</sup> “Art. 94. [...] § 6º – Aplica-se aos militares o disposto nas §§ 1º, 2.º e 3.º do art. 101, bem como aos da reserva e reformados ainda o previsto no § 3º do art. 97.

<sup>28</sup> “Art. 94. [...] § 7º – A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições para a transferência dos militares à inatividade.”

Art. 93. As patentes, com as vantagens, prerrogativas e deveres a elas inerentes, são asseguradas em tôda a plenitude, assim aos oficiais da ativa e da reserva como aos reformados.

[...] § 7º A lei estabelecerá os limites de idade e outras condições de transferência para a inatividade.

§ 8º Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos militares em serviço ativo; ressalvados os casos previstos em lei, os proventos da inatividade não poderão exceder a remuneração percebida pelo militar da ativa no pôsto ou graduação correspondentes aos dos seus proventos.

Art. 101. O funcionário será aposentado:

I – por invalidez;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade; ou

III – voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço.

Parágrafo único. No caso do item III, o prazo é de trinta anos para as mulheres.

Art. 102. Os proventos da aposentadoria serão:

I – integrais, quando o funcionário:

a) contar trinta e cinco anos de serviço, se do sexo masculino, ou trinta anos de serviço, se do feminino; ou

b) se invalidar por acidente em serviço, por moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificada em lei.

II – proporcionais ao tempo de serviço, quando o funcionário contar menos de trinta e cinco anos de serviço, salvo o disposto no parágrafo único do artigo 101.

§ 1º Os proventos da inatividade serão revistos sempre que, por motivo de alteração do poder aquisitivo da moeda, se modificarem os vencimentos dos funcionários em atividade.

§ 2º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, em caso nenhum os proventos da inatividade poderão exceder a remuneração percebida na atividade.

§ 3º O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei.

Art. 103. Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.

A Constituição de 1988 manteve as regras diferenciadas para a aposentadoria dos servidores públicos, em seu art. 40, estruturando um regime próprio de previdência dos Servidores Públicos:

Art. 40. O servidor será aposentado:

I – por invalidez permanente, sendo os proventos integrais quando decorrentes de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável, especificadas em lei, e proporcionais nos demais casos;

II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço;

III – voluntariamente:

a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher, com proventos integrais;

b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;

c) aos trinta anos de serviço, se homem, e aos vinte e cinco, se mulher, com proventos proporcionais a esse tempo;

d) aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e aos sessenta, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 1º – Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, “a” e “c”, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

§ 2º – A lei disporá sobre a aposentadoria em cargos ou empregos temporários.

§ 3º – O tempo de serviço público federal, estadual ou municipal será computado integralmente para os efeitos de aposentadoria e de disponibilidade.

§ 4º – Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei.

§ 5º – O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior. (*Redação original*)

Também previu a Constituição Federal de 1988, em seu art. 42, §9º, que a lei disporia sobre os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência para a inatividade dos servidores militares federais – integrantes das Forças Armadas – e dos servidores militares dos Estados, Territórios e Distrito Federal – integrantes das respectivas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

Oportuno salientar, ainda, que o art. 39, desta Constituição, determinou que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituissem, no âmbito de suas respectivas competências, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da Administração Pública Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas. No âmbito federal, foi editada a Lei nº 8.112/1990 para dar cumprimento ao comando constitucional.

No entanto, o sistema previdenciário público instituído pela Constituição Cidadã, sofreu significativas alterações implantadas pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Estas modificações promovidas pelo Poder Reformador visaram, em sua grande parte, diminuir a diferença existente entre os regimes jurídicos de trabalho público e privado. Contudo, manteve-se na essência a natureza estatutária do vínculo desses trabalhadores do setor público com a Administração.

A Emenda Constitucional nº 03/1993 acrescentou um §6º, ao art. 40, preconizando a obrigatoriedade de contribuição dos servidores federais para as aposentadorias:

Art. 40. [...] §6º As aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei.

Em relação aos Estados, Distrito Federal e Municípios já havia semelhante previsão no art. 149, parágrafo único<sup>29</sup>, da redação original de Constituição de 1988, estabelecendo que estes entes podiam cobrar contribuições de seus servidores para o custeio dos sistemas de previdência e assistência social. Porém, tratava-se instituição facultativa.

A Emenda Constitucional n° 20, de 15 de dezembro de 1998, foi a base da reestruturação do sistema constitucional de previdência social dos servidores públicos e também promoveu alterações relevantes nas regras do Regime Geral de Previdência Social.

A denominada “reforma previdenciária” foi complementada com a edição da Lei n° 9.717/1998, que dispôs sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos regimes próprios de previdência social dos entes federativos. E, também, com a publicação da Lei n° 9.796/1999, que dispôs sobre a compensação financeira entre o regime geral de previdência social e os regimes próprios de previdência dos servidores públicos, nos casos de contagem recíproca de tempo de contribuição para efeito de aposentadoria.

A Emenda n° 20/1998 alterou diversos dispositivos no corpo da Constituição, acrescentou dispositivos ao Título das Disposições Constitucionais Gerais e manteve artigos na própria Emenda, referentes a regras de transição, que passaram a coexistir com as normas do corpo permanente, em inobservância a boa técnica legislativa, que orienta a inserção dessas regras no Título das Disposições Transitórias, conforme salienta Campos<sup>30</sup>.

A redação do *caput* do art. 40 foi alterada, nesta oportunidade, para determinar a instituição de um regime previdenciário de caráter contributivo para os servidores:

Art. 40 – Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter con-

29 “Art. 149. [...] Parágrafo único. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social.” (*Redação original*)

30 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 79.

tributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. *(Redação dada pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98)*

Destarte, em razão do comando contido nesta Emenda Constitucional todos os entes federativos tiveram que instituir seus regimes previdenciários, com equilíbrio financeiro e atuarial, sendo a filiação obrigatória para os servidores titulares de cargo efetivo, bem como para os magistrados, membros do Ministério Público e Tribunais de Contas.

Esta Emenda também previu definitivamente que os servidores comissionados, os ocupantes de cargos temporários e os empregados públicos estão vinculados ao regime geral e não ao regime próprio de previdência social:

Art. 40. [...] § 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. *(Incluído pela Emenda Constitucional n° 20, de 15/12/98)*

A Emenda Constitucional n° 41, foi promulgada em 19/12/2003, e novamente alterou as regras do regime próprio de previdência dos servidores públicos, especialmente no tocante às aposentadorias e pensões. Também restou alterada redação do art. 40, *caput*, que permanece ainda hoje:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. *(Redação dada pela Emenda Constitucional n° 41, 19.12.2003)*

Destaca-se, na alteração promovida, que passou a constar do texto a obrigatoriedade de contribuição não só dos agentes públicos em atividade, mas também dos aposentados, pensionistas e dos entes estatais.

Também foi incluído pelo Poder Constituinte Reformador a exigência de um regime único de previdência social dos servidores públicos e de apenas uma unidade gestora – art. 40, §20, *in verbis*:

Art. 40. [...] § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Por fim, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 47/2005, que alterou, mais uma vez, as regras de aposentadoria, assegurando regras de transição e, também, inseriu novas hipóteses de concessão de aposentadorias especiais.

### III - A seguridade social na constituição de 1988

O sistema da seguridade social na forma prevista no art. 194, da Constituição de 1988, consoante já salientado, “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Portanto, a previdência social revela-se, apenas, como um dos componentes deste sistema, ao lado da saúde e da assistência social:

Verifica-se, desta análise estrutural do sistema de seguridade social, que o seu conceito tem significado diverso do que se atribui à previdência social. Previdência é cobertura dos efeitos de contingências associadas principalmente ao trabalho, resultante de imposição legal e lastreado nas contribuições dos afiliados para seu custeio. Tem, por objetivo, ofertar benefícios aos contribuintes – previdentes – quando, em ocasião futura, sofrerem perda ou redução da capacidade laborativa. Já a seguridade é sistema mais amplo de cobertura de contingências sociais destinado a todos os que se encontrem em estado de necessidade. Auxílios a famílias numerosas, pensões não contributivas, complementações de renda constituem benefícios de seguridade porque amparam quem necessita de proteção mesmo sem ter vertido contribuição prévia para o sistema.<sup>31</sup>

31 BALERA, Wagner. MUSSI, Cristina. *Direito previdenciário*. 7ª ed.. São Paulo: Método, 2010, p. 31.



## 1. Saúde

O direito à saúde está previsto nos arts. 196 a 200, da Constituição Federal, no art. 2º, da Lei nº 8.212/1991, e na Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Trata-se de direito universal, que independe de contribuição:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

As ações e os serviços públicos de saúde estão ligados ao Ministério da Saúde e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, que constitui um sistema único, que deve ser organizado de acordo com as diretrizes traçadas no art. 198, da Carta da República, que são (I) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (II) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e (III) participação da comunidade.

O Poder Público deve regulamentar, fiscalizar e controlar tais ações e serviços, devendo sua execução ser feita diretamente pelos Poderes Federais, Estaduais e Municipais ou através de terceiros, como pessoas físicas ou jurídicas de direito privado – art. 197, da Constituição Federal.

O Sistema Único de Saúde – SUS foi criado para executar programa de prevenção, proteção e recuperação da saúde e será financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (art. 198, §1º, da Constituição Federal).

As competências desse sistema constam do art. 200, da Constituição da República, as quais traçam um rol não taxativo das suas atribuições:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medi-

camentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

- II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
- VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

## **2. Assistência Social**

O direito à assistência social está previsto nos arts. 203 e 204 da Constituição Federal, no art. 4º, da Lei 8.212/1991 e na Lei nº 8.742/1993 – Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

A assistência social, sob a égide do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome, também tem caráter universal, devendo ser prestada a quem dela necessite, independente de qualquer contraprestação, tendo seus objetivos elencados no art. 203 da Constituição:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II – o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III – a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V – a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Segundo Balera e Mussi<sup>32</sup>, o direito à assistência social, da forma como previsto, “quer abarcar todo aquele que, não tendo capacidade econômica para contribuir, necessite de amparo de tal sistema e não se enquadra no rol de segurados obrigatórios da Previdência Social.” Assim, estaria garantida a proteção de qualquer pessoa desde seu nascimento até sua morte.

Tal garantia abrange benefícios eventuais, que são prestados aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública (art. 22<sup>33</sup>, da Lei 8742/1993) e benefícios de prestação continuada (art. 20<sup>34</sup>, da Lei 8.742/1993 e Decreto 6.214/2007).

A execução de tais serviços é feita pelos Poderes Públicos Estaduais e Municipais e também por meio de entidades e organizações sem finalidade lucrativa, em conformidade com as normas fixadas pelo Conselho

---

32 BALERA, Wagner. MUSSI, Cristina. *Direito previdenciário*. 7ª ed.. São Paulo: Método, 2010, p. 21.

33 “Art. 22. Entendem-se por benefícios eventuais as provisões suplementares e provisórias que integram organicamente as garantias do SUAS e são prestadas aos cidadãos e às famílias em virtude de nascimento, morte, situações de vulnerabilidade temporária e de calamidade pública.

§ 1º A concessão e o valor dos benefícios de que trata este artigo serão definidos pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e previstos nas respectivas leis orçamentárias anuais, com base em critérios e prazos definidos pelos respectivos Conselhos de Assistência Social.

§ 2º O CNAS, ouvidas as respectivas representações de Estados e Municípios dele participantes, poderá propor, na medida das disponibilidades orçamentárias das 3 (três) esferas de governo, a instituição de benefícios subsidiários no valor de até 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo para cada criança de até 6 (seis) anos de idade.

§ 3º Os benefícios eventuais subsidiários não poderão ser cumulados com aqueles instituídos pelas Leis nº 10.954, de 29 de setembro de 2004, e nº 10.458, de 14 de maio de 2002.”

*(Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011 – SUAS: Sistema Único de Assistência Social)*

34 “Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.” [...] *(Redação dada pela Lei nº 12.435, de 2011)*

Nacional de Assistência Social – CNAS – atual órgão responsável pela política de Assistência Social<sup>35</sup>.

### 3. Previdência Social

O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) está previsto nos arts. 201 e 202, da Constituição de 1988, e é disciplinado pela Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social e institui Plano de Custeio, e pela Lei nº 8.213/1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Também merece destaque o Decreto 3.048/1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, dentre outras providências.

De acordo com o referido art. 201, da Constituição Federal, a previdência será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e atenderá aos seguintes riscos sociais: (I) cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (II) proteção à maternidade, especialmente à gestante; (III) proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (IV) salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (V) pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A Previdência Social está submetida ao Ministério da Previdência Social<sup>36</sup>, sendo o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS a autarquia responsável pela concessão e manutenção deste Regime Geral de Previdência Social. O INSS foi criado em 1990 em substituição ao Instituto Nacional de Previdência Social – INPS e o Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – IAPAS, tendo como atribuição a arrecadação, o pagamento dos benefícios e a prestação de serviços aos segurados e dependentes do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

Diferentemente dos demais direitos assegurados pela seguridade social, no RGPS para ter direito aos benefícios por ele contemplados

---

35 A Legião Brasileira de Assistência – LBA e o Centro Brasileiro para a Infância e a Adolescência – CBIA (antiga Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – FUNABEM) foram extintas pela Medida Provisória nº 813/1995, convertida na Lei nº 9.649/1998.

36 Exceção apenas do programa do seguro-desemprego, que está submetido ao Ministério do Trabalho e Emprego.

há necessidade de filiação e contribuição, que é obrigatória para todos os empregados, inclusive os domésticos, trabalhadores avulsos, contribuintes individuais e segurados especiais. Também poderão contribuir, de forma facultativa, aqueles que não se enquadram nestas categorias, como, por exemplo, as “donas de casa”.

Todavia, estão excluídos desse Regime Geral os servidores públicos civis, os militares, os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, por possuírem Regime Próprio de Previdência Social.

Destarte, podemos afirmar que atualmente coexistem no Brasil 04 (quatro) regimes previdenciários: (I) Regime Geral da Previdência Social – RGPS, (II) Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, (III) Regime Próprio de Previdência dos Militares – RPPM e (IV) Regime de Previdência Complementar – RPC. A diferenciação de tais regimes decorre da particularidade de suas normas e princípios, bem como do universo de segurados e dependentes desses sistemas.

O Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS disciplina a previdência dos servidores públicos, titulares de cargos efetivos, de cada um dos entes federativos, bem como dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas destes entes e está disciplinado especialmente no art. 40, da Constituição Federal, cujo *caput* possui atualmente a seguinte redação:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Já o Regime Próprio de Previdência dos Militares – RPPM, consoante destaca Marcelo Barroso Lima Brito de Campos,<sup>37</sup> possui dois diferentes universos:

---

37 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 68/69.

- a) os militares das forças armadas e seus dependentes (Marinha, Exército e Aeronáutica), que nos termos do art. 142, §3º, X<sup>38</sup>, da Constituição de 1988, deverão ser regidos por lei específica que disporá, dentre outros assuntos, sobre as condições de transferência destes militares para a inatividade;
- b) os militares estaduais e distritais, bem como seus dependentes (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar). Neste caso, o art. 42, caput e §§ 1º e 2º<sup>39</sup>, da Constituição de 1988, remetem a disciplina previdenciária destes militares à lei específica, fazendo remissão expressa à aplicação do art. 142, §3º, X, da Constituição de 1988.

A distinção feita aos militares decorre da particularidade de que eles tecnicamente nunca se aposentam, apenas são transferidos para a inatividade remunerada (reforma ou reserva), dentre outras características típicas da carreira militar. Por tais razões, os militares não se submetem às regras do Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, com algumas exceções, como, por exemplo, no tocante à obrigatoriedade de observância do direito de contagem recíproca dos tempos de contribuição federal, estadual ou municipal, previsto no art. 40, §9º, da Constituição Federal.

Por fim, o Regime de Previdência Complementar – RPC está previsto no art. 40, §§ 14, 15 e 16, da Constituição Federal:

Art. 40. [...] § 14 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desde que instituem regime de previdência complementar para os seus respectivos servidores titulares de cargo efetivo, poderão

38 “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

[...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...] X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.” [...] (*Parágrafo e inciso incluídos pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998*)

39 “Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

fixar, para o valor das aposentadorias e pensões a serem concedidas pelo regime de que trata este artigo, o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

[...] § 15. O regime de previdência complementar de que trata o § 14 será instituído por lei de iniciativa do respectivo Poder Executivo, observado o disposto no art. 202 e seus parágrafos, no que couber, por intermédio de entidades fechadas de previdência complementar, de natureza pública, que oferecerão aos respectivos participantes planos de benefícios somente na modalidade de contribuição definida. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

§ 16 – Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação do ato de instituição do correspondente regime de previdência complementar. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

Trata-se, portanto, de regime de instituição facultativa pelos entes federativos que, se efetivado, possibilitará a limitação do valor máximo dos benefícios a serem percebidos pelos servidores vinculados ao Regime Próprio em valor correspondente ao teto do Regime Geral da Previdência Social.

O Estado de São Paulo foi pioneiro na instituição deste Regime, por meio da edição da Lei Complementar Estadual nº 14.653, de 22 de dezembro de 2011, que instituiu o Regime de Previdência Complementar no âmbito deste Estado, fixando o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões de que trata o referido art. 40, da Constituição Federal. Por meio desta lei também foi autorizada a criação de entidade fechada de previdência complementar, na forma de fundação, denominada Fundação de Previdência Complementar do Estado de São Paulo - SP-PREVCOM, cujo estatuto foi aprovado pelo Decreto Estadual nº 57.785/2012.

No âmbito da União, foi editada a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, assim ementada:

Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de

aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (FUNPRESP-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (FUNPRESP-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (FUNPRESP-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências.

A Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo – FUNPRESP-Exe foi recentemente instituída, por meio do Decreto nº 7.808, de 20 de setembro de 2012, como entidade fechada de previdência complementar vinculada ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com a finalidade de administrar e executar planos de benefícios de caráter previdenciário.

#### **IV - Características do regime próprio de previdência social**

O Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, conforme mencionado, está previsto fundamentalmente no art. 40, da Constituição Federal, que já foi modificado por várias Emendas Constitucionais e agora apresenta a seguinte redação:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>40</sup>, consoante reproduziremos a seguir, destaca 11 (onze) características desse regime: (I) próprio, (II) fechado, (III) básico, (IV) solidário, equilibrado (V) financeira e (VI)

<sup>40</sup> CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 80/83.



atuarialmente, (VII) contributivo, (VIII) de contribuição definida, (IX) de filiação obrigatória, (X) estatal e (XI) com unidade de gestão.

Diz ser regime (I) próprio e (II) fechado, por ser exclusivo dos servidores públicos titulares de cargos efetivos – universo definido de participantes –, diferente do regime geral e do regime de previdência complementar. E (III) básico em oposição ao regime de previdência complementar dos servidores públicos, sendo considerado os direitos previdenciários direitos fundamentais sociais.

A característica da (IV) solidariedade, inserida expressamente pela Emenda Constitucional nº 41/2003, decorre desse sistema previdenciário ser gerido por um regime mutualista ou de repartição simples; portanto, o servidor ativo e o aposentado não contribuem para a própria aposentadoria, mas, sim, para o sistema. Este regime está baseado na solidariedade entre os indivíduos e entre as gerações. Diversamente ocorre no denominado regime de capitalização, em que as contribuições mensais são reservadas para financiar a própria aposentadoria do servidor.

Destaca-se que a solidariedade, embora explicitada pela Emenda nº 41, sempre foi inerente à seguridade e já constava na base do texto original da Constituição (art. 3º, I<sup>41</sup>). O objetivo de tornar expressa essa característica foi justificar mais facilmente a contribuição previdenciária dos inativos e pensionistas, que não haviam contribuído para suas próprias aposentadorias, mas deveriam fazê-lo em solidariedade aos atuais ativos.

Exatamente por se tratar de um modelo mutualista, alerta o referido Professor que havia a necessidade de correspondência entre o número de servidores ativos e inativos para manutenção do sistema – equilíbrio entre a arrecadação e o pagamento de benefícios. Ocorre que com o passar do tempo e o aumento da expectativa de vida dos brasileiros este sistema se desequilibrou.

Tal fator, aliado à necessária diminuição dos gastos das pessoas jurídicas de direito público interno com o custeio de seu pessoal – sendo que até então não havia contribuição dos agentes públicos para a aposentadoria –, levou à necessidade de reforma desse sistema, aproximando-o do Regime Geral da Previdência Social.

---

41 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;” [...]

Nesse sentido, foram implementadas mudanças na Constituição Federal, especialmente através das Emendas Constitucionais nº 01/1993, 20/1998, 41/2003 e 47/2005, que promoveram significativas alterações no sistema previdenciário público:

A primeira, no ano de 1993, de número 3, duas delas, promulgadas no ano de 1998, as de números 19 e 20; e, no ano de 2003, a de número 41, e ainda, a Emenda n. 47, de 2005, traçaram significativas mudanças, seja no tocante à própria natureza jurídica das relações de trabalho entre servidores públicos e entes públicos, seja no aspecto dos direitos dos servidores, particularmente no campo do direito previdenciário, tendo como principal deles a aposentadoria, caracterizando-se o conjunto de mudanças pela redução da proteção até então assegurada aos servidores públicos, ante os novos critérios de concessão e cálculo do valor dos proventos<sup>42</sup>.

Os Regimes Próprios de Previdência dos Servidores Públicos devem seguir, portanto, critérios que preservem os equilíbrios (V) financeiro e (VI) atuarial, visando assegurar a saúde financeira do sistema a curto, médio e longo prazo. Trata-se de imperativo constitucional (art. 40, *caput*, CF) e também legal (art. 1º, *caput*<sup>43</sup>, da Lei nº 9.717/1998 e arts. 4º, I<sup>44</sup> e 69<sup>45</sup>, da Lei Complementar nº 101/2000).

Por conseguinte, outra característica indicada pelo Doutrinador em referência e que decorre deste Regime Próprio é o caráter (VII) contributivo. O art. 40, *caput*, com a redação dada pela Emenda nº 20/1998, estabeleceu textualmente esta característica, adicionando o

42 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 797.

43 “Art. 1º Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios”: [...]

44 “Art. 4o A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165 da Constituição e:

I - disporá também sobre:

a) equilíbrio entre receitas e despesas;” [...]

45 “Art. 69. O ente da Federação que mantiver ou vier a instituir regime próprio de previdência social para seus servidores conferirá-lhe o caráter contributivo e o organizará com base em normas de contabilidade e atuária que preservem seu equilíbrio financeiro e atuarial.”

requisito de tempo de contribuição, além do tempo de serviço, para fins de aposentadoria.

Assim, devem contribuir para o sistema o ente federativo e todos os seus servidores ativos, bem como os inativos e pensionistas, nos limites legais<sup>46</sup>. A (VIII) contribuição é definida, ou seja, o valor da contribuição é certo e servirá como base de cálculo para o benefício que será percebido:

Art. 40 [...] § 3º Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003*)

Também em razão do alegado acima decorre outro qualificativo deste regime que é a (IX) filiação obrigatória, vale dizer, o servidor, uma vez investido no cargo, é automaticamente filiado ao regime, quando instituído pela unidade federativa.

Ademais, trata-se de um regime de previdência (X) estatal, sendo que a instituição e a manutenção deste devem ser feitas pelo ente federativo, através da Administração Direta ou Indireta, como, por exemplo, por meio de Autarquias Previdenciárias.

Ressalta-se que cada um destes entes desenvolveu, por força da autonomia concedida pelo art. 18<sup>47</sup>, da Constituição Federal, um sistema particularizado de proteção social dos seus servidores, com a criação de Institutos de Previdência, que eram responsáveis pela pensão e assistência à saúde, sendo que a aposentadoria continuava, como regra, sendo encargo exclusivo da Administração.

Em relação à União, aos Estados e ao Distrito Federal, o art. 24, XII<sup>48</sup>, da Constituição Federal, previu expressamente a competência

---

46 “Art. 40. [...] § 18. Incidirá contribuição sobre os proventos de aposentadorias e pensões concedidas pelo regime de que trata este artigo que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201, com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.” (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003*)

47 “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

48 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] XII – previdência social, proteção e defesa da saúde;”

para legislar sobre a previdência social de seus servidores. Quanto aos Municípios, tal competência lhes foi atribuída tendo em vista a autonomia (art. 18<sup>49</sup>, CF), a paridade federativa (art. 19, III<sup>50</sup>, CF) e a competência legislativa suplementar, aliada ao poder de dispor sobre assuntos de interesse local (art. 30, I e II<sup>51</sup>, CF).

Ademais, como afirmado, há previsão constitucional para que estes entes instituíam contribuição a ser paga pelos seus servidores para custeio dos respectivos regimes próprios de previdência, conforme dispõe o art. 149, §1º, da Constituição Federal:

Art. 149. [...] § 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003*)

Portanto, trata-se de competência legislativa concorrente, competindo ainda à União editar normas gerais, desde que não interfiram na competência das demais pessoas políticas. A já mencionada Lei Federal nº 9.717/1998 dispõe sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos Regimes Próprios de Previdência Social dos Servidores Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

Todavia, por meio de Emendas à Constituição de 1988, houve algumas tentativas de extinguir principalmente os Regimes Próprios estaduais e municipais, por se entender que constituíam uma armadilha para as finanças desses entes. Entretanto, como assevera Marcelo Barroso Lima Brito de Campos<sup>52</sup>, a peculiaridade da relação entre esses servidores e seus entes

49 “Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.”

50 “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III – criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.”

51 “Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

II – suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;” [...]

52 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 75/76.

demanda um tratamento diferenciado do Regime Geral, devendo ser preservado e aperfeiçoado este Regime Próprio e não simplesmente extinto.

Em razão dessa postura, contrária aos Regimes Próprios, constatam-se frequentes intervenções do Governo Federal nos RPPS dos Estados e Municípios, por meio de Portarias, Instruções Normativas, Ordens de Serviço, dentre outras normas expedidas pelo Ministério da Previdência Social e pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, impondo regras às demais pessoas políticas. Algumas vezes até mesmo em ofensa aos princípios da legalidade e autonomia federativa. No entanto, ressalta o mencionado autor que:

Antes de uma armadilha, o regime próprio é uma conquista social dos servidores de Estados e Municípios. Conforme demonstrado, não compete a outro ente da federação que não àquele ao qual se vincula o servidor a tarefa de disciplinar seu vínculo previdenciário. Os erros do passado não são suficientes para justificar a extinção do regime, pois há necessidade de reestruturá-lo para que opere de forma equilibrada e efetiva.<sup>53</sup>

Oportuno consignar que atualmente a União, os Estados e o Distrito Federal já instituíram os Regimes Próprios de Previdência Social de seus servidores. Contudo, na maioria dos municípios brasileiros a realidade é diferente, visto que não possuem adequada estrutura administrativa para constituir e gerir um regime desses.

Portanto, nos casos dos Municípios que não instituíram o Regime Próprio de Previdência Social seus servidores devem se vincular obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, na condição de segurados empregados, conforme disposto no art. 12<sup>54</sup>, da Lei nº 8.213/1991, sendo a entidade política enquadrada como empresa para fins previdenciários. Nesse sentido, leciona Amado salientando que:

De efeito, muitos municípios brasileiros têm a sua economia baseada no Fundo de Participação e nos benefícios pagos pelo

---

53 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 76.

54 “Art. 12. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social”. (*Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99 – grifos nossos*)

INSS, mal restando recursos para a prestação de serviços públicos essenciais, como os de saneamento básico.

Destarte, em muitos casos não há viabilidade em se estruturar a máquina para o nascimento de um RPPS, sendo até mais recomendável para o servidor público efetivo ser filiado ao RGPS, ante a segurança jurídica de perceber o benefício futuro, pois não ficará a mercê de alguns gestores municipais ímprobos.

Ademais, em pequenos municípios dificilmente serão pagos salários acima do teto do Regime Geral de Previdência Social, o que não irá prejudicar os segurados.<sup>55</sup>

Todavia, a obrigatoriedade de criação dos Regimes Próprios de Previdência Social não é tema pacífico e, dessa forma, não se olvida de posicionamentos contrários ao acima exposto, que entendem, como Castro e Lazzari<sup>56</sup> que o Regime Próprio de Previdência Social, em razão da fixação de regras constitucionais para a aposentadoria, é direito subjetivo dos servidores, exercitável em face do ente federativo responsável por tal concessão.

Reforçam, ainda, seu posicionamento invocando a imperatividade do disposto no art. 149, §1º, da Constituição Federal, acima transcrito, que estabelece que todos os entes federativos “instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40”. Dessa forma, para estes autores, não haveria facultatividade nessa criação.

Há, ainda, posicionamentos intermediários, como o de Campos, que apesar de considerar ser o Regime Próprio de Previdência Social um direito subjetivo do servidor de cargo efetivo, também entende que não se pode impor sua criação e manutenção pelas unidades federativas. Assim, conclui o autor que competirá ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, como gestor da previdência social, aplicar as regras previstas na Constituição Federal relativas ao regime próprio a esses servidores:

[...] entendo que as regras previstas na Constituição de 1988 que disciplinam a previdência dos servidores públicos de cargos efetivos

---

55 AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito previdenciário sistematizado*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 367/368.

56 CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 813/814.

vos têm como destinatários todos os que se encontram nesta situação, independentemente de qual seja a unidade gestora responsável pela implementação destas regras. Entendo também que a unidade federada não têm obrigação de criar e manter regime previdenciário, podendo vincular seus servidores titulares de cargos efetivos ao INSS, desde que este aplique as regras constitucionais referentes ao regime próprio a este universo de agentes públicos.<sup>57</sup>

Importante, por fim, consignar a última característica indicada por Marcelo Barroso Lima Brito de Campos desse sistema que é a (XI) unidade de gestão. É vedada a existência de mais de um Regime Próprio de Previdência Social para os servidores titulares de cargo efetivo de cada ente federativo, bem como é proibida a existência de mais de uma unidade gestora deste regime.

Ressalva existe apenas em relação aos militares federais, estaduais e distritais que poderão ter regime próprio e entidade gestora diferenciada, em razão do disposto no art. 40, §20 c/c 142, §3º, X c/c 42, §1º, todos da Constituição Federal:

Art. 40. [...] § 20. Fica vedada a existência de mais de um regime próprio de previdência social para os servidores titulares de cargos efetivos, e de mais de uma unidade gestora do respectivo regime em cada ente estatal, ressalvado o disposto no art. 142, § 3º, X. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)*

Art. 142. [...] § 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...] X – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)*

---

57 CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011, p. 88.

Art. 42. [...] § 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.” [...] *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)*

## V - Conclusão

Diante de todo o exposto e com alicerce na doutrina e na legislação acima mencionadas, podemos condensar as seguintes conclusões a respeito do Regime Próprio de Previdência Social, objeto do presente trabalho:

- i. A sociedade, de um modo geral, sempre se preocupou com as situações de restrições, contingências e adversidades que afligem o homem no decorrer de sua vida. A evolução histórica da proteção social pode ser dividida em três etapas: assistência social, seguro social e seguridade social. A primeira fase caracterizou-se pela caridade, ou seja, o amparo social era promovido pela Igreja e entidades privadas, e mais tarde, por instituições públicas. A segunda etapa foi inaugurada pela promulgação da “Lei do Seguro Doença”, proposta por Otto Von Bismarck, que criou o seguro social. Já na terceira etapa houve a criação de um sistema universal, abrangendo todos os indivíduos com a participação compulsória de toda a população – regime “beveridgeano”.
- ii. No Brasil, as primeiras manifestações relativas à proteção social que se tem notícia surgiram a partir do século XVI e ocorreram através de montepios e sociedades beneficentes, de cunho mutualista e particular. Contudo, para a maioria da doutrina especializada, a previdência social brasileira teve como marco a publicação do Decreto 4.682, de 24 de janeiro de 1923, conhecido como “Lei Eloy Chaves”, que criou, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no país, uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para seus respectivos empregados.
- iii. A evolução legislativa da proteção social brasileira pode ser dividida em 5 (cinco) períodos. O primeiro período é de implantação



– de 1923 a 1932 – e caracteriza-se pela instituição das referidas Caixas de Aposentadorias e Pensões para cada uma das empresas de Estrada de Ferro (Lei Eloy Chagas). O segundo período é de expansão – de 1933 a 1959 –, sendo a proteção social feita de acordo com as categorias profissionais, agregadas em Institutos de Aposentadorias e Pensões. O terceiro é de unificação – de 1960 a 1977 –, com a instituição do Regime Geral de Previdência Social (Lei nº 3.807/1960 – LOPS) e fusão dos Institutos de Aposentadorias e Pensões por meio da criação do Instituto Nacional de Previdência Social – INPS e estatização do Seguro contra Acidente de Trabalho – SAT. O quarto período é de reestruturação – de 1977 a 1988 –, em razão da reformulação da Previdência Social com a criação do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS (Lei nº 6.439/1977). Por fim, o quinto e último período – de 1988 em diante – qualifica-se pela instituição de um Sistema de Seguridade Social, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência social e assistência social, mediante o pagamento de contribuições devidas pela sociedade em geral, trabalhadores, empresas e pelo próprio Estado.

- iv. Quanto à disciplina previdenciária dos servidores públicos no Brasil vale ressaltar que, em razão da autonomia garantida aos entes federativos, sua procedência é distinta nas diversas esferas de governo. Apesar disso, tem como base comum o fato deste regime, na sua origem, ter sido considerado uma extensão da política de pessoal do Estado. A Constituição da República Velha de 1891 já assegurava a aposentadoria por invalidez aos funcionários públicos, desde que estivessem a serviço da nação. A Constituição de 1934, entretanto, foi a primeira a prever regras sistematizadas a respeito da aposentadoria dos servidores públicos. Já a Constituição de 1946 inovou aos prever a contagem recíproca de tempo de serviço, bem como a paridade entre ativos e inativos.
- v. A Constituição de 1988 manteve as regras diferenciadas para a aposentadoria dos servidores públicos, em seu art. 40, estruturando um Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos. No entanto, o sistema previdenciário público instituído por esta Constituição, sofreu significativas alterações implantadas

pelas Emendas Constitucionais nº 03/1993, 20/1998, 41/2003 e 47/2005. Estas modificações promovidas pelo Poder Reformador visaram, em sua grande parte, diminuir a diferença existente entre os regimes jurídicos de trabalho público e privado. Contudo, manteve-se na essência a natureza estatutária do vínculo desses trabalhadores do setor público com a Administração.

- vi. O sistema da seguridade social, previsto no art. 194, da Constituição de 1988, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Portanto, a previdência social revela-se, apenas, como um dos componentes deste sistema, ao lado da saúde e da assistência social:
- vii. Atualmente coexistem no Brasil 04 (quatro) regimes previdenciários: o Regime Geral da Previdência Social – RGPS, o Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS, o Regime Próprio de Previdência dos Militares – RPPM e o Regime de Previdência Complementar – RPC. A diferenciação de tais regimes decorre da particularidade de suas normas e princípios, bem como do universo de segurados e dependentes desses sistemas.
- viii. O Regime Próprio de Previdência dos Servidores Públicos – RPPS disciplina a previdência dos servidores públicos, titulares de cargos efetivos, de cada um dos entes federativos, bem como dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Tribunais de Contas destes entes e está disciplinado especialmente no art. 40, da Constituição Federal.
- ix. Este regime se qualifica como sendo um regime próprio, fechado, básico, estatal, solidário e de gestão única, que deve preservar o equilíbrio financeiro e atuarial, tendo caráter contributivo, com contribuições definidas e filiação obrigatória. Destaca-se que a característica da solidariedade decorre desse sistema previdenciário ser gerido por um regime mutualista ou de repartição simples, portanto, o servidor ativo e o aposentado não contribuem para a própria aposentadoria, mas sim para o sistema. Este regime está baseado na solidariedade entre os indivíduos e entre as gerações
- x. A Lei Federal nº 9.717/1998 dispôs sobre regras gerais para a organização e o funcionamento dos Regimes Próprios de Previ-

dência Social dos Servidores Públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como dos militares dos Estados e do Distrito Federal.

- xi. Atualmente a União, os Estados e o Distrito Federal já instituíram os Regimes Próprios de Previdência Social de seus servidores. Contudo, na maioria dos municípios brasileiros a realidade é diferente, visto que não possuem adequada estrutura administrativa para constituir e gerir um regime desses. Nos casos dos Municípios que não o instituíram seus servidores devem se vincular obrigatoriamente ao Regime Geral de Previdência Social, na condição de segurados empregados, conforme disposto no art. 12, da Lei nº 8.213/1991, sendo a entidade política enquadrada como empresa para fins previdenciários.

### Referências bibliográficas

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito previdenciário sistematizado*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALERA, Wagner. MUSSI, Cristina. *Direito previdenciário*. 7ª ed.. São Paulo: Método, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2001.

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito de. *Regime próprio de previdência social dos servidores públicos*. 2ª ed.. Curitiba, Juruá, 2011.

CARNEIRO, Eduardo Walmsley Soares. *Inovações implementadas no sistema previdenciário brasileiro pelas Emendas Constitucionais nº 20/98, 41/03 e 47/05: A pretensa aproximação do Sistema de Aposentadoria Próprio dos Servidores do Regime Geral de Previdência Social*. In: XXXVI – Congresso da Associação Nacional dos Procuradores do Estado. Maceió, 2010. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/restrito/>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *O novo regime previdenciário dos servidores públicos*. Recife: Nossa Livraria, 1999.

DAL BIANCO, Dânae *et al.* *Previdência dos servidores públicos*. São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2011.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2007.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: LTr, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes *et al.* *Direito Administrativo Brasileiro*. 36<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5<sup>a</sup> ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios de. *Previdência dos Servidores Públicos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. *Direito previdenciário esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Comentários à reforma da previdência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social*. 12<sup>a</sup> ed. rev. e ampl. e atual.. Niterói: Impetus, 2010.

# Revisão dos contratos com finalidades diversas segundo o ramo do direito a que pertencem

Nestor Duarte<sup>1</sup>

A origem do contrato é incerta, tomando-se, porém, como ponto de partida, o Direito Romano <sup>(2)</sup>, o contrato formal e de uso ordinário foi a “stipulatio” <sup>(3)</sup>, cuja mais antiga forma era a “sponsio” (Spondes mihi dare certum? Spondeo).

Distingue-se, no Direito Romano, o pacto do contrato, mas essa diversidade assim como as formalidades e solenidades não sobreviveram às guerras púnicas e se tornaram frequentes as relações entre “cives” e peregrini”. Posteriormente surgiram novas figuras para atender às necessidades da vida econômica, abrangendo atos bilaterais de uso frequente (contractus re, verbis, literis, consensu). Nessa mesma linha obrou o pretor, suprimindo as lacunas do ordenamento, dando lugar a normas menos rigorosas e mais simples, abrindo espaço para a definição que veio exarar Pothier <sup>(4)</sup> e que inspirou o Código Napoleão (art. 1101). No

---

1 Ex-procurador do Estado de São Paulo, Desembargador de Justiça do Estado de São Paulo e professor associado da Universidade de São Paulo - USP

2 Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano – Manual de Direito Romano – vol. I – pag. 274 – Saraiva – São Paulo, 1957: “Tôda a evolução do sistema contratual romano se deve considerar como a árvore genealógica das modernas figuras contratuais”

3 Bonfante, Pietro – Instituzioni di Diritto Romano – pag. 374 – Dott. A. Giuffrè Editore – Milano, 1987.

4 Oeuvres de Pothier – tome deuxième – pag. 4 – Cosse et Marchal – Henri Plon – Paris, 1861: “Une convention ou un pacte (car ce sont termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier: Duorum vel plurium in idem placitum consensus. L. 1, § 1, ff. de Pact. Domat, p. 1, l. 1. tit. 1. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque

correr do tempo, verificou-se uma progressiva ampliação do conceito de contrato, abarcando novas categorias, além do contrato obrigacional, e atingindo outras esferas do Direito <sup>(5)</sup>, como a do Direito Público <sup>(6)</sup>.

Qualquer que seja sua configuração, porém, ressalvado o pensamento dos que admitem contratos de natureza não patrimonial, o contrato se presta aos mais diversos fins da atividade econômica, mediante a composição de interesses opostos <sup>(7)</sup>.

A composição dos interesses opostos, à sua vez, está limitado pelas regras particulares de cada ramo do Direito em que se situa e em especial por normas de ordem pública.

É regra fundamental, em qualquer vertente, que as obrigações assumidas devem ser fielmente cumpridas <sup>(8)</sup>, ancorada na expressão “*pacta sunt servanda*”. Todavia, “esse princípio mantém-se no Direito atual dos contratos com atenuações que não lhe mutilam a substância”, conforme Orlando Gomes <sup>(9)</sup>, de modo que, em determinadas circunstâncias, a força obrigatória do contrato pode ser atenuada, até pela autoridade judicial.

Dois são os fundamentos para o abrandamento daquele princípio, que é o da força obrigatória dos contratos, comumente invocados: uma

---

engagement, est celle qu'on appelle Contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pactes, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondés sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit. Ceux qui seront curieux de les connaître, pourront consulter le titre de *Pactis*, dans notre ouvrage sur les *Pandectes*, ou ils sont détaillés. De là il suit que, dans notre droit, on ne doit point définir le contrat, comme le définissent les interprètes du droit romain, *Conventio nomen habens à jure civili vel causam*; mais qu'on le doit définir, “une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose.”

5 Galvão Telles, Inocência – Manual dos Contratos em Geral – pág. 35 – Wolters Kluwer – Coimbra Editora – Coimbra, 2010.

6 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo – pág. 254 – 24ª edição – Atlas, São Paulo, 2011.

7 Messineo, Francesco – Manual de Derecho Civil y Comercial – tomo IV (traducción de Santiago Sentis Melendo) – pág. 433 – Ediciones Jurídicas Europa – America – Buenos Aires, 1979.

8 Alvim, Agostinho – Da Inexecução das Obrigações e sua Consequências – pág. 5 – 4ª edição – Saraiva – São Paulo, 1972.

9 Gomes, Orlando – Contratos – pag. 39 – 12ª edição – Forense – Rio de Janeiro, 1991.

antiga proposição do Direito Canônico, denominada cláusula “rebus sic stantibus” e a teoria da imprevisão. Aglutina-os Paulo Carneiro Maria, afirmando que “a cláusula “rebus sic stantibus” constitui antiga aspiração, que o direito medieval sancionou e as primeiras codificações acolheram; tendo entrado em declínio, no período do liberalismo, ressurgiu, nos tempos atuais, como a moderna teoria da “imprevisão” (10).

O antecedente próximo, em que se buscou justificar a exceção à força obrigatória dos contratos, situa-se no período imediatamente posterior à Primeira Guerra Mundial, dados os acontecimentos extraordinários que impediam o cumprimento das avenças (11).

Admitida, pois, a teoria da imprevisão, passou a integrar o direito positivo e, na legislação brasileira, podem-se mencionar três inserções, cujos motivos, entretanto, não coincidem e, por isso, as soluções não podem ser as mesmas.

O Código Civil de 2002 disciplinou a matéria no artigo 317, que confere ao Juiz a prerrogativa de corrigir os contratos quando, “por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução”; também facultou a resolução do contrato: “*Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos*

---

10 Maia, Paulo Carneiro – Da cláusula rebus sic stantibus – pag. 263 – Saraiva – São Paulo, 1959.

11 Gomes, Orlando – ob. cit. – pág. 39 – “A mudança de orientação deve-se a acontecimentos extraordinários que revelaram a injustiça da aplicação do princípio nos seus termos absolutos. Após a primeira conflagração mundial, apresentaram-se, em alguns países beligerantes, situações contratuais que, por força das circunstâncias, se tornaram insustentáveis, em virtude de acarretarem onerosidade excessiva para um dos contratantes. Na França, o Conselho de Estado admitiu, então, relativamente a contratos de concessão de serviço público, que seu conteúdo poderia ser revisto, desde que novas circunstâncias, fora de toda previsão, houvessem determinado, para o cumprimento das obrigações, tamanha onerosidade que a sua execução importasse a ruína econômica do devedor. A lei *Failliot*, de 21 de maio de 1918, embora de emergência, consagrou, de modo nítido, o princípio da revisão, dispondo que os contratos mercantis estipulados antes de 1º de agosto de 1914, cuja execução se prolongasse no tempo, poderiam ser resolvidos se, em virtude do estado de guerra, o cumprimento das obrigações por parte de qualquer contratante lhe causasse prejuízos cujo montante excedesse de muito a previsão que pudesse ser feita, razoavelmente, ao tempo de sua celebração. Esse diploma legal constitui marco decisivo na evolução do pensamento jurídico no tocante à questão da força obrigatória dos contratos, uma vez que consagra a ideia nova da imprevisão.”

*extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação*” (art 478). A resolução, todavia, pode ser evitada, “oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato” (art. 479).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11/9/1990) inclui, entre os direitos básicos do consumidor, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V).

No campo do Direito Público, a Lei 8.666, de 21/6/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, admite a alteração dos contratos por ela regidos, com as devidas justificativas, por acordo das partes, “*para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual*” (art. 65, II, “d”).

Desde logo se vê que, no âmbito privado, o a que se refere é a **revisão** do contrato, enquanto a Lei 8.666/93 se refere à **alteração**. As revisões previstas no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor permitem a intervenção judicial, ao passo que a Lei 8.666/93 exige o acordo das partes.

Mesmo no âmbito privado, nas relações de consumo as revisões só podem beneficiar o consumidor e não o fornecedor, que assume integralmente os azares econômicos. Além disso, não exige o Código de Defesa do Consumidor que o fato superveniente seja imprevisível <sup>(12)</sup>.

---

12 Marque, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor – pág. 783 – 4ª edição – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002: “Prevê ainda o inciso V do art. 6º do CDC a possibilidade da revisão judicial da cláusula de preço, que era equitativa quando do fechamento do contrato, mas que em razão de fatos supervenientes tornou-se excessivamente onerosa para o consumidor. A onerosidade excessiva e superveniente que permite o recurso a esta revisão



Já os contratos regidos pelo Código Civil ou por leis especiais, salvo se contiverem disposição própria, como é o caso da locação (Lei 8.245/91 – art. 19), para serem revistos <sup>(13)</sup> ou resolvidos <sup>(14)</sup>, demandam aconte-

---

judicial é unilateral, pois o art. 6º do CDC institui direitos básicos apenas para o consumidor. A norma do art. 6º do CDC avança ao não exigir que o fato superveniente seja imprevisível ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre as prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente, fato que não necessita ser extraordinário, irresistível, fato que podia ser previsto e não foi.”

- 13 Bdine Jr., Hamid Charaf – Código Civil Comentado (Coordenador Min. Cezar Peluso) – pag. 303 – 6ª edição – Manole, Barueri, 2012 – “O dispositivo em exame estabelece os requisitos necessários para essa intervenção: a) os motivos devem ser imprevisíveis, mas não há exigência de que sejam extraordinários, como ocorre no art. 478; b) a desproporção entre a prestação devida deve ser manifesta, isto é, deve ser suficientemente expressiva e estar identificada. Essa desproporção deve ser verificada levando-se em conta as prestações; ou seja, o critério é objetivo, não sendo possível a adoção de um critério puramente subjetivo, que leve em conta a desproporcionalidade e a imprevisibilidade do ponto de vista de quem está obrigado ao cumprimento da prestação, como ocorre com a hipótese prevista no art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor; c) o reequilíbrio do valor da prestação deve ser postulado pela parte, sendo vedado ao juiz implementá-lo de ofício; d) a existência de uma relação obrigacional duradoura, sucessiva ou mesmo instantânea, desde que com o adimplemento parcelado; e e) os acontecimentos que geraram o desequilíbrio não podem ser imputáveis ao lesado.”
- 14 Rosenvald, Nelson – Código Civil Comentado (Coordenador Min. Cezar Peluso) – pag. 543 – 6ª edição – Manole, Barueri, 2012 – “A resolução contratual pela onerosidade excessiva requer a coexistência de três pressupostos: a) Estipulação de um contrato de duração. Trata-se de contrato de execução continuada ou diferida no tempo. Na execução sucessiva as prestações se fracionam em periodicidade regular (v.g., arrendamento mercantil, empreitada, promessa de compra e venda). Destarte, não se aplica a teoria da imprevisão aos contratos instantâneos, nos quais há uma coincidência cronológica entre o tempo de celebração e a sua imediata execução (v.g. compra de alimentos em mercado). b) Superveniência de acontecimento extraordinário que gere onerosidade excessiva para uma das partes. O contrato iniciou com respeito ao sinalagma genético, porém uma situação de desequilíbrio econômico irrompeu, transformando drasticamente o panorama contratual. Perceba-se que não se trata de pequenas alterações – que já se inserem nos riscos ordinários das partes –, afinal em toda relação obrigacional pequenas perdas são naturais e se inserem na álea ordinária das partes. O fundamental é que o fato superveniente remeta um dos contratantes ao chamado limite do sacrifício, que corresponde a um brutal rompimento da equivalência originária do pacto. A onerosidade excessiva é restrita ao campo dos contratos comutativos, consubstanciados no prévio conhecimento mútuo das prestações que serão executadas. Assim, afasta-se a sua incidência nos contratos aleatórios (arts. 458 e 459 do CC), em que incide uma incerteza quanto às prestações das partes – ou sobre a sua quantidade –, não sendo possível prever sobre qual delas recairá a álea. c) O acontecimento extraordinário será qualificado por sua imprevisibilidade. A teoria da imprevisão é de cunho subjetivo, na medida em que a admissão da resolução contratual é condicionada à demonstração de que ao tempo da contratação havia total impossibilidade de as partes anteverem o evento extraordinário que conduziria uma delas à onerosidade excessiva, frustrando a justa expectativa no êxito do programa contratual.”

cimentos imprevisíveis e que haja prejuízo grave para uma das partes e ganho excessivo para a outra.

Por fim, a alteração dos contratos regrados pela Lei 8.666/93 não visa remediar prejuízos de qualquer das partes, pois a equação econômico-financeira funda-se, em regra, no resultado de um procedimento licitatório, e há expressa disposição constitucional obrigando a manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, XXI, da CF). Mesmo em contratos firmados com dispensa ou declaração de inexigibilidade de licitação, as condições iniciais devem ser mantidas e se o contratado aquiescer com ganhos reduzidos não poderá, a pretexto de fato superveniente, obter ganhos superiores àqueles que aceitou<sup>(15)</sup>. Em síntese, “o equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratante e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento”, conforme ensina Hely Lopes Meirelles<sup>(16)</sup>.

Nota-se, pois, que se os fundamentos da revisão dos contratos são em grande parte coincidentes, seja pela invocação da cláusula “rebus sic stantibus”, seja pela teoria da imprevisão, as finalidades diferem, segundo o

---

15 Justen Filho, Marçal – Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – pag. 775 – 14ª edição – Dialética – São Paulo – 2010: “Assim, em primeiro lugar, não se imagine que os vocábulos indiquem uma igualdade econômica em sentido absoluto. Utilizam-se essas palavras para indicar uma relação de equivalência que se poderia qualificar como *convencional* (para não dizer *arbitrária*). Significa que, para as partes, a extensão dos encargos assumidos é considerada como equivalente à extensão dos benefícios correspondentes. Sob o mesmo enfoque, não há cabimento em afirmar que está respeitado o *equilíbrio* quando a empresa não tem prejuízo. Trata-se da aplicação não técnica do vocábulo. Quando se alude a *equilíbrio econômico-financeiro* não se trata de assegurar que a empresa se encontre em situação lucrativa. A garantia constitucional se reporta à *relação original entre encargos e vantagens do contrato*. O equilíbrio exigido envolve essa contraposição entre encargos e vantagens, tal como fixada por ocasião da contratação. Bem por isso, não há cabimento em investigar o *equilíbrio da empresa*. A situação subjetiva do particular é irrelevante para identificar o conteúdo da equação econômico-financeira. Cada contratação retrata uma relação jurídica diversa, que reflete uma equação específica e determinada entre encargos e vantagens. Por fim, não cabe investigar se a contratação é “equilibrada”, no sentido de produzir lucros satisfatórios e adequados. Tal como acima indicado, o equilíbrio de que se cogita é puramente *estipulativo*. As partes reputam que os encargos equivalem às vantagens, o que não significa que, efetivamente, haja um equilíbrio econômico real, material, de conteúdo.

16 Meirelles, Hely Lopes – Licitação e Contrato Administrativo – pag. 206 – 4ª edição – Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.

ramo do Direito a que pertence o contrato: a) nos regidos pelo Código Civil objetiva-se o reequilíbrio dos direitos e obrigações pactuadas, a fim de que não haja onerosidade excessiva para uma e ganhos desmedidos para outra, modificando-se o pactuado inicialmente para adequar-se a novas situações; b) nos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, pretende-se evitar a onerosidade excessiva para o consumidor, sem se importar com os prejuízos do fornecedor; e c) nos contratos com a Administração Pública, busca-se a manutenção das condições iniciais do contrato, sem a preocupação de suprir os ganhos diminutos, que o contratado aceitou, e, principalmente, devem ser mantidas as condições iniciais, reputadas as melhores para a Administração, no momento da celebração do contrato.



# Democracia e coletividade

Paulo Salvador Frontini<sup>1</sup>

*Este texto é dedicado, com muita emoção, à memória da Excelentíssima Procuradora do Estado, Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, pessoa admirável, com merecido destaque na Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Teve marcante atuação como consultora jurídica da Secretaria de Defesa do Consumidor (1987 / 1.991).*

---

Sumário: 1. Registros do Século XX; 2. Novas Realidades. 3. O Mundo Virtual. 4. Democracia Direta? Sim, via computadores. 5. Redes Sociais. 6. Coletividades. 7. Coletividades e pessoas jurídicas. 8. Mundo virtual, redes sociais, coletividades e democracia. 9. Mundo virtual e totalitarismo. 10. Conclusões.

---

## 1. Registros do Século XX

Ainda que sem suficiente perspectiva histórica, pode-se afirmar que o século XX legou à História registros indeléveis. Faça-se remissão: a Grande Guerra (1914/1918); a Revolução Russa (1917); o genocídio armênio; o pós-guerra, com crises políticas, sociais, inflação e desemprego; a Constituição de Weimar; o fascismo; a Grande Depressão; o nazismo; o *New Deal*; a Segunda Guerra Mundial; o Holocausto; os julgamentos de Nuremberg; a Guerra Fria; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o desenvolvimentismo (anos 1960); o Estado do Bem-Estar Social; a corrida espacial; a *Queda do Muro de Berlim*; o esfacelamento

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da USP e do Mestrado em Direito (UNIFIEO). Advogado. Membro do Ministério Público de SP, aposentado.

da União Soviética;<sup>2</sup> e o terrorismo. Ao final de seus dias, o século XX comportou, como pontos de destaque, a globalização e a política econômica de *economia de mercado*.<sup>3</sup> Tudo isso vem se emendando neste século XXI: a vida não se interrompe.

A par disso, assinalou-se o século XX por memoráveis conquistas científicas, como na Física. Destaque evidente para os avanços nucleares. Impressionaram as primeiras conquistas espaciais, como a chegada do ser humano à Lua (20-07-1969). No âmbito da vida biológica, a Medicina alcançou estágios inimagináveis: nos diagnósticos, nas cirurgias, nos transplantes, na reprodução humana (daí surgindo na área jurídica o *Biodireito*). A Genética efetivou inovações, ensejando graves polêmicas ainda em curso.

Cabem, pois, reflexões sobre o impacto desse chocante rol de inovações no Direito.

Muitas percepções e indagações que ocorrem, as quais são passíveis de críticas totais ou parciais.

Fatores tão marcantes haveriam de mexer, obviamente, com toda a Humanidade e, igualmente, com o Estado, sugerindo reformulações já visíveis. Quanto à Humanidade, incidindo também sobre os núcleos humanos em que as pessoas se agrupam – família, comunidades menores, sociais e políticas, enfim, *minorias* de todo o tipo. E como os seres humanos habitam a Terra, também nosso planeta ficou mais vulnerável, ao final dos cem anos do último século. Vale dizer, a questão ambiental.

Esse complexo de transformações produziu, acima de tudo, profunda mudança no modo de pensar e no modo de viver dos seres humanos, quer individualmente, quer em família, quer em todos os ambientes, eis que por toda a parte ocorre a interação humana.

O modo de pensar das pessoas modificou-se, especialmente nas últimas décadas, e, com o modo de pensar, alterou-se também o comportamento.

2 Vasta a bibliografia a respeito. Referência no tema, HOBBSAWM, ERIC, “Era dos Extremos – O breve século XX – 1914-1991”. (Editora Schwarcz, SP, 1.995).

3 A crise financeira e empresarial que golpeou e ainda está atingindo a economia mundial, especialmente nos EUA e Europa, já surgiu no século XXI.

Os efeitos dessas inovações são bem perceptíveis em relação ao Direito.

Toda Ciência Jurídica, quer no plano do direito positivo, quer no plano dos valores, a que aquele deve dar vazão, transformou-se.<sup>4</sup> A Filosofia do Direito registra e investiga a volúpia dessas reconfigurações.<sup>5</sup>

Ao se meditar sobre esse contexto, verifica-se que insondáveis são as projeções que ele aponta para o futuro. Já foi dito, porém, que o futuro aqui não interessa. Centram-se, estas linhas, na realidade atual.

Ocorre que hoje a razão de ser do Direito – ordenar a sociedade e dirimir conflitos de interesses – está assumindo colorações mais diversificadas, quiçá mais dramáticas.

Ainda que seja *lugar-comum* cabe reiterar: a sociedade é conflituosa.

E os desdobramentos possíveis ou imagináveis das transformações já ocorridas, ou ainda em curso, apenas revelam seus contornos iniciais, e não se enxerga por completo sua essência. Tudo isso em face de que tudo ocorre sob intensa velocidade, revelando-se como algo surpreendente e desafiante.

## 2. Novas Realidades<sup>6</sup>

Vamos esclarecer: considere-se a lei, e mais que ela, o Direito. O Direito somente se explica pelas funções que lhe são próprias, já referidas.

Seja qual for o ineditismo da questão surgida, o Direito deve dar uma resposta, uma solução, ainda que esta seja construída especificamente para o caso concreto em confronto.<sup>7</sup>

---

4 O plano de maior visibilidade é sem dúvida o do Direito Público, a começar pela ordem constitucional.

É de se indagar se o *princípio da constituição rígida* – tirante exceções poucas e conhecidas – ainda está em voga. Na verdade, o Direito Público, com sua contínua mutação, revela a crise do Estado e a efervescência de ideias e ansiedades que florescem no âmbito da sociedade civil e da cidadania.

5 A Filosofia do Direito registra essas transformações e as investiga. São inúmeras linhas de pensamento, cada qual com seu alcance. Certo, apenas, que o *positivismo* jurídico parece suplantado a partir de suas bases, mas, quem sabe, insubstituível como instrumento de indispensável segurança jurídica.

6 “As Novas Realidades”, livro de PETER DRUCKER (ed. Pioneira, 1.989), inspirou boa parte destas reflexões. Com a devida vênia, e indicando a fonte, o título do verbete se inspirou no do livro de DRUCKER. Ao longo das páginas dessa obra, compreende-se o que ocorreu no Brasil, a partir de 1.990.

7 Conforme clássico comando da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4<sup>a</sup> (Decreto-lei n.º. 4.657 de 04/09/1942).

Ante a incidência, na vida social, do amplo leque de recentíssimas inovações, parece certo que, pouco a pouco e de modo disperso, novos institutos jurídicos vem despontando.

Nestas linhas, o foco será posto nesse ponto.

Interessam em especial as repercussões concretas desses acontecimentos sob o ângulo da eletrônica. Vale dizer, rádio, televisão, computador, satélites e internet. Especificamente, para o caso, dois dos “produtos” que aparecem no âmbito da informática: computador e internet. Esta asserção não é original. Referindo-se às duas mais importantes transformações técnicas, produzidas pelo sistema capitalista, FABIO COMPARATO refere a primeira como a “agilização dos meios de transporte”. Acrescenta: “A *segunda* (após o telégrafo sem fio) *prosseguiu com o telefone, o cinema e a televisão e culminou com a invenção da informática e da internet na segunda metade do século passado*”.<sup>8</sup>

### 3. O mundo Virtual

Há um novo mundo, um novo espaço, fazendo jus a reflexões. Intensas reflexões.

O ser humano sempre viveu no espaço físico. O ambiente em que as pessoas naturais nascem, vivem e morrem é o nosso mundo natural, físico. Para ficar bem claro: a existência humana transcorre em meio a entes corporificados. Velho conceito, sempre correto, divide a ordem jurídica entre sujeitos de direito (pessoas) e objetos de direito (coisas). Estas podem ter concretude física, são as coisas corpóreas, ou concretude não corpórea, são os *direitos e obrigações*. Os *direitos e obrigações* podem ter, ou não, valor econômico. Exemplificando: créditos e dívidas, no primeiro caso, e pátrio-poder/dever no segundo caso. Um ponto relevante deve, contudo, ser lembrado: direitos e obrigações, para produzirem efeito jurídico, devem materializar-se em *documento*, seja público, seja particular. Documento escrito, com existência física, corpórea.<sup>9</sup> Fora disso, entra-se no território da *obrigação natural*, insolúvel debate teórico...

<sup>8</sup> Comparato, Fábio Konder, “Rumo à Justiça, ed. Saraiva, 2010, pg. 132.

<sup>9</sup> Expressão maior dessa verdade, no Direito, sempre foram os títulos de crédito, fundados no princípio da cártula, o “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido” (VIVANTE).



Mas, os fatos dos tempos atuais vêm sugerindo reflexões sobre uma *nova realidade*, fruto das conquistas da Ciência. Parece bem evidente que, lado a lado com a realidade corpórea e física, a tecnologia nos introduziu num novo ambiente, não físico, não corpóreo, inteiramente abstrato. Um novo espaço, não físico, abstrato, sem concretude material!

É o *mundo virtual*.

Existe, sim, um *mundo virtual*, não físico. E ele produz efeitos, está reconfigurando as relações e valores humanos! Impressiona por se revelar totalmente abstrato.<sup>10</sup>

Viabilizou-se graças à eletrônica e ao que esta gerou: o computador e a internet. Deles resultou a *sociedade digital*, feliz expressão utilizada pela jovem e talentosa jurista brasileira, PATRÍCIA PECK PINHEIRO.<sup>11</sup>

Conectado à internet, o computador possibilita comunicação imediata. Dá-se entre pessoas, naturais ou jurídicas, mas sem a individualização da pessoa natural (ser humano) que está operando o equipamento. Imediatamente aproveitado no plano das relações econômicas privadas, ou seja, pelo *mercado*, transformou tudo em registros eletrônicos. É um fato efetivo, público e notório. Com outro ponto sensível. A internet é uma *rede mundial* que não tem, nem pode ter titular ou proprietário. Funciona internacionalmente, e pela intervenção operacional de *provedores*. Cada provedor, operando a partir de um ponto indeterminado, e servindo-se de *satélites espaciais, fibras ópticas, redes telefônicas e de outros provedores*, exerce uma atividade neutra, “que torna possível ao usuário final a conexão à internet através de uma ligação telefônica”.<sup>12</sup> Faz os impulsos caminharem até seu destino. Tudo constando, apenas, de registros eletrônicos, situados não se sabe aonde, atuando em função da boa-fé generalizada, que os seres humanos sempre cultivaram e cultivam.

---

10 Por essa razão, novos conceitos jurídicos devem ser adotados pelo Direito, em conformidade à abstração típica do mundo virtual. Por exemplo, o regime jurídico de coisas corpóreas deve ser repensado. Posse, fato físico, no Direito Civil, títulos de crédito, invenções e patentes, no Direito Comercial, furto, homicídio e outras ações materiais, no Direito Penal, são conceitos inerentes ao mundo físico. Urge reenquadra-los com a necessária criatividade e terminologia no “mundo virtual”.

11 Bibliografia mínima e indispensável sobre o tema: “Internet e Direito”, Marco Aurélio Greco, ed. Dialética, SP, 2000 e, muito especialmente, “Direito Digital”, Patrícia Peck Pinheiro, 3ª. Ed. Saraiva, 2009. O capítulo 5 descreve a moderna “sociedade digital”.

12 Patrícia Peck Pinheiro, ob. Cit., pg. 374.

Em reforço à última asserção, observa-se, de um lado, que o dinheiro, na forma convencional e clássica de papel-moeda, está desaparecendo. É enorme o número de seres humanos que não veem fisicamente o dinheiro que recebem, sob as mais variadas razões, sejam salários, sejam outras formas de recebimento. Nem veem moeda quando pagam. Tudo se resume a registros eletrônicos!

Ora, os problemas jurídicos que afloram dessa realidade abstrata nem sempre podem ser resolvidos com base no Direito tradicional, edificado ao longo de séculos, para o mundo convencional, o mundo físico, único existente até há pouco.

Expressivo e atual é o tema do *contrato eletrônico*. Assunto delicado, em especial quanto ao Direito do Consumidor e à questão processual do foro competente e da execução de sentença e às eventuais implicações tributárias.<sup>13</sup>

Também significativa é a preocupação de se instituir, na instância judicial, o processo eletrônico. Exigirá muito de Advogados e, de antemão, dentro de nosso tema, indaga-se sobre a autenticidade de documentos que acompanharão petições e defesas. Afinal, o que se pretende é agilizar os trâmites, mas não será fácil achar a solução para a segurança de documentos escritos, próprios do mundo físico.

#### **4. Democracia Direta? Sim, via computadores!**

Foi escrito, linhas atrás: “...o computador possibilita comunicação imediata. Dá-se entre pessoas, naturais ou jurídicas, mas sem precisar identificação de quem está operando o equipamento.” No dia em que houver tecnologia apta a reconhecer, sem erro, a identidade pessoal de quem está acionando o computador, nesse dia o eleitorado será mobilizado votando através do computador. Não apenas para eleger candidatos a cargos públicos, mas para a participação em referendos e plebiscitos. Será, sem dúvida, a *democracia direta*. Mais cedo ou mais tarde, esse dia chegará. Se é que poderosos interesses dominantes não venham a retardar sua adoção...

---

<sup>13</sup> Também a *guerra* está hoje centrada no primado da tecnologia eletrônica: destruir os “sistemas” do inimigo significará levá-lo à completa paralisia funcional e desorganização, modo rápido de derrotá-lo!

## 5. Redes Sociais

Nesse cenário há mais um fato recente: o surgimento das redes sociais. Permitem o contato imediato e contínuo de número indeterminado de seres humanos, via computador, criando uma nova realidade, sempre virtual. Assim, organizam-se as pessoas e comunicam-se para mero contato, ou para intercâmbio social ou cultural, ou político, ou amoroso, etc. “Facebook” (ou apenas “FB”) é apenas um exemplo.

Não escapa a observação de que, através de redes sociais ou de simples mensagens eletrônicas, a participação político-institucional dos cidadãos vem ganhando novo alento. Sabe-se que o Congresso Nacional aprovou a chamada “Lei da Ficha Limpa” por força da intensa carga de mensagens chegada aos gabinetes parlamentares.<sup>14</sup>

Fica claro, nesse contexto, que o *mundo virtual* permite o intercâmbio e a agregação de número indeterminado de pessoas dispersas. Quando estas têm um ponto em comum, um interesse comum, passam a compor uma *coletividade*.

É disso que este estudo, doravante, vai se ocupar.

## 6. Coletividades

Eis aí um fenômeno social antigo, o qual o *mundo virtual* está catalisando. Sempre houve coletividades, como, por exemplo, as minorias étnicas e religiosas. Agrupadas em torno a interesses comuns e em âmbito restrito geraram as pessoas jurídicas. No Direito Privado brasileiro, chamam-se associações, sociedades empresariais, partidos políticos ou organizações religiosas. São registradas em órgãos públicos. Se não o forem, tem assim mesmo individualidade, como *sociedades sem personalidade jurídica* (CPC, art. 12, XII), ou *sociedade em comum*, como diz o Código Civil, art. 988 e segs. Sempre pressupõem, em qualquer caso, as pessoas dos associados ou sócios, definidos e razoavelmente individualizados, e o objetivo comum.

Mas, fenômeno diverso, e recente, as *coletividades*, esse fenômeno começou a aparecer no cenário jurídico brasileiro. Por via indireta e discretamente.

---

14 Lei Complementar n°. 135, de 2010.

Por via indireta, sim, através do reconhecimento da existência de *interesses coletivos e difusos!*

O *direito coletivo* no Brasil apareceu no âmbito sindical e trabalhista. Centrado, porém, em pessoas jurídicas bem determinadas, os sindicatos.

Pioneira no tópico foi a *lei da ação civil pública*, de 25 de julho de 1985.<sup>15</sup>

Com adendos posteriores, passou a prever a responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente, ao patrimônio de valor artístico, estético, turístico, histórico, paisagístico, ao consumidor, à ordem econômica, à ordem urbanística e a *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*.<sup>16</sup>

A Constituição de 1988 reconheceu a existência e relevância desses interesses, no art. 129, III. Legitimou o Ministério Público para atuar em sua defesa, falando expressamente em “*outros interesses difusos e coletivos*”.

Interesses coletivos têm como titulares pessoas indeterminadas, mas determináveis. Interesses *difusos* – modalidade dos coletivos – têm como titulares pessoas indeterminadas e indetermináveis. Foi a preciosa especificação feita, em 1990, pela Lei nº. 8.078, Código de Defesa do Consumidor, no art. 81, parágrafo único, II. Literalmente: “*art. 81, parágrafo – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;*”.

Ora, se há interesses coletivos, inclusive difusos, necessariamente há de existir a respectiva coletividade.

E a recente lei que instituiu o sistema nacional de concorrência explicitou a função da coletividade, como destinatária da tutela da ordem

15 Vejam-se textos básicos a respeito de Edis Milaré, Hugo Nigro Mazzili, Rodolfo de Camargo Mancuso, José Marcelo Menezes Vigliar e Pedro da Silva Dinamarco.

16 Âmbito da Lei nº. 7.347, desde seu texto original, com acréscimos feitos pelas Leis nº. 8.078/90 (CDC), Lei nº. 8.884 (ordem econômica), Lei nº. 10.741 – estatuto do idoso – e outras.

econômica, a cargo da concorrência empresarial.<sup>17</sup> Literalmente: “A *coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei*”

## 7. Coletividades e pessoas jurídicas

Ao lado das pessoas jurídicas de caráter fundacional <sup>18</sup>, existem as pessoas jurídicas de direito privado de caráter associativo. São as associações e as sociedades. Mas, os requisitos destas, especialmente quanto à irmanação permanente de associados ou sócios em torno a um objetivo comum, não são constantes nas coletividades. Até porque estas, como já foi dito, podem abranger pessoas indetermináveis, depositárias de um interesse difuso.

Por vezes, em torno a uma associação – que tem seu quadro de associados – há uma coletividade não determinada de adeptos ou mesmo de opositores. Bom exemplo é o das organizações religiosas, dos partidos políticos e das associações esportivas. Há, nesses casos, os associados formais, mas, além deles, incontáveis pessoas se agregam, quer como fiéis ou crentes, quer como correligionários, quer como torcedores. São exemplos, mas em todos eles há que identificar o fato da presença de verdadeiras coletividades. Idosos e adolescentes formam coletividades, nitidamente difusas. Minorias também formam coletividades. Há um interesse comum e coletivo, como ocorre com os adeptos de opções sexuais que escapam à regra geral. Certas mobilizações, em busca de terras agrícolas para se assentarem, ou de habitação urbana, formam coletividades. Estão além ou “*a latere*” da personalidade jurídica.

Assim, o fator *coletividade* é um dado recente, que por ora se apresenta no modo aqui descrito. As coletividades existem, não se pode negar, fora do âmbito das pessoas jurídicas. Sua elaboração jurídica ainda está em curso. Seus interesses, entretanto, já estão sob tutela da legislação, tal como referido nestas linhas.

---

<sup>17</sup> Ver Lei n.º. 12.529, de 30 de novembro de 2011, art. 1º § único.

<sup>18</sup> Fundações, empresa pública federal, subsidiária integral, Eireli (esta ainda sob polêmica), são casos de pessoas jurídicas de caráter fundacional, ou seja, acervo de bens personalizado.

## 8. Mundo virtual, redes sociais, coletividades e democracia

Chega-se, neste tópico, ao ponto de fusão destas reflexões.

Pressupondo-se a existência de regime democrático, com eleições livres, rotatividade no poder, multipartidarismo, imprensa livre, liberdade de pensamento e de reunião – e demais garantias fundamentais – Poder Legislativo e Poder Judiciário, ministério público e advocacia autônomos, a realidade levará as COLETIVIDADES a se mobilizarem também e especialmente através de redes sociais. Se seus interesses – coletivos ou difusos – tiverem consistência, far-se-ão presentes no âmbito político-administrativo e, em último grau, na instância judiciária.

Cogita-se aqui de comportamentos democráticos, e fora disso nada é ou será tolerável. Contudo, vale a pena pensar que esse caminho representará admirável passo em favor da democracia e da representatividade desses núcleos da população, em especial dos integrantes daquelas camadas sociais mais carentes, modernamente rotulados como os *excluídos*.

O que há de original nessas futuras (e eventuais) postulações é que os depositários de interesses difusos ou coletivos poderão se reunir apenas no mundo virtual. Formando ou não uma rede social poderão estar dispersos no espaço físico. Mas estarão próximos no espaço virtual, praticando algo novo, o *direito de reunião virtual!*

Está o direito de reunião virtual abrigado na garantia constitucional do direito de reunião? Não se sabe a resposta que juristas e tribunais darão a essa pergunta. De qualquer modo, fica evidente que, se não surgir uma legislação específica para mais esse capítulo do *mundo virtual*, haverá risco de cerceamento autoritário dessa liberdade. Assim, mais uma vez, vem à tona a necessidade de serem construídos novos instrumentos jurídicos, em conformidade às exigências dessa nova realidade, a “sociedade digital”.

## 9. Mundo virtual e totalitarismo

A reflexão que não pode faltar é assustadora. Se a *tiranía* – ditador, déspota, ou congêneres, todos repugnantes – conquistar o Poder Político poderá manipular todo esse instrumental a serviço de seu totalitarismo. Teremos chegado a uma noite verdadeiramente escura e sinistra.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Será preciso lembrar o caso de Cuba e seu retrógrado e sanguinário ditador? É apenas um exemplo...

Sem, todavia, maiores angústias: “*Quanto mais se avança pela noite, mais próxima está a madrugada*”.<sup>20</sup>

## 10. Conclusões

- I Já vivemos numa época marcante pelo fato inédito de que, ao lado do mundo físico, há o mundo virtual, totalmente abstrato.
- II Instrumentos dessa realidade são o computador, a internet e conexos, nestes abrangidos novos equipamentos que a cada dia aparecem, dentro do espectro tecnológico chamado *convergência digital*.
- III As coletividades, uma realidade mais do que nunca presente e sensível, já têm na *sociedade digital* instrumentos para fazer valer seus interesses, quer coletivos, quer difusos.
- IV O Direito precisa construir institutos e conceitos novos, próprios do mundo virtual, eis que os edificados, por séculos, para o mundo físico são, em boa parte, incompatíveis com o mundo virtual.
- V O regime democrático é o ambiente natural e necessário para que essa evolução prossiga. Em mãos de déspotas e ditadores o totalitarismo poderá subjugar o mundo virtual, e as consequências por certo serão deploráveis, senão trágicas. Desde já, cumpre ficar atento a que o risco disso sequer apareça.

---

20 Frase seguidamente repetida por FRANCO MONTORO, filósofo, professor, estadista, grande líder da redemocratização do Brasil!





# Anotações sobre o Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada na cidade de São Paulo<sup>1</sup>

Sérgio Rizzi<sup>2</sup>

O presente trabalho objetiva examinar o regime jurídico do Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada na cidade de São Paulo e o indeferimento do requerimento de sua expedição por falta de pagamento do imposto sobre serviço de qualquer natureza.

## 1. Competência Legislativa do Município

A competência legislativa do Município em matéria urbanística é ampla e decorre do art. 30, VIII, da Constituição da República. Essa norma assegura ao Município promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

---

1 Escrevi essas anotações em homenagem à colega Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves, Procuradora do Estado de inteligência incisiva e brilhante, com quem tive o privilégio de dividir a atividade consultiva durante alguns anos. Ela sempre procurou com sua grande generosidade preparar as melhores e mais completas soluções nas tarefas jurídicas que me eram distribuídas. Nela prevaleciam o talento e o conhecimento – qualidades resumidas numa forma imodificável de apresentar seus trabalhos. As suas minutas de despachos e seus pareceres eram versões definitivas, por serem juridicamente perfeitos.

2 Subprocurador Geral do Estado de São Paulo aposentado. Graduado e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde é Professor dos cursos de graduação e pós-graduação; examinador de concursos para Magistratura, Ministério Público e Procuradoria do Estado; membro do Conselho de Redação da Revista de Processo, publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Processual. É autor do livro “Ação Rescisória”, publicado pela Editora Revista dos Tribunais, além de inúmeros artigos e pareceres constantes em revistas especializadas.

O eminente constitucionalista e Procurador do Estado, José Afonso da Silva, ao comentar esse inciso, escreveu: “A exigência constitucional é a de que o Município promova, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo” (inciso VIII).

Ao contextualizar o texto constitucional em referência, o festejado professor lembrou que o art. 21, XX, declara competir à União instituir *diretrizes* para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos, enquanto o art. 182 estabelece que a política de desenvolvimento urbano, “executada pelo Poder Público Municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Ressalta ainda José Afonso da Silva que: “A competência municipal conferida no inciso em comentário não é suplementar. É exclusiva e não comporta interferência do Estado nem da União, salvo em relação a esta pelas diretrizes, que está autorizada a fixar (arts. 21, XX, e 182). Vê-se, ainda, pelo dispositivo em comentário, que a finalidade do planejamento local é o adequado ordenamento do território municipal com o objetivo de disciplinar o uso, o parcelamento e a ocupação do solo urbano” (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 8ª ed. 2012, p. 315/316).

Dentro desse universo legislativo, o Município tem competência legislativa para emitir o Certificado de Conclusão de obra, tradicionalmente denominado “habite-se”.

O Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo derivado de autoridade competente para regular o uso da habitação.

Esse ato administrativo somente é emanado depois de realizado exame da obra pelo órgão competente da Administração Pública, com a finalidade de atestar sua conformidade com os projetos devidamente aprovados – nos termos da legislação pertinente e da declaração prestada no requerimento para a expedição do Certificado de Conclusão de obra –, bem ainda de conferir segurança aos habitantes do imóvel e também à coletividade.

Trata-se de uma das manifestações fundamentais da Administração municipal e é ato declaratório emitido *in solidum*, podendo, assim, ser sindicado no plano de sua legitimidade.

O Certificado de Conclusão de obra externa conhecimento das condições de habitabilidade da edificação. A ausência desse certificado configura habitação irregular, passível de sanções administrativas, civis e criminais.

No âmbito do poder de polícia de construções manifestado pelo Município, que tem competência para reconhecer aos indivíduos o direito subjetivo de construir, encontra-se o de expedir o “habite-se”, depois de vistoriar a edificação, verificar se foram atendidas as normas técnicas aprovadas no projeto e se foi dado cumprimento à legislação específica.

No essencial, esse poder de polícia tem por objeto “a segurança das pessoas”, sejam os operários, os próprios moradores, os vizinhos ou os transeuntes (cf. Nelson Schiesari, *Direito Administrativo*, 4ª ed., Saraiva, 1982, p. 126).

Ao cuidar do tema, o eminente jurista José Afonso da Silva preleciona que a função do Certificado de Conclusão de obra “é verificar, a posteriori, o cumprimento das exigências edilícias e urbanísticas relativamente à execução da obra. Sua outorga presume essa observância e indica que a edificação recebeu uma atestação pública de idoneidade para o uso específico a que se destina, e para tanto pode ser ocupada” (*Direito urbanístico brasileiro*, 5ª ed., Malheiros, 2008, p. 456). Como ato administrativo e em respeito à ordem constitucional (art. 37, caput, da CR), o Certificado de Conclusão de obra deve subordinar-se aos princípios que fundam os atos da Administração Pública.

No particular, é preciso investigar mais de perto os princípios da legalidade, motivação, finalidade e razoabilidade.

**1. Princípio da legalidade.** O Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo inferior à lei, e, portanto, só pode ser expedido em conformidade com o princípio da legalidade.

Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles, “a legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (*Direito administrativo brasileiro*, 32ª ed., Malheiros, 2006, p. 87).

Visto que o princípio da legalidade significa que a administração só pode fazer o que a lei permite, cabe investigar de qual lei formal devem

resultar, no caso concreto, a licitude ou a necessidade jurídica da atividade administrativa.

É indubitável que o Certificado de Conclusão de obra é ato administrativo que assegura o início da utilização da edificação, cujo projeto encontrava-se autorizado pela Administração municipal, e como tal sua expedição deve ser subordinada às normas edilícias vigentes.

Na cidade de São Paulo, a expedição do Certificado de Conclusão de Obra está condicionada ao preenchimento dos requisitos estabelecidos no Decreto n.º. 38.058, de 15/6/1999, no qual se lê:

*II – Da expedição do certificado de conclusão*

*Art. 8º – Para obtenção do Certificado de Conclusão, o interessado deverá protocolar requerimento, de acordo com o disposto nas Seções 3.9 da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I do Decreto nº 32.329, de 23 de setembro de 1992, instruído, ainda, com declaração assinada pelo proprietário do imóvel e pelo responsável técnico da obra, com firma reconhecida, afirmando expressamente que:*

*I – a obra está executada:*

*a) de acordo com o projeto aprovado, concluída parcial ou totalmente, e em condições de higiene e habitabilidade; ou*

*b) com pequenas alterações, não sujeitas a nova licença, conforme previsto nos itens 3.9.2 e 30.10.6.1 da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I.2 e 3.I.6 do Decreto nº 32.329, de 23 de setembro de 1992;*

*II – as fundações, as estruturas e as instalações hidráulicas, elétricas e de gás foram executadas de acordo com os projetos técnicos específicos, nominando os responsáveis técnicos pelos projetos e pela execução, e anexando o Atestado de Responsabilidade Técnica – ART, de cada profissional;*

*III – os projetos referidos no inciso anterior e os arquivos de ensaio estarão à disposição, a qualquer tempo, para exame dos órgãos competentes;*

*IV – foram cumpridas eventuais obrigações impostas por ocasião de emissão dos Alvarás de Aprovação e Execução, através*

*de ressalvas, condicionantes para a expedição do Certificado de Conclusão;*

*V – os signatários estão cientes de que a obra objeto do Certificado de Conclusão, mesmo após a sua expedição, poderá ser vistoriada pela Prefeitura, com a finalidade de constatar a conformidade da obra com os termos de declaração prestada;*

*VI – os signatários estão cientes de que a constatação de qualquer irregularidade resultará em cassação do Certificado de Conclusão, sem direito a qualquer indenização;*

*VII – os signatários conhecem as obrigações e penalidades previstas na legislação em vigor e firmam o documento sob as penas do artigo 299 do Código Penal.*

*Parágrafo único – A sistemática prevista no “caput” deste artigo aplica-se, também, às obras que tenham sido objeto de Alvará de Licença para Residência Unifamiliar, nos termos das Seções 3.10 da Lei 11.228, de 25 de junho de 1992, e 3.I do Decreto nº 33.329, de 23 de setembro de 1992.*

*Art. 9º – O Certificado de Conclusão de obra regularmente licenciada deverá ser expedido no prazo máximo de dez (10) dias corridos, contados de acordo com o disposto no artigo 11 da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, desde que comprovado o atendimento dos seguintes requisitos:*

*I – o requerimento esteja devidamente instruído com a declaração de que trata o artigo 8º deste decreto;*

*II – os documentos exigidos nos termos do Decreto nº 32.329, de 23 de setembro de 1992, tenham sido aprovados;*

*III – não haja pendência de multas incidentes sobre a obra;*

*IV – não haja expediente administrativo em tramitação, envolvendo ação fiscalizatória de embargo ou interdição, nos termos da Lei nº 11.228, de 25 de junho de 1992, relativo à obra objeto do pedido.*

*Parágrafo único – O pedido de Certificado de Conclusão protocolado sem observância dos requisitos elencados nos incisos I a*

*IV será indeferido, devendo o respectivo despacho ser publicado no prazo máximo estabelecido no “caput” deste artigo.*

Dessas normas não pode o administrador público afastar-se sob risco de violar o princípio da legalidade. O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, quando ilegal, baseado em motivo juridicamente inválido para fundamentar a recusa da Administração Pública, é ato arbitrário, que conduz ao reconhecimento de sua invalidação.

Além disso, o ato da autoridade municipal, por seu fundamento, também pode ser considerado manifestamente inconstitucional, uma vez que suprime alguns direitos fundamentais derivados do direito constitucional de *propriedade*.

O art. 5º, *caput*, da Constituição da República, contempla a seguinte redação: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à *propriedade*” (destacou-se).

Se a Municipalidade de São Paulo se negasse de forma continuada a conferir o Certificado de Conclusão de obra, estaria configurado verdadeiro *interdito* permanente sobre a propriedade particular.

Haveria um verdadeiro “congelamento da propriedade por tempo indeterminado”, nas expressões empregadas pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar processo em que o indeferimento mostrava-se continuado (RDA 49/225).

Esse “congelamento da propriedade” a que se referiu o Supremo Tribunal Federal reflete-se não só em impedimento de “*habitação*”, como provoca, também, indiscutível *desvalorização da propriedade*, porque o imóvel fica desprovido de sua precípua destinação urbana: a habitação.

O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, quando ilegal e permanente, pode tornar a propriedade sem valor comercial, ou, empregando a expressão consagrada no antigo Código Civil (arts. 69 e 520, II), pode tornar o imóvel propriedade “*fora do comércio*”, porque o imóvel perderá sua função urbana e, conseqüentemente, seu valor comercial, dado que não interessa a ninguém *imóvel inabitável* no centro urbano.

Em suma: o poder de limitar o uso da propriedade não pode significar a desmedida do poder de aniquilar, uma vez que aquele somente

pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com o interesse público e com a finalidade da lei. É um poder cujo exercício não deve ater o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.

Exigências ilegais, sejam quais forem, impostas pela Municipalidade de São Paulo, para que possa ser expedido o Certificado de Conclusão de obra, constituirão ato que inegavelmente configurará desvio de poder.

Não há que cogitar, na matéria, do exercício de um poder discricionário pela Municipalidade, mas de verdadeiro ato vinculado.

O Decreto n.º. 38.058/99 cuida do indeferimento da Certidão de Conclusão de obra apenas nos casos em que há pendências de multa incidentes sobre a obra. Essas multas incidentes sobre a obra cumprem função coercitiva semelhante ao que ocorre no direito processual civil com as *astreintes* (art. 461, §5º, do Código de Processo Civil), e não se confundem com eventual obrigação contratual se existente entre o proprietário e a Municipalidade.

Estabelece o princípio da legalidade que todo ato administrativo está sujeito a três sistemas de controle: administrativo, legislativo e judiciário.

Inegavelmente, “o jurisdicional é o mais importante, e se realiza com base na garantia do acesso ao Judiciário, mediante procedimentos ordinários, sumariíssimos e especiais, mormente pela utilização de um dos remédios constitucionais” (José Afonso da Silva, Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editora, 2012, 8ª ed., p. 88). O E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem enfrentado o problema do indeferimento do Certificado de Conclusão de obra pela Municipalidade de São Paulo em casos em que a Administração Pública condiciona a expedição desse documento à obtenção de prévia certidão negativa de débitos para com a Municipalidade, conforme documentado nas seguintes decisões (Ap. Cív. 624.780.5/7, rel. Des. Antonio C. Malheiros, j. 20/5/2008; Ap. Cív. 447.504-5/9-00, rel. Des. Borelli Thomaz, j. 12/8/2009; Ap. Cív. 929.623-5/5-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 22/10/2009).

**2. Princípio da motivação.** De outro lado, o ato administrativo que assegura a expedição do Certificado de Conclusão de obra deve ser motivado, por constituir garantia de legalidade.

Por intermédio da motivação, o administrador público revela sua ação administrativa, indicando os fatos que ensejam o ato e os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. Para que o ato seja legal, “é necessário que haja uma coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito descrito na lei” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Da discricionariedade administrativa*, Tese/USP, São Paulo, 1990, p. 54).

Conforme leciona Caio Tácito, “o diagnóstico de compatibilidade da substância dos atos administrativos com a finalidade legal a que estão adstritos conduz a que o exame de sua validade não se contenha nos aspectos exteriores da manifestação de vontade. O controle de legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo. A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado. E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle da legalidade avaliar se o nexos causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo. Os princípios de que a ação administrativa deve conduzir a um resultado razoável e proporcional à finalidade da lei inibe o abuso do poder e o arbítrio da autoridade, permitindo ao administrado a lícita fruição de seus direitos e interesses legítimos” (Princípio da legalidade e o poder de polícia, *RDA* 242/196).

É por meio da motivação que se torna possível discernir sobre a existência e veracidade dos motivos e a adequação do interesse público.

Por conseguinte, é nula a motivação do ato que indefere ilegalmente Certificado de Conclusão de obra. A nulidade da motivação conduz à nulidade do próprio ato administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello aduz: “[...] o que torna exigente a motivação quando não imposta explicitamente pela lei, é a necessidade de sua existência como meio para aferir-se a consonância do ato com as condições e finalidades normativas previstas para ele. A motivação é um instrumento de garantia dos administrados. Donde há de ser considerada indis-



pensável nos casos em que a ausência de motivação contemporânea ao ato que impeça ulterior certeza de que foi expedido segundo os exatos termos e requisitos da lei. [...] Com efeito, sua falta (da motivação) tornará possível à Administração ‘fabricar’ um motivo, uma apreciação ou uma alegação que sirvam para ‘justificar’ serodidamente a providência que adotou, impedindo um exame seguro, certo, real, da lisura do ato” (*Ato Administrativo e Direitos Administrativos*, Revista dos Tribunais, 1981, p. 76-77).

Extraí-se do escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que “a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado. [...] por meio da motivação, é possível verificar a existência e veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei” (*Direito administrativo*, 8ª ed., Atlas, p. 175).

Como exigência do Estado Democrático de Direito, a edição do ato administrativo reclama motivação específica, sendo considerado absolutamente nulo o ato administrativo não fundamentado ou cuja fundamentação se mostre deficiente ou, ainda, destoante dos fatos que deram origem à emissão do ato administrativo.

Nesse particular, Antônio Carlos de Araújo Cintra assevera: “A insuficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações genéricas e vagas com meras repetições da linguagem da lei, com simples referência ao ‘interesse público’ à ‘necessidade do serviço’, etc.” (*Motivo e motivação do ato administrativo*, Revista dos Tribunais, 1979, p. 126).

Para finalizar, “dependendo de como o legislador define os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou vinculação quanto ao motivo” (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Da discricionariedade administrativa*, Tese/USP, São Paulo, 1990, p. 54).

No rumo dessas doutrinas, é possível afirmar que, ao indeferir a expedição do Certificado de Conclusão de obra, a Administração não pode adotar como motivo determinante situação jurídica que não encontra correspondência na lei.

**3. Princípio da finalidade.** Decorrente do interesse público, o princípio da finalidade revela o verdadeiro sentido e alcance do ato administrativo, indicando a atuação da atividade da Administração Pública correspondente.

Como ato jurídico praticado no exercício da função administrativa, o ato administrativo consubstancia um dever do Poder Público de exercer sua atividade com a finalidade de impor o dever de satisfação do interesse previsto na norma jurídica, ou seja, o cumprimento de uma finalidade legal, tal como anotou Rui Cirne Lima (*Princípios de direito administrativo*, 5ª ed., Malheiros, 1982, p. 22).

Reproduzindo a afirmativa de Celso Antonio Bandeira de Mello, tantas vezes invocada pela doutrina e pela jurisprudência, conclui-se que “é a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. O Direito, as leis, são realizações humanas. Não compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei” (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, Malheiros, p. 47).

Na classificação das atribuições da administração pública, dentre as atribuições auxiliares, surge a de expedir o Certificado de Conclusão de obra, desde que cumpridas as exigências da legislação relativa ao direito de construir, com a finalidade de habitação.

O Certificado de Conclusão da obra caracteriza-se como ato vinculado e, por afetar a esfera jurídica do particular, demanda motivação para verificar se o particular cumpriu todos os requisitos delineados na lei para sua concessão, observando-se se houve estrito cumprimento na execução do projeto e se a obra concluída oferece segurança para os habitantes e os transeuntes.

Quando a autoridade administrativa pratica o ato com finalidade diversa daquela estabelecida na norma para a expedição da Certidão de Conclusão da Habitação, incide no insanável vício denominado desvio de finalidade.

O desvio de finalidade é configurado quando uma autoridade administrativa, com competência suficiente para expedir um ato, de acordo com a forma, o exerce, não em vista ao fim para o qual se haja investido dessa competência, senão para outros fins.

Uma decisão da autoridade municipal que indeferisse a expedição do Certificado de Conclusão de Obra, sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, configuraria desvio de finalidade.

**4. Princípio da razoabilidade.** Outro princípio que deve ser considerado é o da razoabilidade.

O princípio da razoabilidade, aplicável a todas as atividades da Administração Pública, está consagrado na primeira norma da Constituição da República e expresso na Constituição do Estado de São Paulo, no art. 111, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 21, de 14 de fevereiro de 2006.

Esse princípio, com caráter substantivo, representa limite ao poder da administração pública, no sentido de que os atos administrativos devem ser inequivocamente emitidos com racionalidade, a guardar um real e substancial nexos com o objetivo que se quer atingir.

Como realça Humberto Ávila, “o postulado da razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação” (*Teoria dos princípios*, 10ª ed., Malheiros, 2009, p. 157).

Carlos Ari Sundfeld anota que “a *razoabilidade* proscreve a irracionalidade, absurdo ou a incongruência na aplicação (e, sobretudo, na interpretação) das normas jurídicas” (*Fundamentos de direito público*, Malheiros, 4ª ed., Malheiros, 2005, 165).

A aplicação desse princípio revela que decisão da autoridade municipal que indeferisse a expedição do Certificado de Conclusão de obra, sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, demonstraria falta de razoabilidade, porquanto esse ato administrativo configuraria meio indevido de cobrança.

A falta de razoabilidade do ato administrativo reclama exame à luz de sua repercussão em terceiros. É importante ter em mente que se o indeferimento do Certificado estivesse relacionado a um prédio com grande número de compradores, todos os terceiros adquirentes não poderiam exercer um dos seus regulares direitos decorrentes da propriedade, isto é, o de habitação.

Nesse aspecto, vale a lição do eminente jurista português, Jorge Miranda, para quem: “Se a Constituição a todos confere o direito de adquirir a propriedade e outros direitos patrimoniais, não pode deixar de a todos igualmente conceder a segurança contra privações arbitrárias” (*Manual de direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Tomo IV, 2000, p. 530).

O certificado está sujeito ao princípio da tipicidade que, de um lado, confere a força de tornar certos os fatos declarados pelo requerente, e, de outro, encontra na lei os requisitos próprios para sua expedição.

No dizer de Lúcia Valle Figueiredo, “não se pode conceber a função administrativa, ao regime jurídico administrativo, sem se inserir da razoabilidade” (*Curso de direito administrativo*, 7ª ed., Malheiros, 2004, p. 50).

Com efeito, o padrão de referibilidade em caso de débitos ou supostos débitos do construtor é o ajuizamento de ação de cobrança pelo rito comum ordinário ou sumário, ou execuções aparelhadas, mas jamais fazer da satisfação dos débitos ou supostos débitos condição *sine qua non* para expedição do Certificado de Conclusão de obra.

O certo é que o princípio da razoabilidade não é nada de exotérico ou ininteligível. Esse princípio exige que a Administração Pública, no exercício de sua função, seja racional, equilibrada, sensata e atue de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar (cf. Weida Zancaner, Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988, *RTDP* 2/209).

O ato de indeferimento do Certificado de Conclusão de obra pode, ainda, ser caracterizado como ato de manifesta “injustiça”.

Essa interpretação foi registrada pelo Supremo Tribunal Federal, ao decidir que “os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e da moralidade, também devem atender ao princípio de justiça”, atrelando a expressão justiça à “falta de razoabilidade”, de certo comportamento da Administração Pública (RE 173.820-DF, rel. Min. Néri da Silveira, DJ 13/9/1996).

Em complemento a esse julgado, tem-se a manifestação doutrinária da Min. Cármem Lúcia Antunes Rocha, para quem da razoabilidade obtém-se “como a qualidade dos valores buscados pela conduta estatal, ou como o fundamento do valor Justiça que ela deve realizar e a coerência, racionalmente demonstrada, entre aquele desempenho e a transformação da realidade por ela provocada e que deve ser justa e concretizadora do interesse

público específico para ser considerada válida juridicamente (...) concretização dos valores de Justiça absorvidos pelo sistema jurídico” (*Princípios constitucionais da Administração Pública*, Del Rey, 1994, p. 112-113)

A inexistência de razoabilidade do ato administrativo é causa material de nulidade.

## **2. Poder de polícia e suas implicações no campo do direito de construir**

Se a autoridade municipal indefere o Certificado de Conclusão de obra sob a motivação de que o requerente ainda não demonstrou a quitação de obrigações não relacionadas diretamente com a construção, parece tratar o poder de polícia administrativa – que indubitavelmente constitui um dever perante os administrados – como uma relação obrigacional em que o administrado estivesse sujeito a uma contraprestação.

Na tradicional doutrina de Thomas M. Cooley, que não pode ser abandonada, “o poder de polícia (*police power*), em seu sentido amplo, compreende um sistema total de regulamentação interno, pelo qual o Estado busca não só preservar a ordem pública, senão também estabelecer para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem necessárias para evitar conflito de direitos e para garantir a cada um o gozo ininterrupto de seu próprio direito, até onde for razoavelmente compatível com o direito dos demais” (*Treatise on the Constitutional Limitation*, New York, 1903, p. 829).

Segundo a moderna doutrina de Juarez Freitas, que realiza uma releitura do poder de polícia administrativa, à luz dos direitos fundamentais, “o poder existe para os direitos fundamentais, não o contrário. Falar, portanto, em ‘poder de polícia administrativa’ não é cogitar de mera atividade estatal. Acima de tudo, trata-se de dever perante o cidadão” (*Direito fundamental à boa administração pública*, Malheiros, 2<sup>a</sup> ed., 2009, p. 90).

Os limites do poder de polícia administrativa são demarcados pela lei e pelo interesse da coletividade em conciliação com os direitos fundamentais do particular assegurados pela Constituição da República.

Decisão de autoridade municipal indeferindo a expedição de Certificado de Conclusão de obra, sob a motivação de não pagamento de tribu-

tos, fere os preceitos da legislação, por criar exigências não alinhavadas na lei. No entanto, como se sabe, o poder de polícia administrativa não pode ser exercido além ou fora da lei, mas, sempre, dentro dos seus limites.

Cabe, aqui, a clássica lição de Otto Mayer para quem: “*La regla de derecho no puede ser violada por disposición de policía; ésta no puede autorizar lo que dicha regla prohíbe, ni prohibir lo que ella permite*” (*Derecho administrativo, alemán*, vol. II, Depalma, p. 59).

Cuidando-se de poder de polícia administrativa de construção, atividade sempre sujeita ao controle da Administração Pública, observa-se a lição da doutrina francesa de Georges Liet-Veaux, plenamente aplicável ao sistema administrativo brasileiro, segundo a qual: “*Le principe fondamental c’est le droit de construire. Un permis ne peut être refusé que dans les conditions et cas prévus par la loi*” (*Le droit de la construction*, 4<sup>a</sup> ed., 1976, p. 90). No vernáculo: *O princípio fundamental é o direito de construir. Uma licença não pode ser recusada senão nas condições e casos previstos pela lei.*

Como preleciona o eminente Fábio Konder Comparato, in “Certificados de Privatização – Aquisição Compulsória”, publicado na *Revista de Direito Público* n. 95, p. 58: “nenhuma prestação obrigatória de particular para o Poder Público, ainda que revestida de compensação econômica, pode ser admitida sem base em lei”.

O objeto do poder de polícia de edificação é toda obra já concluída que se encontra pronta para habitação, a qual deve ser examinada à luz do projeto previamente aprovado e no sentido de verificar se ela – a obra – oferece segurança para a coletividade.

Como visto acima, o Certificado de Conclusão de obra é ato decorrente do direito de propriedade, vinculado às normas regulamentares pertinentes, e por isso, quando o particular as atende, não pode a autoridade municipal negar o referido certificado, uma vez que esse deferimento é uma imposição legal e não uma faculdade discricionária da administração.

É reconhecido que, ao legislador, incumbido da regulamentação habitacional, mormente após a edificação, somente é dado o controle dos aspectos técnicos, estruturais e urbanísticos da construção, não lhe cabendo fazer imposições de natureza civil, como seria, *ad instar*, condicionar a expedição do certificado ao pagamento de tributos municipais.

### 3. O indeferimento do Certificado de Conclusão de Obra e o devido processo legal

O indeferimento do Certificado de Conclusão de obra, em desconformidade com o disposto no Decreto n°. 38.058/99, também fere o postulado constitucional do devido processo legal.

Segundo o consagrado constitucionalista Jorge Miranda, “qualquer pessoa tem o direito de não ser privada arbitrariamente de qualquer direito patrimonial que esteja na sua esfera (art. 17, n° 2, da Declaração Universal), ou arbitrariamente condicionada no seu exercício” (*Manual de Direito Constitucional*, Coimbra Editora, t. IV, 2000, p. 536).

Para Bandeira de Mello, a Lei Maior exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas” (“Procedimento Administrativo”, in *Direito Administrativo na Constituição de 1988*, Malheiros, 1991, p. 32).

José Frederico Marques conclui no sentido de que: “se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que atuasse fora das fronteiras do *due process of law*” (A garantia do *due process of law*, RDP 5/28).

Tércio Sampaio Ferraz Jr. escreveu: “Dispõe o inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal: ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’. A Constituição faz, nesse dispositivo, uma menção inovadora ao devido processo legal. A inovação está em torná-lo explícito, posto que os comentários e a jurisprudência são acordes em já tê-lo presente no direito anterior (Bastos, 1989). Nessa explicitação é importante assinalar a referência expressa à privação de bens. Conquanto, na tradição, o *due process of law* tenha por cerne a liberdade, é inegável, desde o século XIX, a conexão entre liberdade e propriedade, mormente pela repercussão do patrimônio na vida pessoal e familiar e, extensivamente, no âmbito da esfera privada. A destituição do domínio de determinado bem, por isso mesmo, é medida de extrema gravidade, conhecendo esse domínio, nas constituições democráticas, garantias próprias (como a proibição de confisco, a exigência de cautelas na desapropriação, etc.).

Aquela privação pode ocorrer pela prática de ilícitos administrativos, mas também por meio de atos administrativos com base em lei” (Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Direito constitucional*, Manole, 2007, p. 37)

A imposição do pagamento de imposto sobre serviços de qualquer natureza para que possa ser expedido o Certificado de Conclusão de obra representa – escusa dizê-lo – coação indireta ao pagamento; ou seja, a Municipalidade impinge ao particular uma exigência nova, descabida e ilegal, para que possa fornecer a certidão requerida.

É pacífica, na jurisprudência nacional, a rejeição a essas constrições oblíquas que visem ao pagamento de supostas obrigações, tributárias ou não.

Exemplo disso são as súmulas 547, 323 e 70, todas editadas pelo Supremo Tribunal Federal e indistintamente aplicadas, ainda hoje, pelos diversos tribunais da Federação.

Súmula 547. *Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

Súmula 323. *É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*

Súmula 70. *É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*

A imposição de pagamento do imposto sobre serviços de qualquer natureza para expedição do Certificado de Conclusão representa exigência sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa, porque a autoridade que impõe a restrição para expedir a Certidão de Conclusão da obra não é a última autoridade competente para apreciar se a exigência do adimplemento é ou não legal.

A exigência de comprovação do pagamento de débitos referentes a imposto sobre serviços de qualquer natureza, ainda que este débito esteja *sub judice*, é manifestamente contrária ao *due process of law*.

Há julgados, na matéria, que merecem transcrição.

O primeiro deles foi proferido em mandado de segurança impetrado contra o subprefeito da Mooca, que condicionou a expedição do “habite-se”, requerido pelo impetrante, à obtenção de certificado de



pagamento do ISS da obra. Essa decisão foi proferida pela Col. 3ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatada pelo eminente Des. Antonio Carlos Malheiros, Ap. Cív. 624.780.5/7, j. 20/5/2008, com ementa vazada nestes termos:

*MANDADO DE SEGURANÇA – Pretensão à expedição do “habite-se” – Condicionamento para a referida expedição da obtenção prévia do “certificado de quitação do ISS” Inadmissibilidade – Condicionamento que se constitui em meio coercitivo e fere a garantia do devido processo legal e do contraditório – Certificado de quitação do ISS que tem natureza tributária e deve ser cobrado pelas vias próprias – Sentença reformada – Recurso provido.*

Na fundamentação desse acórdão encontra-se o seguinte trecho:

*“A concessão do “habite-se” depende primordialmente das perfeitas condições de utilização do prédio no respeito à sua segurança e habitabilidade. Referido documento tem natureza exclusivamente técnica e urbanística, que diz respeito, apenas e tão-somente, aos requisitos já mencionados (..) A Municipalidade possui outros meios administrativos e judiciais para referida cobrança e deve utilizá-los”.*

O segundo acórdão que merece menção foi proferido pela Col. 11ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio do eminente Des. Oscild de Lima Júnior, nos autos da Ap. Cív. 305.123.5/3-00, j. 22/6/2009. A ementa está assim redigida:

*APELAÇÃO CÍVEL – Vinculação da concessão do “habite-se” ao pagamento de IPTU em atraso – Impossibilidade – Ofensa aos arts. 5º, II e 170 § único da CF – Meios legítimos conferidos ao Poder Público para tornar efetivos os créditos tributários – Reforma da sentença de improcedência – Recurso provido.*

Lê-se da fundamentação:

*A Municipalidade possui várias prerrogativas conferidas pela lei para receber os valores devidos relativos ao IPTU, assim a imposição de restrições punitivas motivadas pela inadimplência do contribuinte fere as liberdades constitucionais, elencadas no art. 5º II e 170 § único da CF, como já firmado pelo do STF no Recurso Extraordinário nº 413.782.8/SC.*

É digno de registro o acórdão prolatado pela Col. 7ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo eminente Des. Guerrieri Resende, nos autos dos Emb. Decl. 749.736-5/0-01, j. 24/11/2008, cuja ementa registra:

*Mandado de Segurança Direito líquido e certo comprovado. Vinculação da concessão do ‘habite-se’ ao pagamento de IPTU atrasado. Impossibilidade. A Municipalidade é dotada de diversas prerrogativas conferidas por Lei para receber os valores devidos, não podendo coagir, ilicitamente, o contribuinte a pagá-los. A jurisprudência firmou entendimento que a imposição de restrições punitivas quando motivadas pela inadimplência do contribuinte são contrárias às liberdades constitucionais estatuídas nos artigos 5º II e 170, § único, da Carta da República.*

É oportuno tornar presente o acórdão proferido pela Col. 13ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatado pelo eminente Des. Borelli Thomaz, nos autos da Ap. Cív. 447.504.5/9-00, j. 12/8/2009, com a seguinte fundamentação:

*“O único tema em debate refere-se a ser, ou não, regular e regulamentar a exigência imposta pela Lei 11.228/92, do Município de São Paulo, de haver pagamento de multas incidentes sobre a obra para expedição do certificado de estarem elas concluídas, situação afirmada como regular e regulamentar na r. sentença.*

*Respeitado esse entendimento, não vejo como se possa instituir essa verdadeira forma de coação para se exigir crédito, ainda que se esteja sob situação de Direito Público em que o interesse da Administração, porque dos administrados, sobrepuja o interesse privado.*

*Repito ser objeto único da impetração que o impetrante obtenha o certificado de conclusão de obras, ou, mais especificamente, o “habite-se”, negado pela Administração pelo só fato de não haver aquele pagamento, como é mesmo o ato administrativo objurgado e como constou expressamente nas informações (fls. 62/65).*

*Resulta disso não haver qualquer irregularidade na construção ou mesmo nos demais documentos sempre exigidos para se chegar àquela certificação, com nota de que os valores ditos devidos*

*por multas administrativas já estão sendo exigidos em execuções fiscais propostas pela municipalidade, e, peculiar, há informação sobre estarem arquivados os processos (fls. 28 e 29).*

*Resulta disso que a exigência vai além do cabível, pois se transforma em verdadeira coação para exigir o valor daquelas multas, que, como visto, já está em disputa judicial, a causar lesão de direito ao impetrante.*

*Como a Administração tem caminhos outros para obtenção de seu crédito e como até já se valeu de um deles, as execuções acima mencionadas não podem ir além e impedirem a certificação querida pelo impetrante com fundamento só pelo alegado inadimplemento quanto a multas.*

*O melhor entendimento sobre o tema repudia situações assim, que vão além do poder-dever da Administração fiscalizar obras, mesmo porque, colho no parecer ministerial visto a fls. 116, não haver multas incidentes sobre a obra atual; as que foram impostas referem-se a infrações datadas de 31 de julho de 1985 e são objeto de execuções fiscais ajuizadas contra o antigo proprietário e o antigo engenheiro responsável pela obra, dispondo, pois, a municipalidade de meios para o recebimento do que lhe é devido. Como escreve Hely Lopes Meirelles, “a licença para a edificação não pode ser negada se o interessado satisfaz todas as exigências do Código de Obras e das normas complementares”. Garante a Constituição Federal o direito de propriedade (art. 5º, XXI), não se mostrando razoável, data vênua, condicionar o seu exercício ao recolhimento de multas que não dizem respeito à obra atual e que já são objeto de execução.*

*Respeitado, pois, o entendimento do D. Magistrado, e na esteira do entendimento dominante nos tribunais de ser ilegal a prática de ato administrativo condicionada a pagamento de multas, e por ter boa cabida o ajuizamento de mandado de segurança por se cuidar de matéria apenas de direito, sem necessidade de qualquer outra prova além da que já veio preconstituída, entendo por bem reformar a r. sentença para conceder a segurança e, anulado o ato administrativo causador de lesão ao direito do impetrante, determinar seja expedido o certificado de conclusão de obra tal*

*qual ele requereu, afastado, pois, o óbice de não se o expedir por haver multa administrativa/fiscal não paga.*

Para concluir, colacionam-se mais quatro precedentes, os dois primeiros oriundos do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e os demais do E. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que consolidam a tese sustentada no presente parecer: 18ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 921.663-5/9-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 29/10/2009; 18ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. 929.623-5/5-00, rel. Des. Marcondes Machado, j. 22/10/2009; 6ª Câmara Cível, Ap. Cív. em MS 98.013819-1, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 19/4/2001; 2ª Câmara de Direito Público, Ap. Cív. em MS 2002.010036-1, rel. Des. Jaime Ramos, j. 18/8/2003.

#### **IV – Cabimento e objeto do mandado de segurança e a concessão da liminar**

A partir da conclusão de que o ato de indeferimento do Certificado de Conclusão de obra por falta de pagamento de imposto sobre serviços de qualquer natureza é ilegal, contrário ao ordenamento jurídico urbanístico, resta examinar qual o remédio processual a ser aplicado perante o Poder Judiciário.

Não se nega que os atos administrativos de qualquer natureza, desde que lesem direitos subjetivos líquidos e certos, admitem sua correção pela via constitucional do mandado de segurança.

O mandado de segurança poderá servir de instrumento para invalidação do ato administrativo.

Considerando que o “pressuposto lógico da invalidação é a *impossibilidade* de o ato ser convalidado” (Cf. Weida Zancaner, “Convalidação, invalidação e revogação do ato administrativo”, in *Direito administrativo na Constituição de 1988*, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 51), a invalidade compõe a causa de pedir do mandado de segurança e serve para justificar o pedido de concessão da ordem, inclusive da liminar.

O mandado de segurança que poderia ser impetrado não seria preventivo, mas, sim, corretivo de manifesto ato de ilegalidade cometido pela autoridade municipal impetrada.

# A licitação como instrumento para implementação de políticas públicas voltadas à proteção ambiental

Sílvia Helena Nogueira Nascimento<sup>1</sup>

---

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Proteção do meio ambiente na Constituição de 1988. 2.1. Artigo 225 da Constituição. 2.2. Artigo 170 da Constituição. 3. Deveres da Administração Pública na qualidade de consumidor. 4. Interesse público e a variável ambiental. 5. A Lei nº 8.666/1993. 6. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente. 7. A Lei da Política Nacional do Saneamento Básico. 8. A Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. 9. A Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS. 10. O Estado de São Paulo e as contratações ambientalmente sustentáveis. 11. Conclusões. Referências bibliográficas.

**Resumo:** A licitação apresenta-se como um instrumento essencial à implementação de políticas públicas relacionadas ao desenvolvimento sustentável, sendo dever do Poder Público a observância de critérios sociais e de proteção e conservação do meio ambiente para a celebração de contratos no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

**Palavras-chave:** licitação – políticas públicas – meio ambiente

---

---

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria de Estado do Meio Ambiente e mestranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

## 1. Introdução

O presente estudo tem por base o Parecer CJ/SMA nº 686/2006, por mim proferido na chefia da Consultoria Jurídica da Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo, em atenção a uma consulta a respeito da possibilidade, sob o aspecto jurídico, de adoção de critérios ambientais para a elaboração da lista de produtos que passariam a integrar o Cadastro de Materiais do Estado de São Paulo – CADMAT, norteando, assim, de forma sustentável, todas as aquisições efetivadas pelo Estado, no âmbito de sua Administração direta e indireta.

Referida consulta decorreu das gestões efetivadas pelo Professor José Goldemberg, então Secretário de Estado do Meio Ambiente, que, com uma mente sempre inquieta e inovadora, voltada à preservação do meio ambiente, conseguiu, com o assessoramento da Consultoria Jurídica da Pasta, fosse editada a Resolução da Casa Civil, CC-53, de 30 de junho de 2004, que criou o Grupo Técnico para o desenvolvimento de estudos para a implantação de licitações ambientalmente sustentáveis no Estado de São Paulo.

Em resposta à questão colocada, após análise das normas constitucionais e infralegais, o parecer concluiu pela inexistência de obstáculo de ordem legal a que se procedesse à revisão do Cadastro de Materiais do Estado de São Paulo – CADMAT, levando-se em conta as questões ambientais, mediante a inclusão de itens que se apresentem mais interessantes à preservação do meio ambiente, como também pela exclusão daqueles que não se harmonizem com a política de consumo sustentável que deve ser implementada pela Administração Pública.

Desde então, várias leis específicas voltadas à proteção e à conservação do meio ambiente, tais como as leis da Política Nacional de Saneamento Básico, da Política Nacional de Mudanças do Clima e da Política Nacional de Resíduos Sólidos, foram editadas de modo a nortear a implantação de políticas públicas em âmbito nacional. Para o atendimento dos objetivos nelas estipulados, as contratações públicas aparecem como um instrumento efetivo e relevante, o qual este estudo objetiva ressaltar.

Impossível deixar de registrar que devo a descoberta da relevância da licitação como instrumento efetivo para a implementação de políticas públicas e da importante contribuição que a área consultiva da Procuradoria

Geral do Estado presta para que com elas seja alcançada uma sociedade mais justa, democrática e equilibrada, aos ensinamentos da inesquecível Procuradora do Estado, Dra. Maria Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves.

A muito querida e para sempre inesquecível amiga, com este singelo estudo presto, com uma saudade infinita, carinhosa homenagem.

## **2. Proteção do meio ambiente na Constituição de 1988**

A relevância do meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou assento constitucional no Brasil com a edição da Constituição de 1988, que cuida da matéria não apenas em um capítulo específico voltado ao meio ambiente, como também no capítulo que trata da ordem econômica, no qual a proteção do meio ambiente encontra-se relacionada entre os princípios que a regem.

Paulo Affonso Leme Machado<sup>2</sup>, com muita propriedade, aponta que “o antagonismo dos termos – desenvolvimento e sustentabilidade – aparece muitas vezes, e não pode ser escondido nem ser objeto de silêncio por parte dos especialistas que atuam no exame de programas, planos e projetos de empreendimentos.”

Referido antagonismo a ser enfrentado pelo Poder Público e que a Constituição de 1988 procura minimizar ao impor um crescimento econômico não apenas quantitativo, mas necessariamente qualitativo, com a inclusão das variáveis sociais e ambientais – desenvolvimento sustentável – é o grande desafio a ser ultrapassado pela Administração Pública na implementação das ações decorrentes das políticas sob sua responsabilidade.

### **2.1 Artigo 225 da Constituição**

Estabelece a Constituição, no artigo 225, *caput*, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, e considerado essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de sua defesa e preservação, não apenas para a presente geração, mas também para as futuras.

---

<sup>2</sup> Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012, p.74.

Por sua vez, o § 1º do artigo 225 da Carta Federal determina nos incisos I, V, VI e VII, de modo a assegurar efetividade a esse direito, ser incumbência do Poder Público: (I) a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais; (II) a promoção do manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (III) o controle da produção, da comercialização e do emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (IV) a proteção da fauna e da flora, assim como a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

A proteção ambiental encontra-se, assim, intimamente ligada ao desenvolvimento econômico, não havendo como dissociar a industrialização e o crescimento dos setores de bens e serviços da questão ambiental.

## **2.2 Artigo 170 da Constituição**

Dessa forma, além do capítulo específico voltado ao meio ambiente, reforça a Constituição a importância de sua preservação e conservação ao instituir, no artigo 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente entre os princípios que regem a ordem econômica, determinando, de forma expressa, que a defesa do meio ambiente será efetivada “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.”

Verifica-se, portanto, no tocante à defesa, preservação e conservação do meio ambiente, que a Constituição impõe ao Poder Público a adoção não apenas de ações de cunho repressivo, visando à recuperação do dano ambiental, mas contempla, principalmente, e de forma muito mais eficaz, ações de caráter preventivo, como o incentivo a tecnologias menos gravosas ambientalmente e o tratamento diferenciado em razão do impacto ambiental dos produtos e serviços e seus processos de elaboração e prestação, atribuindo ao Poder Público o dever de divulgação de uma consciência pública voltada à preservação do meio ambiente.

## **3. Deveres da Administração Pública na qualidade de consumidor**

A ação da Administração Pública na qualidade de consumidor, ao contratar a aquisição de bens, a prestação de serviços diversos e a execução de obras, encontra-se necessariamente subordinada aos comandos de natureza preventiva determinados pela Constituição, que levam, obri-



gatoriamente, à implantação de políticas públicas voltadas ao consumo sustentável. Ao Poder Público cabe desempenhar o papel de indutor de políticas ambientalmente sustentáveis.

Nesse sentido, há que se destacar a atuação do Brasil na “Conferência da Terra”, quando se reuniu a “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento”, conhecida como ECO/92, que adotou na Agenda 21 o desenvolvimento sustentável como meta a ser alcançada pelos países, mediante o estabelecimento de programas voltados ao exame dos padrões insustentáveis de produção e consumo, e de políticas estratégicas nacionais de estímulo a mudanças no padrão de consumo não sustentável.

No mesmo sentido, a Declaração do Rio 92 contempla, no Princípio 8, que os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo.

Vê-se, portanto, que os referidos documentos de natureza programática demonstram a clara preocupação mundial com o denominado consumo sustentável, no qual não apenas a iniciativa privada, mas principalmente o Poder Público possui um papel de mais alta relevância.

O consumo sustentável pressupõe o desenvolvimento econômico de forma viável, com competitividade e lucro, aliado ao respeito às questões ambientais e sociais.

Assim, pode-se constatar que a adoção de critérios ambientais nas licitações levadas a efeito pela Administração Pública federal, estadual e municipal, objetivando a implantação das ações decorrentes de políticas públicas, tais como as voltadas à saúde, educação, saneamento, segurança pública e desenvolvimento, trata-se não apenas de poder, mas principalmente de um dever do Poder Público, de forma a incentivar as empresas e difundir os produtos e os serviços que possam contribuir para uma menor agressão ao meio ambiente.

#### **4. Interesse público e a variável ambiental**

A Constituição Federal determina no artigo 37, *caput*, que a Administração Pública paute suas ações nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, sempre

com vistas a se atingir o interesse público. Ou seja, o interesse público é sempre a meta a ser atingida pela Administração.

Interesse público, como bem conceitua José Cretella Júnior<sup>3</sup>, “É o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum.”

O interesse público, assim, vincula não apenas o administrado, mas a própria Administração quando da aplicação da lei.

A supremacia do interesse público, cuja tutela incumbe ao Estado, decorre do princípio da indisponibilidade do interesse público, que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello,<sup>4</sup> “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”

Vê-se, portanto, que a aplicação da lei deve estar em conformidade com as normas e princípios constitucionais vigentes a fim de que se atenda o interesse público de forma efetiva.

Neste sentido, cabe destacar, ainda, a lição do Professor Gustavo Binbenbojm<sup>5</sup>:

“...O que se quer evidenciar é que, com a elevação do significado da Constituição e com o consenso, quase universal, não só de sua superioridade formal, como também de sua ascendência axiológica sobre todo o ordenamento jurídico, há uma importantíssima modificação no direito administrativo: a lei é substituída pela Constituição como a principal fonte desta disciplina jurídica. A reserva vertical da lei foi substituída por uma reserva vertical da Constituição. A Constituição passa a figurar como norma diretamente habilitadora

3 Dicionário de Direito Administrativo: Forense, 1978, p. 307

4 Citação Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p.70.

5 Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar, 2006, p. 131/132.

da atuação administrativa, havendo uma verdadeira ‘osmose entre a Constituição e a lei’. Pode-se, assim, dizer com Canotilho, que se abre um caminho para ‘uma verdade sem lei.’

Com efeito, como já explicitado no Capítulo II, a Constituição se presta (I) não só como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, como também (II) serve de critério imediato de decisão administrativa.”

O dever da Administração de pautar sua atuação no ordenamento jurídico como um todo, com especial atenção às normas e princípios constitucionais, no atualmente denominado “princípio da juridicidade administrativa”, é bem destacado no trecho a seguir transcrito da página 143 da obra acima referida:

“... Com efeito, a vinculação da atividade administrativa ao direito não obedece a um esquema único, nem se reduz a um tipo específico de norma jurídica – lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico, uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional.

A vinculação da Administração não se circunscreve, portanto, à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico), a que aludia Hariou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de princípio da juridicidade administrativa...”

## **5. A Lei nº 8.666/1993**

A Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais para as licitações e contratos da Administração Pública, no seu artigo 3º, *caput*, indica expressamente que a licitação, ou seja, o procedimento administrativo a ser adotado para a escolha do contratado e da melhor oferta para a Administração, deverá ser processado e julgado com estrita observância aos princípios constitucionais nele indicados e todos os demais que lhes sejam correlatos, com o expresse objetivo da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, consoante se verifica de sua redação a seguir transcrita:

“Art. 3º – A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei nº 8.666/93, cabe à Administração indicar o objeto a ser contratado, definindo-o de forma clara e objetiva com todas as características necessárias ao atendimento do interesse público, nele incluído, de forma obrigatória, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Há que se ressaltar, neste aspecto, que as vedações constantes do artigo 3º, § 1º, da Lei nº 8.666/93, dispositivo muitas vezes utilizado de modo absolutamente equivocado como obstáculo para que a Administração Pública realize contratações ambientalmente sustentáveis, de forma alguma impede a sua adoção.

O dispositivo legal em questão veda a previsão, nos atos de convocação para participação em licitações, de cláusulas ou condições que comprometam ou restrinjam o caráter competitivo da licitação, ou ainda, que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes, ou de qualquer outra circunstância IMPERTINENTE ou IRRELEVANTE para o específico objeto do contrato.

Por consequência, ainda que eventualmente restritivas, se pertinentes, relevantes e motivadas, a própria lei admite que se façam distinções para a contratação objetivada pela Administração Pública, sempre em prol do interesse público.

Veja-se que a Lei nº 8.666/93, com redação alterada pela Lei nº 11.196/2005, contempla no § 2º, do artigo 3º, como critério de desempate na licitação, a preferência para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (inciso IV). Certamente, o desenvolvimento de pesquisas e tecnologia no Brasil, voltadas à preservação do meio ambiente, apresenta-se como da maior relevância para o País, enquadrando-se no dispositivo em comento.

Com relação, especificamente, à contratação de serviços e obras, a Lei nº 8.666/93 é expressa ao mencionar, no artigo 12, inciso VII, a obrigatoriedade de se levar em conta o impacto ambiental na elaboração dos projetos básico e executivo, sendo, ainda, facultado o emprego de mão de obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local, segundo o que contempla o inciso IV, do referido dispositivo legal.

É a própria lei fixando restrições consideradas pertinentes e relevantes sob os aspectos ambiental e social.

Assim sendo, em uma licitação pública de serviços ou obras a Administração Pública deverá conferir especial atenção à fase preparatória do certame, fornecendo as condições e os instrumentos necessários para que os responsáveis possam elaborar termos de referência, projeto básico e projeto executivo que contemplem especificações que venham a contribuir para a proteção do meio ambiente. Uma vez resguardadas as questões relevantes e pertinentes de ordem ambiental e social, de acordo com o interesse público a ser alcançado, o julgamento do certame far-se-á pelo menor preço ofertado.

Em uma licitação em que se apresente necessário o julgamento com amparo na melhor técnica ou na análise da técnica e preço, as questões ambientais podem e devem ser contempladas como fator de pontuação das propostas, objetivando a escolha daquela que melhor atenda ao interesse público.

No tocante às compras, a licitação do tipo menor preço não significa, em absoluto, o menor custo para a Administração Pública, ou seja, a menor quantia em dinheiro que deverá sair dos cofres públicos em determinado momento, levando-se em conta todos os bens disponíveis no mercado, de modo a que sempre seja adquirido aquele de menor valor, independentemente de suas especificações. Significa, sim, que a Administração deve buscar o preço mais vantajoso para o bem cuja especificação atenda ao interesse público.

Interpretação em contrário levaria ao mais completo desrespeito às normas constitucionais e legais, uma vez que a observância dos princípios da impessoalidade e da economicidade deve estar aliada indissociavelmente do atendimento do interesse público, interesse este que se apresenta muito mais amplo e não se limita ou confunde com o interesse da própria Administração ou dos particulares, como já mencionado neste parecer.

Veja-se que a Administração Pública sempre que especifica o bem a ser adquirido restringe o objeto do certame àqueles bens que se apresentam compatíveis com os requisitos impostos, excluindo-se, por consequência, aqueles que não estão conformes às especificações dadas pelo instrumento convocatório da licitação.

Não há como se especificar um bem, serviço ou obra, sem que se façam restrições, uma vez que na especificação do objeto da licitação ou do contrato, a Administração Pública passa a delimitar o universo do objeto pretendido.

Quando é indicada a velocidade mínima de um equipamento de informática, ou a potência mínima do motor de um veículo, todos os demais que não estiverem de acordo com o requisito imposto pela Administração Pública terão sua participação vedada no certame, sob pena de desclassificação da proposta que se apresentar em desacordo com as condições impostas na licitação.

Trata-se, no caso, de restrições utilizadas de forma corriqueira pela Administração Pública na definição do objeto a ser adquirido ou prestado, uma vez que são consideradas pertinentes e oportunas para que o interesse público possa ser alcançado com eficiência e agilidade. Assim sendo, apresentam-se tais restrições amplamente aceitas pelos órgãos incumbidos do controle interno e externo da Administração Pública, sendo por estes também adotadas.

Se as especificações de ordem técnica voltadas à agilidade e segurança na prestação do serviço público são utilizadas de modo pacífico, com maior razão devem ser adotadas as especificações que visem à preservação do meio ambiente, em face dos expressos comandos constitucionais e legais a respeito.

Inquestionavelmente, portanto, a aplicação da lei de licitações, com observância obrigatória do interesse público, abrange a questão atinente à preservação do meio ambiente.

Nesse sentido, no plano infraconstitucional, várias normas específicas reforçam e complementam a obrigação do Estado de atuar de modo a assegurar a implementação de políticas públicas voltadas à preservação e conservação do meio ambiente.

## **6. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e encontra-se recepcionada pela Carta Constitucional, indica no artigo 4º, entre outros, os seguintes objetivos: (I) compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; (II) definição de áreas prioritárias de ação governamental relativa à qualidade e ao equilíbrio ecológico, atendendo aos interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; (III) estabelecimento de critérios e padrões da qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais; (IV) difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; (V) preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

## **7. A Lei da Política Nacional do Saneamento Básico**

A Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, fixa as diretrizes nacionais para o saneamento básico, estabelecendo que os serviços públicos de saneamento básico sejam prestados com base em determinados princípios fundamentais destacados em seu artigo 2º.

Encontram-se arrolados entre tais princípios, a articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja determinante.

No que diz respeito à Política Federal de Saneamento Básico, a lei determina que a União observe os objetivos de minimizar os impactos ambientais relacionados à implantação e desenvolvimento das ações, obras e serviços de saneamento básico e assegurar que sejam executadas de acordo com as normas relativas à proteção do meio ambiente, ao uso e ocupação do solo e à saúde.

Referida lei acarretou, ainda, a alteração da Lei nº 8.666/93, no tocante à erradicação da pobreza e da proteção ambiental, ao incluir, por meio do artigo 57, um inciso XXVII, no artigo 24, para admitir a dispensa de licitação para a contratação de forma direta da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo Poder Público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

## **8. A Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC**

A Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, instituída pela Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009, visa, entre outras ações: (I) à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a proteção do sistema climático; (II) à redução das emissões antrópicas de gases de efeito estufa em relação às suas diferentes fontes; (III) à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional.

A lei determina, ainda, que os objetivos da Política Nacional sobre Mudança do Clima deverão estar em consonância com o desenvolvimento sustentável, com o intuito de buscar o crescimento econômico, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Para tanto, a lei estabelece várias diretrizes relacionadas à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, tais como: (I) o apoio e o fomento às atividades que efetivamente reduzam as emissões ou promovam as remoções por sumidouros de gases de efeito estufa; (II) o estímulo e o apoio à manutenção e à promoção de práticas, atividades e tecnologias de baixa emissão de gases de efeito estufa, e de padrões sustentáveis de produção e consumo.

A lei contempla, ainda, entre os instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima, no inciso XII, do artigo 6º, medidas existentes ou a serem criadas que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa. Contempla, entre tais ações, algumas específicas relacionadas às licitações públicas, como o estabelecimento de critérios



de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

## **9. A Política Nacional de Resíduos Sólidos**

A Política Nacional de Resíduos Sólidos foi instituída pela Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, dispondo sobre as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, incluídos os perigosos, às responsabilidades dos geradores e do Poder Público e aos instrumentos econômicos aplicáveis.

Entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos destacam-se o estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços, bem como os incentivos à indústria de reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais reciclados e recicláveis.

É destacada, ainda, a prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos reciclados e recicláveis; bem como bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis.

Por fim, consta entre seus objetivos, o estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

Para a gestão e gerenciamento dos resíduos sólidos, a lei determina seja observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos. O Poder Público, em suas contratações, deverá, portanto, levar em conta tais normas de modo a dar efetividade à Política Nacional de Resíduos Sólidos.

## **10. O Estado de São Paulo e as contratações ambientalmente sustentáveis**

O Estado de São Paulo há muito tem adotado critérios voltados à preservação do meio ambiente em sua política de contratações, tendo em vista a preocupação com a manutenção do equilíbrio ecológico.

Neste sentido, considero relevante destacar, além do previsto na Política Estadual de Resíduos Sólidos e na Política Nacional de Mudanças Climáticas, algumas das várias medidas já implantadas pelo Estado de São Paulo que guardam estreita relação com a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental e social na licitação, e que em absoluto esgotam a matéria.

(i) O Decreto nº 42.836, de 2 de fevereiro de 1998, alterado pelo Decreto nº 48.092, de 18 de setembro de 2003, impõe para a frota do Grupo Especial da Administração direta e indireta a aquisição de veículos movidos a álcool, admitida, em caráter excepcional, devidamente justificado, a aquisição de veículos na versão bicomustível, ou movidos a gasolina, quando não houver modelos na mesma classificação, movidos a álcool.

(ii) O Decreto nº 41.629 de 10 de março de 1997 veda, para a Administração direta e indireta do Estado, a aquisição de produtos ou equipamentos contendo substâncias que destroem a Camada de Ozônio – SDOs, controladas pelo Protocolo de Montreal e discriminadas no Anexo I que o integra.

A Lei nº 10.761, de 23 de janeiro de 2001, proíbe a utilização de alimentos transgênicos na composição da merenda fornecida aos alunos dos estabelecimentos de ensino oficial do Estado de São Paulo.

(iv) O Decreto nº 45.643, de 26 de janeiro de 2001, obriga a aquisição pela Administração Pública direta, autárquica e fundacional, recomendando sua adoção para a Administração indireta, de lâmpadas de alto rendimento, com o menor teor de mercúrio entre as disponíveis no mercado, a partir de levantamento feito com base em laudos técnicos, e de cabos e fios de alta eficiência elétrica e baixo teor de chumbo e policloreto de vinila (PVC).

No tocante à prestação de serviços e obras públicas, o Decreto nº 48.138, de 7 de outubro 2003, institui medidas de redução de consumo e racionalização de água no âmbito da Administração Pública direta e indireta, determinando que os editais de contratação de obras e serviços, em próprios estaduais ou de terceiros, obrigatoriamente contemplem o emprego de tecnologia que possibilite redução e uso racional da água potável e da aquisição de novos equipamentos e metais hidráulicos/sanitários economizadores, que deverão apresentar o melhor desempenho sob o ponto de vista de eficiência de consumo de água potável.

O Decreto nº 49.674, de 6 de junho de 2005, impõe o controle ambiental do uso de madeira nativa de procedência legal em obras e serviços de engenharia nas várias etapas do procedimento de contratação. Referido decreto esteve vigente até 1º de junho de 2009, quando veio a ser substituído pelas normas constantes do Decreto nº 53.047, de 02 de junho de 2008, que cria o Cadastro Estadual das Pessoas Jurídicas que comercializam, no Estado de São Paulo, produtos e subprodutos de origem nativa da flora brasileira – CADMADEIRA e estabelece procedimentos na aquisição de produtos e subprodutos de madeira de origem nativa pelo Governo do Estado de São Paulo.

É de se ressaltar que o Estado de São Paulo tem adotado também ações voltadas ao cumprimento do seu papel de consumidor sustentável com relação aos serviços contratados, tendo procedido à revisão dos Cadernos de Serviços Terceirizados – CADTERC objetivando a inclusão de requisitos de ordem ambiental e social nos termos de referência dos serviços de natureza contínua, que envolvem um volume altíssimo de recursos públicos e um grande número de fornecedores.

Ao fixar requisitos de ordem ambiental e social para a contratação dos serviços de natureza continuada, o Estado atua de forma a difundir e gerar uma consciência socioambiental, em estrito cumprimento ao que determina o artigo 225 da Constituição Federal.

O Decreto nº 50.170, em 4 de novembro de 2005, institui o “Selo Socioambiental” no âmbito da Administração Pública estadual e determina que no desenvolvimento e implantação de políticas, programas e ações de Governo sejam considerados critérios socioambientais compatíveis com as diretrizes do desenvolvimento sustentável.

Referido decreto procura incentivar a Administração Pública do Estado de São Paulo à adoção de políticas, programas e ações que contemplem os seguintes critérios socioambientais: (I) respeito ao fomento das políticas sociais; (II) valorização da transparência na gestão; (III) economia no consumo de água e energia; (IV) minimização na geração de resíduos; (V) racionalização do uso de matérias-primas; (VI) redução da emissão de poluentes; (VII) adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente; (VIII) e adoção de produtos de baixa toxicidade.

Verifica-se que o decreto em comento procura incentivar a adoção de ações de cunho social e ambiental por parte Administração Pública

do Estado de São Paulo, autorizando que os Titulares das Secretarias de Estado ou os dirigentes das entidades da Administração indireta outorguem o selo socioambiental para políticas, programas e ações do próprio Governo do Estado.

Trata-se de um selo indicador de políticas, ações e programas da própria Administração Pública estadual que possuem um diferencial no tocante às questões sociais e ambientais, já incorporado aos Cadernos de Serviços Terceirizados – CADTERC.

O Decreto nº 53.336, de 20 de agosto de 2008, institui, no âmbito da Administração Pública direta e autárquica do Estado, o Programa Estadual de Contratações Públicas Sustentáveis, que tem por finalidade implantar, promover e articular ações que visem a inserir critérios socioambientais, compatíveis com os princípios de desenvolvimento sustentável, nas contratações públicas, adotando, para tanto, os critérios já elencados no Decreto nº 50.170/2005.

Por fim, o Decreto nº 58.107, de 05 de junho de 2012, institui a Estratégia para o Desenvolvimento Sustentável do Estado de São Paulo 2020, que visa estabelecer uma agenda para o desenvolvimento sustentável do Estado de São Paulo, apresentando metas setoriais que definirão a ação do Governo do Estado de São Paulo até 2020, nos termos do Anexo que faz parte integrante do referido diploma.

## **11. Conclusões**

À Administração Pública cabe o dever de promoção do desenvolvimento sustentável, no qual o desenvolvimento deve ocorrer com respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e às questões sociais, dever este que se encontra inserido no interesse público a ser alcançado de forma obrigatória, consoante mandamento constitucional.

O Poder Público, incluindo-se neste conceito o Poder Executivo e o Poder Legislativo (com os respectivos Tribunais de Contas) da União, dos Estados e dos Municípios, assim como o Poder Judiciário nos níveis estadual e federal, consome um valor astronômico de recursos públicos em contratações de bens, serviços e obras. Isto, sem levar em conta os gastos efetivados pela Administração indireta, ou seja, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as empresas controladas pelo Poder Público.

Apesar da influência do Poder Público sobre o mercado, a sua atuação como consumidor preocupado e atento ao consumo sustentável é ainda bastante tímida e merece ser incrementada, o mais rapidamente possível, a fim de que sejam cumpridos os princípios constitucionais e as normas legais que regem os atos administrativos, em especial quanto à divulgação de uma consciência pública voltada à defesa do meio ambiente.

O Poder Público possui o dever e não apenas a faculdade de cumprir o papel de consumidor responsável no tocante às questões ambientais e sociais, conferindo, assim, efetividade às normas constitucionais e legais a que se encontra submetido, de modo a implantar as políticas públicas voltadas à preservação e à conservação do meio ambiente.

Por consequência, as contratações da Administração Pública, sejam decorrentes de licitação, sejam efetivadas de forma direta, mediante dispensa de licitação ou de sua inexigibilidade, deverão, a partir do que determinam a Constituição, a própria Lei de Licitações, a Política Nacional do Meio Ambiente, a Política Nacional de Saneamento Básico, a Política Nacional sobre Mudança do Clima e a Política Nacional de Resíduos Sólidos, serem voltadas ao consumo sustentável.

Para consecução do objeto almejado, em face dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da isonomia que regem os atos da Administração Pública, a licitação apresenta-se como um procedimento essencial para assegurar a qualidade, eficiência e economicidade na execução dos contratos administrativos, que devem sempre buscar o atendimento do interesse público, conceito no qual se insere, entre outras, a variável ambiental, na busca de um desenvolvimento sustentável.

Em face do exposto, verifica-se que não há impedimento de ordem legal a que, de forma pertinente e motivada, sejam inseridas exigências de ordem ambiental e social nas especificações técnicas dos bens, serviços e obras a serem contratados pela Administração Pública. Ao contrário, tais requisitos devem obrigatoriamente ser levados em conta para a celebração de um contrato administrativo, sob pena de flagrante desrespeito à Constituição e à legislação ambiental.

## **Referências bibliográficas**

BINENBJM, Gustavo. Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. Renovar, 2006.

CRETELLA JR, José – Dicionário de Direito Administrativo. São Paulo: Forense, 1978.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.



editoração, ctp, impressão e acabamento

**imprensaoficial**  
GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO





María Teresa Ghirardi Mascarenhas Neves



**CEPGE**

CENTRO DE ESTUDOS DA PROCURADORIA  
GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO